NOTE TO USERS

This reproduction is the best copy available.

UMI®

Université d'Ottawa · University of Ottawa

FACULTÉ DE ÉTUDES SUPÉRIEURES ET POSTDOCTORALES

FACULTY OF GRADUATE AND POSTDOCTORAL STUDIES

Julien CABANAC

AUTEUR DE LA THÈSE - AUTHOR OF THESIS

Ph.D. (droit)

GRADE - DEGREE

Faculté de droit

FACULTÉ, ÉCOLE, DÉPARTEMENT - FACULTY, SCHOOL, DEPARTMENT

TITRE DE LA THÈSE - TITLE OF THE THESIS

L'influence de l'esprit scientifique sur la construction des droits français, anglais et québécois au sortir du siècle des lumières

A-F. Bisson

DIRECTEUR DE LA THÈSE - THESIS SUPERVISOR

CO-DIRECTEUR DE LA THÈSE - THESIS CO-SUPERVISOR

EXAMINATEURS DE LA THÈSE - THESIS EXAMINERS

M. Goudreau

J. Manwaring

L. Rolland

D. Vincelette

J.-M. De Koninck, Ph.D.

LE DOYEN DE LA FACULTÉ DES ÉTUDES SUPÉRIEURES ET POSTDOCTORALES

DEAN OF THE FACULTY OF GRADUATE AND POSTDOCTORAL STUDIES

UNIVERSITÉ D'OTTAWA

FACULTÉ DE DROIT

L'INFLUENCE DE L'ESPRIT SCIENTIFIQUE SUR LA CONSTRUCTION DES DROITS FRANÇAIS, ANGLAIS ET QUÉBÉCOIS AU SORTIR DU SIÈCLE DES LUMIÈRES

Julien P. CABANAC

Thèse déposée à la Faculté de droit de l'université d'Ottawa en vue de l'obtention du doctorat en droit (LL.D.)

juin 2004

© Julien P. Cabanac, 2004.

Library and Archives Canada

Published Heritage Branch

395 Wellington Street
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Bibliothèque et Archives Canada

Direction du Patrimoine de l'édition

395, rue Wellington
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Your file Votre référence
ISBN: 0-494-01677-9
Our file Notre référence
ISBN: 0-494-01677-9

NOTICE:
The author has granted a non-exclusive license allowing Library and Archives Canada to reproduce, publish, archive, preserve, conserve, communicate to the public by telecommunication or on the Internet, loan, distribute and sell theses worldwide, for commercial or non-commercial purposes, in microform, paper, electronic and/or any other formats.

The author retains copyright ownership and moral rights in this thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

AVIS:
L'auteur a accordé une licence non exclusive permettant à la Bibliothèque et Archives Canada de reproduire, publier, archiver, sauvegarder, conserver, transmettre au public par télécommunication ou par l'Internet, prêter, distribuer et vendre des thèses partout dans le monde, à des fins commerciales ou autres, sur support microforme, papier, électronique et/ou autres formats.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur et des droits moraux qui protège cette thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

In compliance with the Canadian Privacy Act some supporting forms may have been removed from this thesis.

While these forms may be included in the document page count, their removal does not represent any loss of content from the thesis.

Conformément à la loi canadienne sur la protection de la vie privée, quelques formulaires secondaires ont été enlevés de cette thèse.

Bien que ces formulaires aient inclus dans la pagination, il n'y aura aucun contenu manquant.

Canada

RÉSUMÉ

L'État est apparu à la fin du 16e siècle pour stabiliser une société occidentale chaotique. Le rôle du droit, dans ce contexte, était d'abord de contribuer à la stabilité sociale.

Parallèlement à sa relation avec l'État, le droit a aussi été soumis à d'autres influences telles que l'évolution des mœurs ou l'évolution de la pensée.

La structure du droit substantiel ne semble pas avoir changé rapidement depuis le Moyen Âge. En France, les coutumes furent rédigées et compilées. Quelques grandes ordonnances virent le jour, mais leur organisation était encore sommaire et la logique de leur structure était surtout énumérative. En Angleterre, les règles du droit privé présentes dans les précédents judiciaires ne semblaient pas avoir été suivies de façon rigoureuse ou systématique et encore moins théorisées dans de grands énoncés. La procédure judiciaire a été enfermée dans des règles strictes plutôt imperméables aux réarrangements du droit. Le droit anglais évoluait, certes, mais toujours selon la même rationalité horizontale, compilatrice.

Mais cette situation a été appelée à changer.

À l'époque des Lumières, les sciences prennent de plus en plus d'espace dans l'enseignement, dans l'économie, dans la santé et surtout grandissent en popularité. Il ne s'agit plus de rationalité pure, mais d'une recherche de la connaissance du réel de façon à en échafauder la théorie et en comprendre la rationalité. La science exige un lien inductif-déductif particulier entre la rationalité et la réalité objectivée.

Dans le *common law* anglais, la hiérarchie des tribunaux au 19e siècle se prêtait à l'érection des principes rationnels par les cours supérieures. Ces principes ont pu ensuite être mis à l'épreuve de manière déductive par les cours inférieures, mais aussi par l'ensemble de la communauté juridique.

Dans les droits civilistes français et québécois, le législateur a, lui aussi, édicté les principes de droit grâce aux grandes codifications du 19e siècle. Les principes codifiés ont été, eux aussi, mis à l'épreuve par leur interprétation et leur application déductive. Ce processus, dans lequel nous reconnaissons une influence de l'esprit scientifique serait apparu tant en France qu'au Québec laissant croire qu'il s'agissait bien d'une mentalité transfrontalières.

Les systèmes juridiques de la France, l'Angleterre et le Québec ont donc pu avoir intégré, à partir du 19e siècle, une façon de réfléchir et de construire le droit selon une mentalité inductive-déductive signant peut-être, par là, l'influence de l'esprit scientifique.

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier chaleureusement les personnes suivantes qui ont tant contribué à la réalisation de cette thèse:

mon directeur de maîtrise Monsieur le Professeur Guy Rocher du Centre de Recherche en Droit Public de l'Université de Montréal, pour son soutien régulier depuis mes premières réflexions sur la question;

Madame la Professeure Suzanne Philips-Nootens de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke, pour ses commentaires et ses judicieux conseils;

Monsieur Normand Achim de la Bibliothèque de droit de l'Université de Sherbrooke, pour avoir, en plusieurs occasions, trouvé des références précieuses;

Madame Nicole Laplante de la Faculté des études supérieures de l'Université d'Ottawa, pour son professionalisme;

mes frères et ma soeur, mes beaux-frères et mes belles-soeurs, pour leur intérêt et leur soutien;

mes beaux-parents, Normand Gosselin et Jacqueline Lagüe, pour leur présence affecteuse, leur confiance et leurs encouragements;

mes parents, Michel Cabanac de Lafregeyre et Marie-Claude Bonniot, pour leur amour et pour avoir fait naître et avoir si bien entretenu en moi la soif de connaître et de comprendre le monde qui nous entoure;

mes enfants Samuel, Élise, Louis, Roxane et Léa, pour leur admiration et leur fraîcheur de vivre;

ma femme Caroline Gosselin, mon alter ego et ma raison de vivre depuis maintenant neuf ans, pour ses conseils, ses encouragements, ses critiques, sa patience, son amour et tant d'autres contributions;

mon directeur de thèse Monsieur le Professeur Alain-François Bisson de la Faculté de droit de l'Université de d'Ottawa dont la rigueur d'expression sera toujours pour moi un exemple à suivre;

les membres du jury, les professeurs: Mistrale Goudreau, John A. Manwaring, Louise Rolland et Denis Vincelette, pour leurs nombreux commentaires avisés;

Enfin, le *Fonds pour la formation de chercheurs et l'aide à la recherche* (F.C.A.R.) renommé *Fonds québécois de la recherche sur la société et la culture* (F.Q.R.S.C.) et l'*École des études supérieures et de la recherche de l'Université d'Ottawa,* pour leur important et tellement nécessaire soutien financier.

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES ABRÉVIATIONS xi

INTRODUCTION GÉNÉRALE 14

LE CONTEXTE GÉNÉRAL 15

LES OBJECTIFS ET LA MÉTHODOLOGIE 17

PARTIE I. QUELQUES OBSERVATIONS POUR UN CADRE CONCEPTUEL ET SOCIO-HISTORIQUE D'INTERPRÉTATION 27

A. QUELQUES RÉFLEXIONS AUTOUR DU CONCEPT DE DROIT 29
1. Le droit: expression d'une philosophie 30
2. Le droit: ensemble de règles 34
3. Observations autour de la loi 42
- *La règle dans la loi* 43
- *Autres aspects de la loi* 46

B. LE CONTEXTE DU DROIT AVANT LE DÉVELOPPEMENT DES SCIENCES 48
1. L'instabilité sociale et l'apparition de l'État 48
a) L'État français est apparu en réponse à un besoin de stabilité 49
b) l'État anglais s'est construit en réponse au même besoin de stabilité 54
c) L'État du Québec: rien de nouveau 63
d) Conclusion 64
2. Bref historique de la relation entre les droits privés et la genèse de l'État: à la recherche d'une compréhension des systèmes juridiques 66
a) La France a développé la loi comme source du droit privé 66
- Les tribunaux première présence de l'État 69
- La législation: source privilégiée pour imposer la paix de l'État français 73
b) Le droit privé anglais a principalement été modelé par les tribunaux de l'État 79

- La *common law*, expression du droit privé par les tribunaux de l'État.....80
- L'*equity*, source complémentaire de droit issue des tribunaux de l'État.....86
- Le *statute law*: une troisième source complémentaire de droit.....90

c) Au Québec: un système juridique confus pour un État en construction.....94

- La Nouvelle-France.....94
- Le Bas-Canada.....97

d) Conclusion.....102

3. Conclusion.....103

C. AVEC LA SCIENCE VIENT L'ESPRIT SCIENTIFIQUE.....106

1. À la recherche des caractéristiques d'un esprit scientifique.....107

a) La découverte objective conduit à la connaissance.....109

b) Organisation, universalité et objectivité: trois caractères de la théorie scientifique.....112

c) L'induction établit le lien entre la théorie et la réalité.....117

2. Science unique ou sciences multiples: complément sur une évolution contemporaine de l'esprit scientifique.....123

a) Développements de Gaston Bachelard sur les conséquences de la physique mathématique.....123

b) La notion de science évolue-elle ?.....125

c) La technoscience, aperçu sur une nouvelle culture.....128

D. LA SCIENCE DEVIENT POPULAIRE.....131

1. Le développement des sciences au 18e siècle: du jamais vu!.....132

a) L'évolution de la pensée scientifique au 18e siècle.....133

b) Aperçu de l'essor des sciences au 18e siècle: le point de vue quantitatif.....140

2. La science, une perspective nouvelle.....144

a) La science et l'histoire de la philosophie.....145

b) La science et la société à la fin du 18e siècle.....150

E. CONCLUSION.....156

PARTIE II. LA THÉORIE DU DROIT ET L'ESPRIT SCIENTIFIQUE.....160

A. L'UNIVERSALITÉ: UNE NOUVELLE PERCEPTION DU DROIT? 162

1. Observations sur quelques traits de l'universalité philosophique des Romains et la perception du droit 163
2. D'une universalité philosophique à une universalité scientifique 171

a) L'importance de la loi en droit « romano-germanique » 172

- L'ancienne conception du droit, vestige d'une universalité philosophique.....172
- Universalité scientifique ou volonté d'unification, source de la codification 181

b) La théorie du droit des systèmes juridiques de common law devient plus réaliste187

3. Conclusion.....196

B. LA RÈGLE JURIDIQUE DANS LA CONNAISSANCE.....197

1. Thomas S. Kuhn, la structure de l'organisation scientifique comparée à la structure de l'organisation juridique.....198
2. Intermède de Gérard Fourez: du 16e au 20e siècle la science était-elle une rationalité non objective ?.....203
3. Retour au paradigme de Thomas S. Kuhn 206
4. Conclusion.....208

C. LA RATIONALITÉ INDUCTIVE-DÉDUCTIVE DE LA SCIENCE ET LA THÉORIE DU DROIT.....209

1. Les similitudes entre l'induction scientifique et l'induction juridique.....209

a) Remarques générales sur la présence d'une logique du droit.....210

b) Quelques analogies entre les logiques scientifique et juridique.....218

2. L'esprit scientifique et l'argumentation judiciaire 229
3. Le positivisme juridique et la pensée inductive-déductive.....239

a) Le droit naturel, le positivisme juridique et l'esprit inductif-déductif.....240

b) La pensée rationnelle et le droit post-révolutionnaire ?.....247

c) Place de la loi dans la société et la logique interne du droit?.....267

4. Conclusion.....277

D. CONCLUSION.....279

PARTIE III. LA STRUCTURE DES SYSTÈMES JURIDIQUES ET L'ESPRIT SCIENTIFIQUE 283

A. LE PRINCIPE JURIDIQUE VU COMME UNE RÈGLE DE DROIT 288
1. À la recherche d'une définition pratique 289
2. Principe juridique ou principe supérieur 291

B. LE PRINCIPE JURIDIQUE ET LE SYSTÈME ROMANO-GERMANIQUE 301
1. La codification: un concept original 301
a) Coutume de Paris (1580-1724) et Code civil (1804) *306*
b) Ordonnance pour les matières civiles (1667) et Code de procédure civile (1806) *320*
c) Ordonnance de 1673 (Code marchand) et Code de commerce (1806) *325*
d) Codes et antiquité *330*
e) La codification au Québec *337*
- La mise en œuvre de la codification 340
- La structure du Code civil du Bas-Canada 344
2. L'administration de la justice et l'esprit scientifique 348
a) Les tribunaux de l'ancien régime *349*
b) Les réformes *352*
3. La jurisprudence et le principe juridique 359
a) Le rôle créateur de la jurisprudence *359*
b) La présence du principe dans les décisions des tribunaux *371*
- La France 371
- Le Québec 376
4. Conclusion 387

C. LE PRINCIPE ET LE SYSTÈME JURIDIQUE ANGLAIS 389
1. Le principe juridique dans la *common law* 390
a) La structure de la common law *390*
b) Les réformes du 19e siècle *394*
c) La mise en valeur des principes juridiques *399*
- La présence du principe juridique en *common law* 399
- Le précédent: substrat de la règle et source du droit 408
- Le précédent: substrat des principes juridiques et source obligatoire du droit 416
2. Le principe juridique et l'*equity* 439
a) Pas de principe juridique sans précédent *440*

b) Les réformes du 19e siècle et les principes *450*
3. Les réformes du *statute law* 453
4. conclusion 462

D. CONCLUSION 465

CONCLUSION GÉNÉRALE **469**

BIBLIOGRAPHIE **483**

LISTE DES ABRÉVIATIONS

I. Législation, jurisprudence, doctrine

A.C.	Appeal Cases (The Law Reports)
All E.R.	All England Reports
All E.R. Rep.	All England Reports Reprint
Am. Law Rev.	American Law Review
Arch. de phil. du droit et de soc. jur.	Archives de philosophie du droit et sociologie juridique
B.C.C.A.	Recueil de jurisprudence de la British-Colombia Court of Appeal
(B.C.S.C.)	Décision rendue par la British Colombia Supreme Court
(B.C.C.A.)	Décision rendue par la British Colombia Court of Appeal
Bl. Com,	Blackstone Commentaries
(B.R.)	décision rendue par la Cour du Banc de la Reine ou Banc du Roi (jusqu'en 1974)
C.A.	Recueils de jurisprudence de la Cour d'appel (depuis 1974)
(C.A.)	Décision rendue par la Cour d'appel
Can S.C.R.	Canadian Supreme Court Reports
Can. Rep.	Canadian reports
C.A.Q.	Cour d'appel du Québec
Cass.	Décision du Tribunal ou de la Cour de cassation
C.c.	Code civil
C.c.B.-C.	Code civil du Bas-Canada
C.C.C.	Canadian Criminal Cases
C.c.Q.	Code civil du Québec
C. de D.	Cahiers de Droit
C.N.R.S.	Conseil national de la recherche scientifique
Co. Rep.	Coke's Reports

C. Poitiers	Cour d'appel ou cour royale ou impériale de Poitiers
C.Q.	Cour du Québec
C.S.	Cour supérieure
D.L.R.	Dominion Law Reports
E.R. ou Eng. Rep.	English Reports
Geo. III	Statuts de Georges III
H.L. Cas.	House of Lords Cases
(K.B.)	Décision rendue par la Cour du Banc du Roi (King's Bench)
L.C.J.	Lower Canada Jurist
La L. Rev.	Louisiana Law Review
Law Rep. 1 Ch. A. C. 437	Law reports - Chancery Appeal Cases, Volume 1, page 437
Law Rep. 1 E.C. 241	Law reports - Equity Cases, Volume 1, page 246
L.G.D.J	Librairie générale de droit et de jurisprudence
L.Q.R.	Law Quarterly Reports
L.R.	Law Reports
L.R.C.	Lois révisés du Canada
L.R.Q.	Lois refondues du Québec
McGill L. G.	McGill Law Journal
N.E.	Northeastern Reporter
(N.B.C.A.)	Décision rendue par la New Brunswick Court of Appeal
N.Y.	New-York Reporter
Poth.	Pothier
P.U.F.	Presses universitaires de France
Q.B.	Recueils de jurisprudence de la Cour du Banc de la Reine (Queen's Bench)
R.C.	Reports of Cases
R.C.S.	Rapports de la Cour suprême
R.D.U.S.	Revue de droit de l'Université de Sherbrooke
R.I.D.C.	Revue internationale de droit comparé
R. R.	Revised Reports

R.-U.	Royaume-Uni
(R.-U.)	Lois du Royaume-Uni
S.C.C.	Supreme Court of Canada
S.R.B.C.	Statuts refondus pour le Bas-Canada
(U.K.)	Décision du Royaume Uni
V., Vic. ou Vict.	Statuts du Québec sous le règne de Victoria
W.L.R.	Weekly Law Reports
Will. IV ou Wm IV William IV	Statuts du Québec sous le règne de

II. Autres termes ou expressions

ADN	Acide Désoxiribonucléique
al.	alinéat
Ann.	Annexe
App.	Appendice
a. ou Art.	Article
ap. J.-C.	après Jésus-Christ
av. J.-C.	avant Jésus-Christ
c. ou ch.	chapitre
co.	corporation
dir.	sous la direction de
et ss	et suivant(e)s
ibid.	ibidem
trad.	traduit par
Vol.	Volume
t.	tome

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Le contexte général

Depuis plusieurs siècles, le développement des sciences et des technologies suscite de nombreux débats. On ne compte plus les sujets chauds pour lesquels on réclamait un encadrement législatif. Encore maintenant, le clonage, le transgénisme ou l'éthique de la recherche sont l'objet d'attentions particulières de la part des gouvernements occidentaux. Faut-il agir ou attendre ? Faut-il légiférer, réglementer, décréter ? Ne vaut-il pas mieux laisser l'administration ou les tribunaux appliquer les règles dans un contexte d'équité et de pragmatisme ? Mais les règles sont-elles bien adaptées ? Compte tenu de la célérité des développements, la réglementation n'est-elle pas désuète dès son premier jour ? Dans ces circonstances, le droit n'est-il pas à la remorque des nouveautés ? Toutes ces questions ont déjà été posées maintes et maintes fois et touchent principalement la teneur du droit et des règles juridiques. Par ailleurs, de nombreux auteurs, juristes et sociologues (Auguste Comte, Max Weber, Jürgen Habermas, François Gény, Hans Kelsen) ont décrit et élaboré des théories relatives à l'impact de l'esprit scientifique dans l'évolution de la société et dans le droit. Aucun n'a abordé de front l'examen comparatif diachronique de la structure des règles juridiques.

Le droit est-il marginal ou est-il lui aussi imbriqué dans la société changeante ? S'il est un acteur à part entière des changements sociaux, il mue forcément lui aussi. La transformation du droit ne réside-t-elle que dans la teneur de ses règles ou le droit est-il affecté dans sa structure ou sa logique ou d'une quelqu'autre façon ? C'est surtout cette question qui nous intéresse. Elle a souvent été abandonnée aux philosophes ou aux théoriciens du droit sans interpeller sérieusement les autres membres de la grande famille des juristes tels que les praticiens, les juges ou même les analystes d'un droit appliqué. Pourtant, étudier cette question contribuera peut-être d'une part à comprendre la façon dont le droit se transforme et d'autre part, peut-être aussi à mettre en lumière les types d'influence qui jouent sur les transformations du droit.

On identifie souvent plusieurs grandes étapes historiques dans l'évolution de la société occidentale depuis l'Antiquité. Prenons en guise d'exemples, pour ne

citer que les plus connus: la civilisation grecque, la civilisation romaine, les invasions barbares, la société féodale du Moyen Âge, l'apparition de l'État moderne à la Renaissance, la période révolutionnaire, la société moderne et on parle maintenant de la société postmoderne. À travers tous ces changements, le droit a lui aussi vécu des transformations. «"Pratique fondée sur une connaissance", selon François Gény[1], le droit s'offre à l'observation sociologique à la fois comme une pratique, avec son cortège de règles, de concepts, d'institutions, et comme une connaissance, c'est-à-dire comme *une façon spécifique d'appréhender les faits sociaux, dans la perspective de faire peser sur ces faits des conséquences juridiques*»[2]. Quelle a été exactement la nature de ces transformations du droit et quels en ont été les moteurs ? Réfléchir à cette question, pourrait contribuer à éclairer les choix des parlementaires, des gouvernants, des juges ou toute personne impliquée dans la création des règles juridiques. C'est en connaissance de cause que les décideurs pourraient ensuite choisir le mode d'expression de ces règles. Même si la force des transformations est trop puissante pour que le cours puisse être modifié, la compréhension du processus d'évolution du droit pourrait permettre aux juristes d'adopter une stratégie efficace tant dans leur réflexion que dans leurs actions.

Au Québec, les sources du droit sont, selon une vision courante: la loi, la jurisprudence, la doctrine et la coutume (rarement). La loi est édictée, suivant un processus parlementaire, par l'Assemblée nationale. En principe le gouvernement (dont le parti politique détient la majorité des votes de l'assemblée) possède un certain contrôle sur la législation[3]. C'est lui qui est à l'origine de la plupart des nouvelles lois. Il a le dernier mot sur le contenu, mais aussi sur la forme des lois. De même, les tribunaux possèdent eux aussi un certain contrôle sur les décisions qu'ils rendent. Pourtant, les institutions de l'État sont composées de personnes soumises, comme chaque citoyen, à l'influence des modes, des événements ou des courants de pensée. Toutes ces influences touchent les personnes aux postes de décision et à travers elles les lois qu'elles promulguent ou les jugements qu'elles rendent. Le contrôle des décideurs est

---

[1] François GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, Vol. I, Paris: Recueil Sirey, 1914, pp. 1-2.
[2] Louis ASSIER-ANDRIEU, *Le droit dans les sociétés humaines*, Paris: Nathan, 1996, p. 37.

mitigé par des influences dont, la plupart du temps, ils n'ont même pas conscience. Nous voulons, par cette thèse, contribuer à la réflexion et peut-être aussi à la compréhension du contexte dans lequel le droit évolue.

Les prochaines lignes exposeront les étapes obligatoires conduisant à la réalisation des objectifs de cette thèse.

Les objectifs et la méthodologie

«L'étude du Droit c'est l'étude de la vie. Pour comprendre le Droit, il faut connaître le milieu social, économique et politique. Pour bien observer ce milieu, il faut le comprendre, il faut vivre dans ce *milieu*, avec la mentalité des hommes qui s'y trouvent»[4]. L'objectif de cette thèse est de ***vérifier si l'on peut observer dans les changements des droits français, anglais et québécois à la fin du 18e siècle, quelques manifestations d'une influence de l'esprit scientifique***. Nous ne prétendons pas ici démontrer la présence d'un esprit scientifique chez les juristes ni dans le droit de cette époque. Une telle démonstration dépasserait le cadre de cette thèse. Il s'agit donc d'une thèse exploratoire sur un lien possible entre une influence de l'esprit scientifique et la structure des droits français, anglais et québécois à une époque donnée.

Ce n'est pas la première fois que ce sujet a été abordé. Hans Kelsen ou François Gény sont bien connus pour leurs conclusions relatant l'esprit scientifique du droit[5]. Leur travail a consisté essentiellement à réfléchir sur les règles du droit; leur rapport avec la réalité et la « logique » qu'entretiennent les règles entre elles. Dans l'essentiel, cependant, ils n'ont pas semblé chercher à intégrer leurs conclusions dans un contexte comparatif socio-historique. Par ailleurs, parmi les auteurs qui ont traité la relation entre la science et le droit, la plupart se sont arrêtés au contenu du droit. Notre sujet traitera plutôt de la forme; de la structure

---

[3] Les situations de gouvernement minoritaire font exception et sont de courte durée.

[4] Gaston Paul A. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, 3ème éd., Paris: Marcel Giard, 1925, p. IV.

[5] Paul Dubouchet (*Sémiotique juridique: introduction à une science du droit*, Paris: Presses Universitaires de France, 1990, p. 22) pouvait même affirmer: « Ainsi, même si le droit occupe un place particulière insulaire dans l'édifice scientifique, il obéit au même mouvement, au même processus que l'ensemble des sciences ».

des textes; du support du droit, en comparant ces aspects entre plusieurs pays selon plusieurs époques.

Pour atteindre l'objectif général nous devons passer par certaines étapes. Les objectifs particuliers sont *d'exposer sommairement le contexte socio-juridique du droit et de la science du 18e siècle* soit: *circonscrire les notions de droit, de science et d'État moderne; comprendre dans ses grandes lignes le rôle du droit dans un contexte étatique.* Nous chercherons ensuite à nous donner une idée de l'ampleur du développement des sciences au sein de la société occidentale au sortir du siècle des Lumières.

Une fois cette première vague d'objectifs atteinte, dans un second temps, les objectifs seront de d'étudier quelques changements du droit apparus dès la fin du 18e siècle et de vérifier si ces changements ne trahiraient pas la présence des grands traits de l'esprit scientifique soit: rechercher la présence des caractères de l'esprit scientifique dans quelques aspects nouveaux de la théorie du droit; rechercher cette présence dans l'évolution de la structure du droit moderne tant dans le système anglo-saxon que dans le système romano-germanique. Ici encore, précisons qu'il ne s'agira pas de faire une analyse exhaustive historique de la relation entre le droit et la science. L'idée est seulement d'entrevoir par certains exemples l'existence possible d'une relation historique inédite entre l'esprit scientifique et le droit.

En bref, il s'agira d'exposer quelques événements permettant de croire que les sciences ont acquis une grande popularité dès la fin du 18e siècle; qu'à la même époque le droit occidental a connu des bouleversements dans sa structure. En corollaire, nous chercherons à vérifier si, à cette époque, on ne pourrait pas retrouver dans certains changements des droits français, anglais et québécois quelques indices d'une influence de l'esprit scientifique.

Le projet est quelque peu ambitieux. Nous emprunterons l'extrait d'une introduction de Gérard Bouchard qui traduit fort bien l'impasse intellectuelle et méthodologique dans laquelle nous nous trouvons. Notre recherche « ferait normalement appel à une telle érudition, à une telle mobilisation de données

qu'on serait dès le départ tenté de renoncer. Pourtant, c'est exactement à cette échelle (internationale, intercontinentale, pluridimensionnelle) que la réflexion doit être conduite si l'on veut un point de vue renouvelé et enrichi sur (la réalité juridique) qui nous est devenue en quelque sorte trop familière. Cette nécessité fera sans doute pardonner les lacunes, les raccourcis ainsi que le caractère forcément exploratoire »[6] de notre thèse.

Afin de réaliser les objectifs, la méthodologie a consisté à 1) effectuer un travail de recherche doctrinal de manière à établir des concepts du droit et de la science, soit: établir des critères qui permettaient de caractériser et déceler la mentalité scientifique dans les aspects de la loi, la jurisprudence ou la doctrine en question; mettre en lumière les concepts du droit de façon à pouvoir clairement distinguer le droit de la loi ou de la règle; reprendre les différents auteurs ayant traité de la genèse de l'État et du développement de la science; 2) grâce à cette grille d'interprétation, analyser une sélection de textes juridiques, jurisprudentiels et doctrinaux, se rapportant à la période du 18e au 20e siècle et mettre en évidence, le cas échéant, la présence des traits de l'esprit scientifique.

Notons qu'à chacune des étapes, il ne s'agissait pas d'étudier tout le contexte philosophique, ni les effets des positions prises dans les œuvres des différents auteurs. Il fallait simplement chercher à comprendre les conceptions que l'on pouvait se faire de l'État, du droit ou de la loi et de la science suivant les étapes chronologiques. Par conséquent, les grands courants philosophiques et les jugements de valeurs qui y sont associés ont été, pour beaucoup, écartés aux fins de cette thèse. Parfois donc, même pour les auteurs les plus prestigieux, une grande partie de leur message a été laissée de côté en raison de leur manque de pertinence pour cette étude. Par exemple, seules les conceptions de la loi de Rousseau ou Bentham et l'importance qu'ils leur donnent au sein de la société ont été retenues. Tout l'aspect socio-économique du contrat social ou de l'utilitarisme a été laissé de côté. Il en a été de même de la réflexion sur les droits de l'Homme que l'on rencontre un peu partout de Marsile de Padoue à Michel Villey. L'objet de cette thèse ne touche pas le contenu du droit mais *les formes*

---

[6] Gérard BOUCHARD, *Génèse des nations et cultures du nouveau monde*, Montréal: Boréal, 2000, p. 17.

qu'on lui donne et le rôle qu'on lui fait jouer selon les époques. Le contenu du droit n'a été repris que dans la mesure où il apportait des informations intéressantes sur la façon dont le droit en général était perçu du 16e siècle au 20e siècle. Les ouvrages de quelques grands penseurs de l'histoire tels Hobbes ou Montesquieu ont été favorisés, car ils exposent des thèses qui, soit reflètent la réalité de leur époque, soit ont été intégrées dans le système social ou juridique par les générations qui les ont suivis. Ces grandes œuvres ont été naturellement complétées par des productions plus concrètes et plus descriptives[7] afin d'assurer une relation plus étroite avec la réalité vécue du droit.

Bien entendu, il nous a été difficile, voire impossible d'établir précisément une date charnière à laquelle serait apparue une influence de la science sur les esprits. Sidney Smith, qui cherchait lui aussi à démontrer la présence d'une mentalité en droit anglais, écrivait en 1933: « *It is exceedingly difficult to define the beginning of a new stage in the progress of the law, and it is practically impossible to state categorically that at a certain time one end was solely, or even substantially, sought and that one method to accomplish that end was invoked. One may properly delimit a certain period on the ground that there was an emphasis placed upon certain particular factors* »[8]. Ce constat s'applique *mutatis mutandis* à notre situation, d'autant plus qu'une forme d'esprit est quelque chose de particulièrement diffus. La démonstration ne peut que faire appel à de nombreux détails, non probants en eux-mêmes, mais peut-être significatifs par leur concomitance dans une période donnée[9].

Pourquoi l'analyse prend-elle fin au 20e siècle et non au 21e siècle ? Notre étude s'est arrêtée au milieux du 20e siècle car de nombreux indices nous incitent à

---

[7]Citons ici l'exemple de l'œuvre incontournable du professeur Fr. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français - des origines à la Révolution*, Paris, Domat Montchrestien, 1951.

[8] Sidney E., SMITH, « The Stage of Equity », (1933) 11 *The Canadian Bar Review* 308-316, p. 309.

[9] C'est aussi à ce problème que semblaient être confrontés les professeurs Atiyah et Summers dans un ouvrage comparatif Angleterre/États-Unis relatif à deux influences sur le contenu du droit: « *while we must of necessity in this book discuss each aspect of the English and the American systems in isolation from the rest of the system to which it belongs, each aspect must in the end be viewed as part of a larger whole, and not judged in isolation. When viewed on its own, a given aspect may peculiar or unjustified, but when fitted into a larger whole it may be seen to make more sense, especially if, as we believe to be the case, there are usually quite understandable reasons why each system as a whole has evolved in the why it has.* », P. S. ATIYAH and Robert S. SUMMERS, *Form and Substances in Anglo-American law: a Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*, Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 34

penser que la science n'est plus aussi influente au 20e qu'elle le fut possiblement au 19e siècle. Par exemple Georges Ripert écrivait en 1955, après avoir constaté une absence de généralité et d'abstraction dans les nouvelles lois:

> «Cet abandon se traduit dans la technique formelle par la multiplicité des règles et le nombre des dispositions infimes. Il n'est plus besoin aujourd'hui d'expliquer la portée des lois nouvelles. Le juriste qui les étudie se contente de résumer et classer les dispositions; le commentaire est devenu plus court que le texte de la loi. Il n'y a plus de différence de rédaction entre la loi, le décret réglementaire, la circulaire ministérielle. On retrouve dans certaines lois les dispositions relatives à tous les détails de la conduite de la vie»[10].

Ce constat est partagé par d'autres observateurs[11], laissant penser qu'émerge, dès 1950, un nouveau phénomène juridique et peut-être même social différent de l'objet de notre étude. Nous ne nous sommes donc que rarement aventuré dans des écrits faisant référence à une réalité postérieure à la seconde moitié du 20e siècle.

Les droits occidentaux se classent principalement dans deux *systèmes* juridiques: le système de droit civil « romano-germanique » et le système de *common law*[12].

---

[10] Georges RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris: L.G.D.J, 1955, pp. 356-357.

[11] René COTÉ et Guy ROCHER, *Entre droit et technique: enjeux normatifs et sociaux*, Montréal: Thémis, 1994; René SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 3ème éd., vol I, Paris: Dalloz, 1964, pp. 1-19; Ce texte est aussi publié dans: Chronique VIII, D. 1950, 29-32; du même auteur: « Observations sur les modes contemporains de formation du droit positif », dans *Mélanges Jean Dabin*, Paris: Sirey, 1963, 293-315; John-Antony JOLOWICZ, « La jurisprudence en droit anglais: aperçu sur la règle du précédent », (1985) 30 *Archives de philosophie du droit* 105-116, pp. 115-116; « A côté du Code ne cesse de se développer une énorme législation dont « l'esprit » est tout différent. [...] les praticiens doivent s'engager dans le labirynthe des lois nouvelles où ils ne retrouvent plus les principes. », Jean BOULANGER, «Principes généraux du droit et droit positif», dans *Le droit privé français au milieu du XXe siècle - Études offertes à Georges Ripert*, t. I, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, 51-74, pp. 71 et 72; « Une prolifération de textes a répondu à l'évolution de la société, devenue de plus en plus technocratique. », Camille JAUFFRET SPINOSI, « La structure du droit français », (2002) 2 *Revue internationale de droit comparé* 265-275, p. 275; Jürgen HABERMAS, *La technique et la science comme idéologie*, traduit et préfacé par Jean-René Ladmiral, Paris: Gallimard, 1973 et Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, traduit de l'allemand par Rainer Rochlitz et Christian Bouchindhomme, Paris: Gallimard, 1997.

[12] Nous nous rangeons derrière Pierre Legrand (« Pour le *common law* », (1992) 4 *R. I. D. C.* 941-947, p. 946) qui revendique le masculin pour cette expression décrivant le droit d'origine anglo-saxonne. En revanche, comme il le dit lui même, il s'agit d'une expression polysémique (p. 942). Nous pensons que l'emploi du féminin est aussi parfaitement justifié lorsque l'on fait référence spécifiquement aux règles issues des tribunaux; règles qui constituent une source de droit au même titre - au moins historiquement - que la *statute law* et l'*equity*. L'expression « la *common law* » fait alors davantage référence à la notion de « règle » ou de « loi » qu'à celle de « droit ». Nous choisissons donc d'utiliser le sexe pour faire une distinction entre le système (masculin) et les règles (féminin) de la

Chacun de ces systèmes comme nous le verrons, historiquement, semble être étroitement relié respectivement à la France et à l'Angleterre. Il faut ici distinguer l'Angleterre, de la Grande-Bretagne, du Royaume Uni car ils n'ont pas la même histoire constitutionnelle, ni le même droit. Reprenons pour nous la perspective du droit anglais et son influence vue par Danièle Frison:

> « Par "droit anglais" (English law), on entend le droit appliqué en Angleterre (England) et au Pays de Galles (Wales). Ce n'est pas le droit de l'ensemble du Royaume Uni (the United Kingdom) ni même de la Grande-Bretagne (Great Britain). Le droit anglais n'inclut pas, en effet, les droits en vigueur en Irlande du Nord (Northern Ireland) ou dans l'Île de Man (the Isle of Man), qui sont très proches du droit anglais, à quelques variantes près, ni le droit de l'Écosse (Scotland), qui en est très différent à certains égards[13]. Le droit anglais n'est pas non plus le droit de l'ensemble des pays de langue anglaise ni des pays du Commonwealth, même si ceux-ci s'en sont inspirés dans une large mesure. Une chose est sûre: en dépit de son champ d'application géographiquement limité, le droit anglais constitue la base du droit de la plupart des pays de langue anglaise. Même lorsque ces pays sont devenus indépendants de l'Angleterre et ont élaboré leur droit propre, l'influence du droit anglais est demeurée: ils ont conservé la même manière de concevoir le droit, les mêmes concepts juridiques et les mêmes méthodes que les juristes anglais. Ce sont tous des pays de "Common Law", influencés par la "Common Law" anglaise, même si aujourd'hui chacun dispose d'un système juridique qui lui est propre»[14].

---

même façon que Roderick A. MACDONALD avait choisi de distinguer l'un et l'autre par l'emploi de la majuscule (« Encoding *Canadian* Civil Law », dans: CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Mélanges - Paul-André Crépeau*, Cowansville (Québec): Yvon Blais Inc., 1997, 579-640, pp. 588-589)

[13] «1) Le droit écossais, comme le droit du continent, a été directement influencé par le droit romain auquel on se réfère encore maintenant comme une source importante. 2) L'éducation des juristes écossais a été orientée, beaucoup plus que l'éducation des juristes anglais, vers l'étude des autres systèmes et les premiers ont subi l'influence des Universités du Continent où ils ont faits leurs études, particulièrement entre le XVI[e] et le XVIII[e] siècle. 3) L'esprit des Écossais est porté à penser d'une façon plus abstraite et systématique que l'esprit anglais. 4) Le droit écossais ne connait pas la distinction anglaise de l'equity». Hélène DAVID, *Introduction à l'étude du droit écossais*, Paris: L.G.D.J, 1972, p. 8.

[14] Danièle FRISON, *Introduction au droit anglais et aux institutions britanniques*, Nanterre, Éditions ERASME, 1989, p. 7; voir aussi: O. HOOD PHILLIPS et A.H. HUDSON, *O. Hood Phillips' First Book of English Law*, 8e éd., Londres: Sweet & Maxwell, 1948/1988, p. 3.

La plupart des droits d'appellation de « *common law* » auraient donc leur origine en Angleterre et dans le droit anglais.

Le cas est différent pour les pays de droit civil romano-germanique. En effet, on ne peut pas dire que tous les régimes juridiques civilistes soient issus du droit français et encore moins d'une culture francophone. Bien que la Révolution française et les guerres napoléoniennes aient influencé l'ensemble de l'Europe, bien des pays civilistes ont élaboré leur propre droit en voulant s'inspirer directement du droit romain. Ils existe donc des différences importantes entre les droits allemand, français ou espagnol. Toutefois, la « logique » juridique de leur système semble tout de même rester semblable[15]. Ce sont tous des États dont la principale source juridique est la législation. L'étude du droit français se veut donc seulement un exemple, représentatif de grands changements du droit *civiliste*. Enfin, pour parfaire la réflexion et rattacher les conclusions à un système qui nous est familier, nous étudierons aussi les changements du droit québécois, à travers les mêmes époques. L'attention particulière consacrée au droit du Québec se justifie aussi par le fait qu'il a retrouvé son origine romano-germanique par l'*Acte de Québec* de 1774, mais a aussi gardé une partie de l'héritage anglais imposé lors du *Traité de Paris* de 1763 au moment de l'abandon, par la France, de la Nouvelle-France à l'Angleterre. Le Québec a la caractéristique précieuse d'intégrer dans son droit chacun des deux systèmes « anglo-saxon » et « romano-germanique ». Cette thèse concentrera donc principalement l'analyse sur les droits de l'Angleterre, de la France et du Québec.

Par ailleurs, il serait difficile de réaliser une étude strictement limitée à la science et au droit, sans prendre le risque de se tromper sur les raisons expliquant les

---

[15]«Le droit français est fondé sur le droit romain, et les concepts que nous utilisons dans notre droit sont, développés par nos juristes, ceux que nous ont légués les grands jurisconsultes romains. Il en est de même dans tous les droits qui dérivent du droit romain, et c'est pourquoi d'une façon générale, le jurisconsulte français n'éprouve pas de grande difficulté à comprendre le droit italien, le droit allemand ou le droit portugais. L'étude des droits étrangers est encore facilitée pour lui lorsque ces droits ont été codifiés sur le modèle du Code Napoléon et qu'ils ont adopté les institutions et les concepts du Code civil: tel est le cas par exemple du droit belge, du droit italien, ou des droits des pays d'Amérique latine. La communauté d'origine historique, dans tous ces droits, a engendré une manière commune de penser, et elle a pour résultat que les cadres et les concepts de la vie juridique sont très voisins, même si les solutions diffèrent sur certains points». René DAVID, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Coll. Les systèmes de droit contemporains, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1948, p. 203; Voir aussi: Alain-François BISSON, «Caractéristique et méthodes du droit civil», dans: Louise BÉLANGER et Aline GRENON (dir.), *Éléments de Common Law et aperçu comparatif du droit civil québécois*, Scarborough: Carswell, 1997, 153, pp. 154-155.

changements observés. Par exemple, il serait tentant de faire une analogie entre la loi juridique et la loi scientifique puis conclure que l'omniprésence de la loi juridique au sein de nos sociétés modernes s'explique par la popularité de la loi scientifique. Les choses ne sont pas si simples. Les systèmes juridiques anglais et français tels que nous les connaissons sont le fruit d'une lente évolution depuis la naissance des civilisations. Ainsi, la naissance de l'État moderne, à la fin du Moyen Âge, a eu un impact majeur sur le rôle du droit au sein de la société. On ne saurait donc envisager une influence de la science sur le droit sans avoir auparavant jaugé la part de l'influence de l'État sur celui-là. La science, quant à elle, existait depuis l'aube des civilisations mais son développement fulgurant ne semble dater, comme nous le verrons, que de la fin du 18e siècle. Nous verrons également qu'elle a aussi crû en popularité, de façon telle, que les penseurs et juristes de cette époque en ont peut-être subi une certaine influence. La méthodologie devait donc tenir compte du contexte socio-politique ayant pu influencer le rôle ou l'esprit du droit, mais sans pour autant s'y attarder trop longtemps. Ainsi, à l'occasion, nous avons pointé d'autres sources de changements, d'autres influences possibles, sachant fort bien que les changements du droit n'ont vraisemblablement pas été occasionnés par une seule influence. Par exemple, si la codification a pu être l'occasion d'apporter une nouvelle façon de concevoir les règles, la raison d'être de la codification provient peut-être davantage de la Révolution et d'une volonté de l'assemblée constituante de contrôler le droit. De la même façon, les grandes réformes de la judicature anglaise et de sa législation, commencées au début du 19e siècle, si elles ont pu permettre d'ajuster le droit à une mentalité nouvelle étaient probablement davantage motivées par un souci de mettre fin à un régime juridique lourd, coûteux et souvent injuste. Enfin, si l'esprit scientifique a pu avoir une certaine influence sur le droit à la fin du 18e siècle, d'autres influences de la même nature ont pu aussi avoir un impact à la même époque. Nous verrons par exemple que la pensée rationnelle a été vue comme une influence majeure sur le droit français de cette époque. Le droit anglais, au contraire semblait être mû par un pragmatisme. Ces types d'influence ont dû être pris en considération afin de ne pas les confondre ou au contraire voir leur complémentarité avec une influence éventuelle de

l'esprit scientifique. Nous avons donc parfois fait état de quelques unes des autres influences, mais sans entrer dans les détails et dans la mesure où la chose était nécessaire pour, le cas échéant, en distinguer les effets. L'objectif principal de cette thèse est tout de même de vérifier si l'on peut observer dans les changements du droit à la fin du 18e siècle, quelques manifestations d'une influence de l'esprit scientifique.

D'un point de vue plus pratique, mis à part le catalogue des bibliothèques, il n'existe pas de banque de données informatisées consacrées à la théorie du droit, la genèse de l'État ou encore l'histoire du développement des sciences. Le travail a donc été effectué principalement par une recherche "déambulatoire" en bibliothèque. La garantie d'une exhaustivité est peut-être moins grande qu'une recherche informatisée, mais les bibliothèques regroupent tout de même leurs ouvrages selon des thèmes. Par exemple, dans la Bibliothèque des Sciences Humaines de l'Université de Sherbrooke, se retrouvent dans une même section la plupart des monographies traitant de la naissance de l'État et les diverses théories de l'État. Il en est de même des bibliothèques de droit (Universités Laval, Sherbrooke, Ottawa) avec des thèmes comme la théorie ou la philosophie du droit. Cette organisation, permet d'avoir rapidement une bonne idée de l'ensemble des monographies traitant des questions à l'étude[16].

La recherche de manifestations d'une influence sur le droit, en l'occurrence celle de l'esprit scientifique, exigeait dans un premier temps une clarification des concepts. Le plan a été construit en trois parties. La première partie traite du cadre interprétatif. Cette partie, a été consacrée à la réflexion portant sur les concepts de science et de droit, ainsi qu'à établir - parce que nous ne pouvions y échapper - un cadre minimal socio-historique du droit jusqu'à la période qui nous intéresse, soit la fin du 18e siècle. Les deux éléments principaux du cadre socio-historique ont été, bien entendu, l'État et le développement des sciences. Une fois le décor mis en place, il devenait possible d'entrer dans le vif du sujet. La deuxième partie traite de la forme d'esprit des juristes de la fin du 18e siècle afin

[16] Ce type de recherche est désormais extrêmement ardue, si ce n'est impossible, dans les bibliothèques juridiques parisiennes car le curieux n'a plus directement accès aux étagères de livres. Il doit d'abord passer une commande

d'y déceler, le cas échéant, les manifestations d'une influence. Cela a nous conduit à la troisième partie qui traite concrètement des textes et de la nouvelle structure du droit. L'étude des textes eux-mêmes permettait d'illustrer la façon dont l'influence de l'esprit scientifique se manifeste à l'occasion dans la réalité. La structure de ce plan respecte une certaine logique de la démonstration. Ainsi, dans un premier temps, les cadres conceptuel et socio-historique ont été mis en place. Sans cela nous n'aurions pu, dans un second temps, déceler le cas échéant les grands traits d'une influence de l'esprit scientifique dans quelques approches théoriques du droit vers la fin du 18e siècle. La dernière partie complète la deuxième partie en recherchant concrètement, parmi quelques règles juridiques, l'expression de cette forme d'esprit.

Pour finir, il convient de souligner le fait que, au cours de notre exposé, nous avons essayé de rester le plus neutre et le plus objectif possible, malgré la priorité accordée à certains concepts. Nos choix conceptuels comportant naturellement une part de subjectivité[17], ne doivent laisser entendre aucun mépris des concepts écartés. Par exemple, nous ne pensons, ni ne voulons, concevoir une quelconque supériorité d'un esprit scientifique sur un esprit technique ou un esprit purement rationnel au sens où nous l'entendons et vice versa, si tant est qu'on reconnaisse leur existence. Au cours de cette thèse, nous avons essayé de décrire à travers des règles, des exposés du droit, ou des tendances de la théorie du droit, la présence de caractères que nous croyons spécifiques à certaines formes d'esprit, mais il ne faut voir en cela aucun jugement de valeur sur ces formes d'esprit.

---

informatisée après avoir consulté la banque électronique de la bibliothèque. Les livres (maximum trois à la fois) lui sont ensuite livrés au comptoir de prêt.

17 « Le théoricien descripteur doit [...] nécessairement faire un choix parmi tous les éléments que manifeste le phénomène juridique, et le choix des éléments qui, en bout d'analyse, sont acceptés comme constitutifs du droit présuppose nécessairement l'acceptation d'un certain point de vue normatif. Pour cette raison, décrire le droit consiste toujours à le caractériser d'un certain point de vue normatif, interne à l'entreprise théorique elle-même. », Luc B. TREMBLAY, « Le normatif et le descriptif en théorie du droit », (2002-03) 33 *Revue de Droit de l'université de Sherbrooke* 69-95, p. 78.

PARTIE I. QUELQUES OBSERVATIONS POUR UN CADRE CONCEPTUEL ET SOCIO-HISTORIQUE D'INTERPRÉTATION

Le cadre conceptuel constitue, sans doute comme dans toute thèse, une étape nécessaire. Il fallait mettre au clair certains concepts, souvent galvaudés, mais aussi souvent richement exposés. Par exemple, les concepts de science, d'esprit scientifique, de règles ou de lois ont été abondamment traités par le passé, parfois même dans la controverse. Il ne saurait être question, ici, de reprendre tous les aspects abordés dans la littérature concernant les diverses perceptions ou conceptions des notions qui nous intéressent; sans limiter la recherche des nuances nécessaires, cette partie nous permettra de comprendre le sens des divers termes et expression de façon méthodique et d'éviter les confusions, autant que faire se peut.

L'analyse des concepts ne cherche donc pas à établir une réalité (du droit ou de la science), d'autant moins que la réalité évolue avec le temps comme nous le verrons, mais veut simplement fixer un sens précis aux termes que nous entendons utiliser de façon à décrire nos observations de la façon la plus précise possible. Le fait de reprendre certains auteurs ne vise pas, non plus, à asseoir ou « cacher » nos « propres postulats fortement normatifs sous le couvert de postulats épistémologiques intenables »[18].

Le développement se fera selon un ordre logique. Puisqu'il s'agit d'une thèse de droit, les concepts de droit seront les premiers mis en avant. L'objectif visera seulement à introduire quelques mises au point, principalement dans le but de distinguer les concepts de droit, de loi et de règles juridiques.

Par ailleurs, puisque nous envisagions la possibilité d'une influence de l'esprit scientifique sur le droit, il fallait d'une part, comprendre le lien important existant entre l'État (source des règles juridiques) et les règles elles-mêmes et d'autre part, légitimer d'une certaine façon notre hypothèse en montrant la popularité nouvelle de la science dans la France, l'Angleterre et le Québec du 18e siècle. Ainsi, une fois précisées les distinctions entre les concepts du droit, la voie était ouverte pour analyser, avec un certain recul, les relations entre l'État et la justice ou l'État et la loi.

---

[18] L. B. TREMBLAY, « Le normatif et le descriptif en théorie du droit », (2002-03) p. 86, précité note 17.

La même logique s'appliquait avec l'esprit scientifique. Il fallait dans un premier temps comprendre globalement les principaux caractères de l'esprit scientifique. Cela permettait non seulement de fournir un outil « objectif » pour détecter, dans certains aspects de l'évolution du droit, l'apparition ou non des grands traits de l'esprit scientifique; mais aussi de saisir si ces caractéristiques avaient été intégrées par la société en même temps que l'idée de la science. Nous avons terminé cette partie avec une courte démonstration visant à exposer certains événements permettant de conclure au développement et à la popularité sans précédent de la science.

Ces passages obligatoires une fois franchis, la recherche des manifestations de l'esprit scientifique et la construction du droit pouvaient commencer. Mais avant cela débutons avec quelques observations autour du droit.

A. Quelques réflexions autour du concept de droit

Qu'entend-on par *droit* par *loi,* par *règle* ? Nous voulons trouver ici une notion globale qui inclut tout un ensemble de règles et de comportements humains. Cette section visera, non pas à chercher la vérité objective sur la nature ou la définition du droit, mais simplement à savoir de quoi l'on parle et circonscrire l'objet de l'étude. L'objectif est surtout d'éviter les confusions avec d'autres notions telles que la règle morale, la règle juridique ou la loi. De même, reprendre les différents concepts développés à chaque époque de l'histoire serait un travail passionnant, et certainement très édifiant à bien des égards, mais d'une

importance secondaire dans le cadre de cette thèse[19]. En effet, nous ne voulons pas établir une preuve scientifique sur la nature du droit ou celle de la règle, car ces concepts ne seront utilisés que pour faire des distinctions. D'ailleurs, nous devrons, en d'autres occasions au long de notre exposé, mettre en évidence certaines conceptions du droit dans d'autres époques telles que l'Antiquité ou le Moyen Âge. Pour terminer les préliminaires, le choix d'une définition peut avoir des implications sur une perception philosophique du droit et de l'environnement humain, voire du monde. Faut-il donc s'astreindre à un exposé philosophique complet, comme l'a déjà fait Burlamaqui en 1767[20], pour choisir une définition du droit ? Nous ne le croyons pas et parmi toutes les définitions proposées, nous retiendrons celle qui semble s'approcher le plus d'un concept minimal *constant* malgré l'évolution des sociétés; tout en établissant les critères qui permettront de travailler dans le cadre de cette thèse. Nous avons simplement besoin ici d'éclaircir certains concepts clés nous permettant de distinguer notamment le droit de la morale ou de distinguer la règle du commandement. Le choix d'une définition exacte n'importe donc pas tant que la réflexion permettant de faire des nuances entre les divers concepts du droit. Pour cela, la méthode a été de prendre, de façon opportuniste, des auteurs variés qui, semblait-il, apportaient un élément intéressant à la réflexion.

Puisque cette thèse observe les changements du droit vers la fin du 18e siècle, il serait intéressant de comprendre les conceptions du droit quelque temps avant cette période.

1. Le droit: expression d'une philosophie

Le Grant Coustumier de France présentait «le dernier état du droit français, au moment où la coutume va faire place à la législation»[21]. On y retrouve des définitions de la justice et du droit empruntées aux Institutes de Justinien[22]:

---

[19] L'étymologie du mot droit est clairement expliquée par Georges BAFARO, «le roi, le droit, le juge», dans: *analyses & réflexions sur le Droit*, Paris: Ed. Marketing, 1988, 5-15.

[20] Jean-Jacques BURLAMAQUI, *Principes du droit de la nature et des gens*, 1767-1768, Paris: Janet-Cotelle, 1821; *Principes du Droit Naturel*, Genève: Barrillot & Fils, 1748.

[21] Ce document rédigé au cours du Moyen âge, est le résultat d'initiatives privées de juristes. Il tombera peu à peu en désuétude à partir des réformes royales et des grandes ordonnances du 17e siècle. On retrouve une réimpression

> «Justice est volonté ferme et perdurable qui rend à chacun sa droiture, et qui selon droict a congnoissance des choses divines et des humaines, du droict et du tort»[23].

Le droit quant à lui n'est défini que par la nature des choses:

> « Droict naturel est celluy que la nature a mis et enseigné en toute créature humaine, duquel droict des bestes, oiseaulx et poissons naissans tant en l'air, en la terre, comme en la mer, ont le sens et l'industrie, si comme nous pouvons en eulx appercevoir par l'oppération de la conjonction du masle et de la femelle, que nous apellons en nous par la célébration de l'église: MARIAGE, duquel l'engendrement et nourrissement des enfants vient; qui par vertu d'icelluy droict souloient franchement user de tout ce qu'il leur plaisoit, mais qu'ils n'y feissent force; mais maintenant ce droit est petitement gardé, car servitude qui contre luy fut establye luy a sa vertu substraicte, de quoy sont venues les chetivoisons, comme achets, ventes, louaiges, et autres plusieurs servaiges »[24].

Il s'agit d'une vision philosophique du droit souvent rencontrée depuis le Moyen Âge jusqu'au 17e siècle. Aujourd'hui, le droit semble se définir de façon plus pragmatique et descriptive du rapport entre les personnes dans une société. Michel Villey[25] soutient toutefois que la réalité du droit n'a pas changé, mais que la philosophie moderne et la sémantique déforment la réalité en poussant la modernité vers des choix dénaturés[26]. Il remonte même à Cicéron avec une

---

(de l'édition de Paris) intitulée: *Le Grand Coutumier de France*, par Édouard LABOULAYE et Rodolphe DARESTE, Darmstadt (Allemagne): Scientia Verlag Aalen, 1969, p. X.

[22] Les *Institutes* est «un ouvrage élémentaire destiné à l'enseignement du droit. [...] Ce recueil fut publié, sous le nom d'*Institutiones*, dès le mois de novembre 533, et rendu obligatoire avec le Digeste, en décembre de la même année. Les Institutes sont composées de fragments empruntés aux jurisconsultes classiques, mais sans indication de sources, et d'extraits ou résumés de constitutions impériales, destinés à signaler les changements du droit à l'époque de Justinien». Eugène PETIT, *Traité élémentaire de droit Romain*, 9e éd., Paris: Rousseau et Cie, 1925, pp. 46-47.

[23] *Le Grand Coutumier de France*, p. 189, précité note 21.

[24] *Ibid.*, p. 190.

[25] «Réintégrons de préférence le concept hérité de Rome. Concept périmé, en train de se perdre? Il se pourrait qu'il disparût mais voici le moment d'excercer notre sens critique. Il n'est pas certain que l'actuel glissement sémantique du mot droit ait d'autre raison que notre ignorance». Michel VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, 3e éd., Paris: P.U.F., 1983-1998, pp. 21-22.

[26] *Ibid.*, pp. 7-35; Yan THOMAS, « Michel Villey, la romanistique et le droit romain », dans Michel GARCIN (dir.),

définition du droit par sa finalité: «le service d'une juste proportion dans le partage des biens et les procès des citoyens»[27]. Le droit romain serait ainsi étroitement relié à la notion de justice laquelle est, entre autres, l'action de faire le droit[28]. Dans une étude centrée sur la jurisprudence, Frédéric Zenati semble voir lui aussi, dans un premier temps, l'existence possible d'un droit sans *règle*:

> « Le droit romain, source de notre cosmologie juridique, enseigne que ce n'est pas le droit qui procède de la règle, mais la règle qui procède du droit. Il y a donc quelque chose avant la règle déduite du jugement, et cette chose, c'est déjà du droit. Qu'est-ce que le droit non encore normatif que secrète le juge dans sa décision? Ce n'est rien d'autre que la qualité essentielle de la décision elle-même. Le juge est une institution qui a pour fonction de rendre la justice et de trancher les litiges. (...) Le droit est la qualité de l'analyse et de la décision du juge d'être juste, c'est un état optimal d'équilibre que doivent atteindre les relations entre les parties »[29].

On retrouve ici la recherche d'une juste proportion de Villey. Dans ces courts extraits, les deux auteurs semblent préconiser une approche non normative du droit. Le droit revêt donc une pluralité de définitions « selon l'angle sur lequel chaque auteur voudra mettre l'accent principal (...). (...) Il ne s'agit pas, en réalité, de concepts différents portant sur un même objet, mais plutôt ce sont les propres objets (ou aspects d'un objet) envisagés qui ne coïncident pas, en dépit, de l'habitude linguistique de ramasser toutes ces choses diverses sous un seul label, « droit » »[30].

Droit, nature, histoire, IV[e] Colloque de l'association Française de Philosophie du droit, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1985, p. 33.

[27] M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, 1983-1998, p. 34, précité note 25.

[28] *Ibid.*, pp. 42-43.

[29] Frédéric ZENATI, *La jurisprudence*, Paris: Dalloz, 1991, p. 149.

[30] Enrique P. HABA, « Sciences du droit - quelle science ? Le droit en tant que science: une question de méthode », (1991) 36 *Archives de Philosophie du Droit* 165-187, pp. 166-167. Plus récemment, dans une critique des approches positivistes du droit, Luc Tremblay semble lui aussi revendiquer approche décisionnelle globale: « Je soumets que cette forme de "séparation" entre le droit et la morale, le droit et l'éthique ou le droit et le pragmatique, est intenable. Il n'existe aucune séparation étanche, formelle, logique, ou a priori entre les divers types de considérations persistentes, que ces considérations soient des règles juridiques formelles, des raisons pragmatiques, éthiques ou morales. La raison pratique forme une unité. », L.. B. TREMBLAY, « Le normatif et le descriptif en théorie du droit », (2002-03) p. 88, précité note 17. La différence réside peut-être dans le fait que

Enrique Haba divise le droit en trois approches: (1) le « normativisme », (2) l'« axiologisme » et (3) le « sociologisme ». Sans entrer dans les détails, résumons simplement E. Haba en disant que le normativisme apparaît comme une vision du droit centrée sur la norme juridique. L'axiologisme serait plutôt la recherche du juste ou équitable au cas par cas. Le sociologisme considérerait le droit principalement par les conduites qui se « présentent régulièrement dans un milieu social »[31]. Ainsi, il est possible, selon notre interprétation de Michel Villey, que ce droit (axiologique) soit le vrai droit tel qu'on devrait le vivre dans notre société actuelle[32].

Cependant, pour les fins de notre analyse, cette conception d'une « juste proportion » semble encore trop limitée et pas assez représentative de l'ensemble du droit tel qu'il aurait, selon nous, été pratiqué à la Renaissance et dans les époques successives de la société occidentale. Il y manque, en effet, les *règles* qui sont devenues le plus souvent, même chez les romains - certains diront - (à la fin de l'Empire aux 6e et 7e siècle), une source majeure des décisions judiciaires. Par exemple, en dépit d'une forte tendance au pragmatisme dans la *common law*, les professeurs Atiyah et Summers écrivent:

> « *Again, in our view, English legal theory is, and has long been, in general and relative terms, formal and positivistic, while American theory has been and remains influenced by a variety of more substantive theories, some of the natural law or 'rights' variety, and other of a more instrumental nature.* (...) *Law without rules and the regular following of rules would not be a system of law as we know it. It would be an ad hoc 'system' of discretionary decision making. Logic does not exclude the possibility that such a system could exist in some sense. But for such*

Luc Tremblay ne semble pas vouloir se détacher de considération normatives dans ce qu'il appel la raison d'agir ou de décider: « dans tous les cas, les considérations ultimes qui permettent de trancher incarnent une certaine conception du juste, du bien ou du juste et du bien. » (p. 93). Il aurait pu pousser plus loin sa logique et accepter la présence de considérations lucratives, émotionelles, corporelles, etc. dans la prise de décision reconnaissant ainsi une telle complexité que toute théorie deviendrait presque illusoire.

31 *Ibid.*, pp. 167-169.

32 « À côté de la logique formelle, qui occupe une place évidente dans notre vie juridique présente, nous demandons qu'on prête attention à cette logique dialectique qui nous semble remplir en fait la fonction la plus substantielle; [...] », Michel VILLEY, « Liminaire: Données historiques », (1966) 11 *Archives de philosophie du droit* VII-XVI, p. XV.

a system to work, the society would have to be very different from modern industrial society »[33].

Un droit centré sur les règles comme le dit Enrique Haba ci-dessus est un droit normativiste. Concentrons donc l'analyse sur l'aspect normatif du droit.

2. Le droit: ensemble de règles

Parmi la pléiade d'auteurs ayant traité la question, il est difficile de trouver une suite logique. Il ne sera donc pas nécessaire de procéder à une revue systématique. Un effort sera fait néanmoins pour couvrir les plus importantes contributions qui circonscrivent le droit normatif dans ses principaux contours.

Julien Freund, théoricien du droit, décrit le droit comme « le principe d'organisation de toute société, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse d'un droit coutumier ou d'un droit écrit et codifié »[34]. On peut compléter cette conception très abstraite du droit source d'organisation, par celle de René David, comparatiste, définissant la règle de droit comme « la manière dont sont exprimés les dispositions ou commandements de caractère juridique »[35]. Cette définition a l'avantage de pouvoir s'adapter à des systèmes juridiques différents. Par exemple, lorsqu'on compare deux systèmes juridiques contemporains: en *common law* la règle de droit (*rule of law*) est formulée principalement par les juges dans la jurisprudence, alors que dans le système romano-germanique la règle juridique se retrouve essentiellement dans la législation. Mais il ne semble s'agir que de la règle elle-même. Le juridique n'est pas circonscrit. De même, le processus d'expression de la règle n'apparaît qu'en filigrane. Nous devons donc nous tourner vers des auteurs qui expriment le droit normatif de façon un peu plus pragmatique.

---

[33] P. S. ATIYAH and R. S. SUMMERS, *Form and Substances in Anglo-American law: a Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*, 1987, p. 3 et 70, précités note 9.

[34] Julien FREUND, «À la recherche de la vérité du droit» dans: Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, *Droit, nature, histoire: "Michel Villey, Philosophe du Droit"*, Marseille: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1985, 175-189, p. 188.

[35] René DAVID, *Le droit français*, t. 1, Coll. Les systèmes de droit contemporains, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1960, p. 67.

Christian Atias, juriste multidisciplinaire auteur de quelques ouvrages sur l'épistémologie juridique, définit le droit comme un ensemble de règles de conduite assorties d'une contrainte[36]. Il faut ajouter que la contrainte doit être imposée par une autorité[37]. Jean Dabin parlait de « la sanction de la contrainte publique »[38]. Cet aspect du droit serait d'ailleurs partagé, selon Georges Ripert, par de nombreux positivistes[39]. En effet, c'est par cet aspect que l'on pourrait distinguer le droit de la morale qui comporte aussi un ensemble de règles de conduite, mais sans contrainte extérieure humaine *a priori*[40]. Partant de cette définition, le droit n'existerait qu'en société. C'est ainsi que nous comprenons la conception de Léon Duguit, lorsqu'il écrit qu'une règle devient une « règle de droit» lorsque «la masse des esprits a le sentiment que le respect de cette règle est si essentiel au maintien de la solidarité sociale qu'elle en réclame la sanction organisée »[41]. Auguste Simonius précise que plutôt qu'une volonté active de la masse des consciences, c'est «l'attente d'une sanction» ou «*opinio necessitatis*» qui donne leur propriété juridique aux règles[42]. Quoi qu'il en soit, selon Léon Duguit, qui est décrit comme un tenant du positivisme sociologique «réaliste»[43], la

---

[36] Christian ATIAS, «Michel Villey et les juristes français» dans: Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, *Droit, nature, histoire: "Michel Villey, Philosophe du Droit"*, Marseille: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1985, 15-24, p. 17.

[37] Voir Santi ROMANO, *L'Ordre juridique*, Paris: Dalloz, 1975.

[38] « Le droit est l'ensemble des règles de conduite édictées ou du moins consacrées par la société civile, sous la sanction de la contrainte publique, à l'effet de réaliser, dans les rapports entre les hommes un certain ordre, celui que postulent la fin de la société civile et le maintien de la société civile comme instrument voué à cette fin. », Jean DABIN, *Théorie générale*, 1ère édition, Bruxelles: Bruylant, 1966, no 5, p. 6.

[39] «Seules les règles données, ou tout au moins sanctionnées par le Pouvoir politique, constituent des règles de droit.», G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 1955, p. 75, précité note 10; voir aussi Raymond CARRÉ de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, 2ème éd., Paris: Sirey, 2 vol., 1920-1922/1962; G. P. A. JÈZE, *Les Principes généraux du droit administratif*, 1925-1936, précité note 9; Marcel WALINE, «Défense du positivisme juridique», (1939) *Archives de philosophie du droit* 84; Jean DABIN, *La philosophie de l'ordre juridique positif spécialement dans les rapports de droit privé*, Paris: Recueil Sirey, 1929; François GÉNY, «Justice et force. Pour l'intégration de la force dans le droit », dans *Études de droit civil, à la mémoire de Henri Capitant*, Paris: Dalloz, 1939.

[40] Jean-Louis VULLIERME, «Question de politique» dans: Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, *Droit, nature, histoire: "Michel Villey, Philosophe du Droit"*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Marseille, 1985, 163-174, p. 172; voir aussi Paul ROUBIER, *Théorie générale du droit*, 2 e éd., Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1951, pp. 32-51.

[41] Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd., Paris: A. Fontenoing, 1927, p. 19; Jacques MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », dans: *Le droit privé français au milieu du Xxe siècle - études offertes à Georges Ripert*, Tome I, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, 28-50, p. 43.

[42] Augute SIMONIUS, «Quelles sont les causes de l'autorité du droit ? », dans: *Recueil François Gény. Les sources du droit*, Tome. I, Paris: Edouard Duchemin, 1934/1977, 204-222.

[43] Gérard TIMSIT, *Thèmes et systèmes de droit*, Paris: P.U.F., 1986, p. 45; Marcel WALINE, «Positivisme philosophique, juridique et sociologique», dans Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Mélanges Carré de Malberg*, Paris: Recueil Sirey, 1933, 519-534, p. 519.

sanction juridique ne saurait être inorganisée[44], telle par exemple le lynchage d'un individu par une foule en colère. Aucune règle imposée par ce type de sanction ne ferait partie du droit. Le droit serait donc étroitement lié à la notion d'ordre et d'équité. La justice ne saurait être inéquitable et l'équité passerait d'abord par l'organisation[45]. C'est, sans doute, un peu ce que voulait dire Portalis lorsqu'il écrivait: « La justice est la première dette de la souveraineté; c'est pour acquitter cette dette sacrée que les tribunaux sont établis »[46]. L'organisation des tribunaux représente le moyen juste, équitable, d'appliquer les règles. Tout positiviste qu'il était, Portalis n'en voyait pas moins l'équité comme une occasion offerte aux juges, dans les cas particuliers de chaque décision judiciaire, de préciser les généralités de la loi. Il définit ainsi l'équité: « un retour à la loi naturelle, dans le silence, l'obscurité ou l'insuffisance des lois positives. C'est cette équité qui est le vrai supplément de la législation, et sans laquelle le ministère du juge, dans le plus grand nombre des cas, deviendrait impossible »[47].

Revenons quelque peu sur la notion de règle dont la présence semble donner au droit moderne sa spécificité. Nous avons conscience qu'un droit normatif ne pose pas forcément la règle de droit comme seul objet, mais peut embrasser la notion de norme dans un sens plus large. Toutefois, nous nous concentrerons dans les prochaines lignes sur la règle qui semble présente, comme nous le verrons dans la deuxième partie de cette thèse, dans la plupart des conceptions normatives du droit. Sans faire une étude étymologique complète du terme, relisons simplement Paul Amselek:

> « Les règles de conduite sont des *outils*, des instruments; c'est ce qu'on évoque notamment quand on dit que le droit est une «technique», et c'est ce que rappelle au surplus l'étymologie même des mots norme ou règle qui dénotaient primitivement des outils matériels, concrets: la

---

[44] Voir aussi Raymond CARRÉ DE MALBERG, «Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique», dans: *Recueil François Gény. Les sources du droit*, Tome. I, Paris: Edouard Duchemin, 1934, 192-203, p. 195.

[45] « Le statut des juridictions, la réglementation des procédures, l'organisation des voies de recours tendent à empêcher l'arbitraire, l'esprit partisan. », J. DONNEDIEU DE VABRES, *L'État*, Collection « Que sais-je », Paris: Presses Universitaires de France, 1957, p. 39.

[46] PORTALIS, « Corps législatif », Titre préliminaire, De la publication, des effets et de l'application des lois en général, 23 frimaire an X - 14 décembre 1801, t. VI, pp. 268-270, dans: François EWALD (dir.), *Naissance du Code civil*, Paris, Flammarion, p. 130.

[47] *Ibid.*, p. 131.

> *norma* latine, dérivée du grec ancien *gnômon*, désignait à l'origine une équerre; la *regula* désignait - et ce sens est d'ailleurs resté dans la langue française - une tige ou planchette servant de référence pour les tracés rectilignes. Les règles de conduite sont plus précisément, en second lieu, des outils qui donnent, à ceux à qui ils sont adressés et qui les utilisent, la mesure de leur possibilité d'agir, de se conduire: c'est en ce sens qu'on parle indifféremment d'édicter des règles juridiques ou d'édicter des « mesures »; et quand deux règles différentes sont appliquées à des cas identiques, on parle de même de « deux poids et deux mesures » - sans évoquer le symbole même du droit, la balance, qui le place ostensiblement sur le terrain des mesures et évaluations »[48].

On retrouve dans cette analogie avec la mesure géométrique, la recherche d'un caractère objectif et général de la règle. René David écrit que « la règle de droit doit essentiellement viser la satisfaction de l'intérêt général »[49]. Cela différencie la règle de conduite de la conduite elle-même. Par exemple, le *Code civil du Québec* énonce que « toute personne a le devoir d'honorer les engagements qu'elle a contractés »[50]. Il s'agit d'une règle de droit. En revanche un contrat entre deux personnes, détermine non pas des règles juridiques de conduite, mais bien la conduite elle-même, décrite par la règle comme « l'engagement ». Le contractant s'oblige par un acte et non par une règle. L'acte ne devient juridiquement obligatoire que grâce à la règle. Malgré le fait que leur violation soit susceptible d'être sanctionnée, comme le prévoit l'article 1458 C.c.Q., nous pensons que les obligations contractuelles ne sont pas des règles de droit. Par conséquent, même s'il existe des règles de droit subjectives, la subjectivité de la règle comporte des limites. *La règle doit avoir un impact sur un ensemble de citoyens de manière impersonnelle.*

Cela semble nous placer en conflit avec les kelséniens pour qui selon Jacques Maury « une règle de droit peut être spéciale, individuelle, n'obliger qu'une

---

[48] Paul AMSELEK, «Le droit dans les esprits», dans: P. AMSELEK et C. GRZEGORCZYK, *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris: Presses Universitaires de France, p. 28.
[49] R. DAVID, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, 1948, p. 173, précité note 15.
[50] L.Q. 1991, c. 64, a. 1458 par. 1.

personne dans un cas particulier »[51]. Selon nous, cette interprétation ponctuelle de la notion de norme ou de règle outrepasse la signification naturelle - étymologique - du terme. On en vient à confondre la norme objective et l'obligation subjective.

Enfin, nous avons vu que pour être juridique, la règle doit être assortie d'une contrainte imposée par une autorité selon un processus équitable.

En résumé, nous définirons la règle juridique comme *une norme de conduite (de faire ou de ne pas faire) qui s'impose à un ensemble de citoyens, dont la sanction est assumée par une autorité selon un processus équitable.*

La recherche d'une définition du droit centrée sur la norme peut donc être résumée comme *un ensemble de règles de conduite assorties d'une contrainte sanctionnée par une autorité selon un processus équitable.* Cette définition est sans doute imparfaite. Elle laisse, en effet, peu de place à la norme dans un sens large. Toutefois, la « règle de conduite » pourrait permettre d'y intégrer des normes autres que des règles juridiques positives. Nous conserverons donc cette définition car elle met l'accent sur la règle que nous croyons être un concept central du droit moderne. Dans cette définition, l'action des tribunaux dépend,

---

[51] J. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », 1950, p. 29, précité note 41; Marcel WALINE, «Le pouvoir normatif de la jurisprudence », dans: *La technique et les principes du droit public - études en l'honneur de Georges Scelle*, tome deuxième, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950, 613-632, p. 613; Notre lecture de la *Théorie Pure du droit* nous incite à être moins catégorique quant au degré de subjectivité de la norme chez Hans Kelsen. Il nous semble que le droit subjectif de H. Kelsen est simplement l'application des normes objectives et non la création d'un droit pour un individu en particulier. La norme individuelle de H. Kelsen n'en est pas moins une norme impliquant une généralité objective. Cette norme individuelle ne s'applique qu'à un type de cas lequel n'est pas particulier et peut donc survenir à nouveau (comme le *precedent* anglais): « la décision d'un tribunal d'appliquer une sanction [...] se présentera sous la forme d'une norme individuelle applicable au cas concret. », Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, adaptée de l'allemand par Henri Thévenaz, Neuchâtel (Suisse): Éditions de la Baconnière, 1953 et 1988, p. 111; « il faut distinguer la signification objective de la signification subjective: « *Sollen* » [le devoir] est la signification subjective de tout acte de volonté d'un homme qui, dans son esprit, tend à obtenir une conduite d'autrui. Mais tout acte de cette sorte ne possède pas, objectivement cette signification. Ce n'est que lorsqu'il a objectivement aussi la signification d'un *Sollen* que l'on qualifiifie le *Sollen* de « norme ». [...] la conduite que l'acte vise à déterminer est considérée comme devant avoir lieu, non plus seulement du point de vue de l'individu qui pose l'acte, mais également du point de vue des tiers désintéressés [...]. », *Théorie pure du droit*, traduction de la 2e édition par Charles Eisenmann, Paris: Dalloz, 1962, pp. 10-11. Ainsi, chez H. Kelsen, même les normes les plus subjectives ne sauraient s'appliquer à une seul individu en particulier ou à un groupe d'individu ciblé. La norme comporte toujours un degré de généralité. D'ailleurs, chez H. Kelsen, le droit ne fait jamais référence à une personne en particulier, mais à la personne objectivée: « La personne dite physique désigne l'ensemble des normes qui règlent la conduite d'un seul et même individu. [...] Si l'être humain est une réalité naturelle, la personne est une notion élaborée par la science du droit [...]. » *Théorie pure du droit*, adaptée de l'allemand par Henri Thévenaz, *Ibid.* p. 114.

sauf exception[52], de la règle. Elle est postérieure à la règle: « On ne peut appliquer une règle sans avoir affirmé qu'elle existe »[53]. Cela signifie aussi que, sur le fond du litige, le juge ne peut se prononcer arbitrairement; il doit rendre sa décision en conformité avec les règles. Il semble aussi qu'on puisse retrouver cette perception dans le *common law* comme l'écrit Gérald Dworkin qui fait référence aux premiers pas du droit anglais jusqu'au 19e siècle:

> « D'après la théorie de l'effet déclaratif de la common law, les juges ne créent pas le droit non encore en vigueur, mais se bornent à déclarer quelle a été la règle depuis un temps immémorial. Le fait que cette règle de droit n'ait jamais encore été énoncée n'est pas incompatible avec la théorie qu'elle a toujours existé »[54].

Ainsi, lorsqu'un juge rend une décision sur la base des principes de morale et d'équité ou autres, ces principes étaient rétroactivement des règles de droit[55]. Cela représente davantage que «l'aide d'un langage et d'un raisonnement propres à l'art juridique»[56], mais ne réduit pas pour autant le juge à «un applicateur de règles»[57]. Si *a priori* on pourrait penser que «l'ensemble de règles» est immuable, il s'agit, nous en convenons, d'une interprétation étroite du droit. La définition précitée ne désigne pas l'origine des règles[58], ni le processus de leur mise en valeur. Le jugement, dont la source prioritaire est la règle de droit, conserve sa discrétion vis-à-vis de l'analyse des faits, de l'interprétation et parfois

---

[52] Il sera traité de ces exceptions dans la discussion relative à la loi.

[53] Tony SAUVEL, « Histoire du jugement motivé, » (1955) 61 *Revue du Droit Public et de la Science Politique* 5-53, p. 7.

[54] Gerald DWORKIN (trad. Raymond de MENASCE), « Un adoucissement de la théorie du *stare decisis* à la Chambre des Lords », (Janvier-Mars 1967) 19:1 *Revue internationale de droit comparé* 185-198, p. 185.

[55] « La norme juridique issue de la jurisprudence risque d'être rétroactive. Ce n'est, éventuellement, qu'après avoir agi et après avoir été jugés que l'administration ou l'administré sauront s'ils ont agi conformément au droit, s'il avaient tort ou raison. », Didier LINOTTE, « Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif », (1980) 9 *Droit administratif* 632-639, à la p. 633.

[56] F. ZENATI, *La jurisprudence*, 1991, p. 150, précité note 29.

[57] *Ibid.*.

[58] « [...] dans un état de droit, il y a une sécurité juridique, c'est-à-dire que chacun idéalement peut savoir où il est. Tout avocat, tout conseiller a en principe la possibilité de délibérer correctement, c'est-à-dire de prédire correctement la décision du juge en se fondant sur les lois existantes. Bien sûr, la tâche de concrétisation ne consiste pas simplement à connaître les articles du code. Si on veut juger en juriste le cas soumis, il faut évidemment connaître aussi la jurisprudence, ainsi que tous les éléments qui la déterminent. Nulle autre appartenance à la loi n'est ici exigée, sinon que l'ordre juridique soir reconnu comme valable pour tous, que personne donc n'en soit excepté. Par conséquent il est toujours possible en principe de saisir en tant que tel l'ordre juridique existant, autrement dit d'incorporer à la dogmatique juridique tout complément ainsi ajouté à la

même de l'existence de la règle: « En disant le droit, le juge ne répète pas nécessairement une conception acquise, du droit, il exprime le droit tel qu'il est perçu collectivement au moment où il statue »[59]. Il peut même à l'occasion créer des règles particulières pour donner effet à une règle générale préexistante[60]. Bien que la norme soit au centre de la définition exprimée ci-dessus, nous ne pensons pas qu'il s'agisse d'une vision positiviste radicale car la règle de droit pourrait provenir de n'importe quelle source: coutume, loi, jurisprudence.

Comment concilier cette perception normative du droit avec la perception judiciaire de Michel Villey? Nous pensons que chacune est représentative du droit de son époque. Si l'on accepte la vision de Michel Villey selon laquelle, dans la majeure partie de l'Antiquité, la rareté voire l'absence de règles juridiques obligeait le juge à rechercher la juste proportion entre les parties dans un souci « de concourir à l'*ordre*, et tout ordre est un juste milieu entre des excès »[61], il semble logique de conclure que « l'objet du métier juridique (était) de chercher une proportion dans le partage des biens et charges »[62]. Alors que dans des époques plus récentes, l'ordre étant principalement établi par des règles de droit, le juge se doit de rendre ses décisions dans le respect de ces règles. Notons que cela n'empêche nullement (comme nous le verrons), dans un deuxième temps, la création de règles jurisprudentielles comme cela semble être le cas en *common law*.

Il est difficile, devant des structures du droit si différentes, de trouver une définition qui représenterait intégralement les deux réalités historiques. Nous conserverons donc, pour les fins de cette thèse, la vision normative moderne du droit telle

---

loi. », Hans-Georg GADAMER, *Vérité et Méthode: les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, 4e édition, traduit par Étienne Sacre, Paris: Éditions du Seuil, 1960/1976, p. 172.

[59] *Ibid.*, p. 151; Valentin V. PETEV, «Structures rationnelles et implications sociologiques de la jurisprudence», (1985) 30 *Archives de philosophie du droit* 181-189; voir aussi la réflexion d'Auguste Simonius à propos de la coutume, source de règles, qui existerait indépendamment de sa sanction judiciaire, Augute SIMONIUS, « Quelles sont les causes de l'autorité du droit ? », dans: *Recueil François Gény. Les sources du droit*, Tome. I, Paris: Edouard Duchemin, 1934/1977, 204-222, p. 214.

[60] Ronald Dworkin illustre bien ce phénomène: « *[T]he rule does not exist before the case is decided; the court cites principles as its justification for adopting and applying a new rule.* » La différence avec notre position réside dans l'aspect juridique du principe à la base de la décision judiciaire. Dworkin soutient que ces principes ne sont pas des règles juridiques. Ronald D. DWORKIN, « The Model of Rules », (1965) 35:14 *The University of Chicago Law Review* 14-46, p. 29; M. WALINE, «Le pouvoir normatif de la jurisprudence », 1950, p. 613-632, précité note 51.

[61] M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, 1998, p. 52, précité note 25.

[62] *Ibid.*, p. 58.

qu'exprimée plus haut. Cette définition, selon nous, représente tout de même de façon assez fiable le droit tel qu'il existe dans les systèmes juridiques occidentaux depuis le 19e siècle. Cette vision assez prononcée nous aidera aussi, par contraste, à mettre en lumière les changements survenus à la fin du 18e siècle. Notons que nous n'avons pas abordé les questions relatives aux fondements du droit telles que la relation du droit avec ce qui est juste ou la notion de droit naturel. Il s'agit là d'une analyse qui déborderait les objectifs de cette thèse.

Quant à l'objet du droit, il en sera question au cours de cette thèse. Mais citons d'emblée François Laurent, auteur d'un ouvrage monumental d'interprétation du *Code civil* français, qui nous semble assimiler l'objet du droit avec celui de la loi: «L'objet du droit est identique avec celui de la loi, c'est d'établir des règles obligatoires pour les individus et les nations»[63]. Prise au pied de la lettre, nous sommes en accord avec cette proposition. L'objet du droit est la règle obligatoire. De la même façon toute source de droit dans son sens strict[64] (ex.: coutume, jurisprudence) est, selon notre définition, source de règles. Mais la façon dont François Laurent définit l'objet du droit laisse entendre qu'il parle en réalité de l'objectif. Il ne faut pas confondre l'objectif du droit avec les moyens qu'il prend pour accomplir son objectif. Le droit moderne, selon nous, ne *vise* pas forcément à réunir un ensemble de règles, mais passe par des règles pour arriver à son objectif.

En résumé, le contexte de normativisme juridique implique une forte présence de la loi, de la règle, et des tribunaux nécessaires à l'imposition de la sanction et donc de la contraignabilité des règles et des lois. Cela nous amène à réfléchir plus avant sur la notion de loi en rapport avec la règle et le droit; des distinctions entre ces concepts apparaissent de plus en plus indispensables.

---

[63] François LAURENT, *Principes de droit civil*, Tome I, 4e éd., Paris: Librairie A. Maresq, 1887.

[64] On ne parle pas ici de facteurs lointains telles des croyances, des événements historiques ou des comportements sociaux susceptibles d'avoir une influence sur le droit.

3. Observations autour de la loi

Au Québec, on peut dresser une liste rapide des sources de règles de droit: la loi, le règlement, la coutume et la jurisprudence. En tant que source de règles, la loi ne saurait être assimilée aux autres sources de droit. Au Québec par exemple, dans la *Charte des droits et libertés de la personne* « le mot loi inclut un règlement, un décret, une ordonnance ou un arrêté en conseil pris sous l'autorité d'une loi »[65]. Dans le cadre de cette thèse nous ne pouvons accepter cette façon d'inclure d'autres concepts dans la notion de loi car elle est de nature à enlever toute la précision du langage juridique.

Comment comparer les systèmes juridiques si la notion de loi est trop large? Une ordonnance royale, une ordonnance urbaine, un privilège féodal[66], un décret gouvernemental, un règlement municipal, un principe jurisprudentiel, sont-ils tous des lois?

Un autre problème survient dans la distinction entre la loi et le droit. En effet, devant une conception du droit centrée sur la norme on peut aisément confondre la *loi* et le *droit*. Une notion de loi qui inclut l'ensemble des règles de droit risque de supprimer, par le fait même dans une approche normativiste, tout support concret à la notion de droit; la loi, généralement parlant, devient le droit, et celui-ci ne devient alors qu'un concept abstrait, un droit « gravé dans nos consciences », « un droit éternel, expression de la justice absolue »[67]. Il ne s'agit pas ici de nier ou d'approuver cet aspect du droit, mais notre définition du droit est davantage qu'un concept abstrait, advenant qu'un tel concept soit présent dans la conscience humaine. D'un autre côté, à trop vouloir restreindre la définition de la loi, on risque de se retrouver avec un concept de loi qui n'est applicable qu'à une époque ou un système juridique particulier et nier indûment l'existence de la loi dans d'autres systèmes.

La loi se doit donc d'avoir, dans le cadre de cette thèse du moins, une définition qui la distingue des autres règles de droit tout en nous permettant de comparer

---

[65] L.R.Q., c. C-12, a. 56 (3).
[66] John GILISSEN, *Introduction historique au droit*, Bruxelles, Bruylant, 1979, p. 278.

les différents systèmes juridiques à différentes époques. Les prochaines pages examineront les principaux caractères de la loi de façon à pouvoir la distinguer d'autres textes juridiques qui reçoivent souvent la même appellation.

Parmi les auteurs que nous avons parcourus, Henri Kélada est le premier rencontré[68] qui s'est tenu à une définition descriptive et relativement complète. Il écrit que:

> « La loi est une règle de droit générale, abstraite, permanente, obligatoire, proclamée par l'autorité compétente et exprimée dans une formule écrite: générale, c'est-à-dire une règle non pas établie en vue d'un cas particulier, mais bien pour tous les cas de même espèce rentrant dans ses prévisions; abstraite: elle règle une situation juridique abstraite, c'est-à-dire dégagée des circonstances concrètes dans lesquelles elle se présente en pratique; permanente: la loi s'applique tant qu'elle n'a pas été abrogée; elle doit régir tous les cas susceptibles de se produire indéfiniment, tant qu'elle n'a pas perdu sa force obligatoire par l'abrogation »[69].

Rappelons qu'une règle de droit est, par sa nature, obligatoire et applicable à un ensemble (générale). Il n'est donc pas nécessaire de rajouter ces aspects dans la définition de la loi.

- La règle dans la loi

La présence de règles au sein de la loi est un aspect sur lequel il est important d'insister. Deux situations nous montreront pourquoi. La première a trait à la question des lois dites « privées » et la seconde aux textes régulateurs de l'ancien régime.

---

[67] F. LAURENT, *Principes de droit civil*, 1887, pp. 51, précité note 63.

[68] Il n'est évidemment ni le seul ni le premier à avoir énoncé ces propriétés de la loi. Par exemple en 1748, J.-J. Burlamaqui (peut-être le premier) utilise les mêmes critères pour identifier la Loi: l'universalité, la perpétuité, la forme prescrite, l'émission par le Souverain et une notification publique, dans *Principes du Droit Naturel*, Genève: Barrillot & Fils, 1748, pp. 117-118; Une analyse plus détaillée des grands juristes de cette époque est effectuée dans notre deuxième partie.

[69] Henri KÉLADA, *Précis de droit privé québécois*, Société québécoise d'information juridique, Montréal, 1990, p. 25.

H. Brun et G. Tremblay constatent l'existence de « lois dites privées qui concernent les intérêts particuliers d'individus, de groupes, de corps ou de localités nommément désignés, et qui sont proposées à leur demande par l'entremise de membres du parlement. (...) Ces lois sont à tous égard, en droit, des lois comme les autres, jouissant du degré d'autorité reconnu aux lois du parlement. Même les lois dites publiques, habituellement préparées et proposées par le gouvernement, peuvent aussi avoir pour objet des cas particuliers. On parle alors de lois spéciales: celles-ci sont adoptées pour des fins d'intérêt public même si elles visent spécialement une ou quelques personnes. Les lois de retour au travail et d'expropriation en sont des exemples assez fréquents »[70].

Il y a lieu de se demander si, en dépit de l'appellation de *loi privée* (parfois pour le Québec sous forme de *loi spéciale*) ces actions de l'assemblée législative ne correspondent pas à un autre concept que celui de la loi, tel celui de l'ordonnance. Nous pensons, en effet, que ce type de "loi" ne contient aucune règle de droit, telle que nous l'avons définie et, par conséquent, ne peuvent recevoir la dénomination de loi[71]. Comme l'a écrit Mignault[72], « la loi privée n'est qu'un contrat sanctionné par le législateur comme le serait un contrat ordinaire »[73]. Elles ont cependant le même niveau hiérarchique et sont appliquées par les tribunaux de la même façon que les lois "générales". Dans la plupart des États modernes, l'assemblée législative, le cas échéant dans le respect de la constitution[74], est toute puissante[75]. On pourrait donc changer la dénomination équivoque de *loi privée* ou de *loi spéciale* par *ordonnance parlementaire privée* ou *ordonnance parlementaire spéciale*. Elles font, fondamentalement, davantage appel à la fonction exécutive de l'État qu'à sa fonction législative[76]

---

[70] Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 2e édition, Cowansville: Yvon Blais Inc., 1990, p. 87

[71] Georges Ripert, se pose la même question après avoir constaté l'existence de «lois qui ne durent qu'une année ou qu'une saison». Ces textes de *loi* n'ont pas le caractère de permanence exigé pour toute loi. «Faut-il encore parler de lois pour ces règles relatives à l'organisation économique qui n'ont pas la prétention d'établir un ordre permanent ?». G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 1955, p. 319, précité note 10.

[72] Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, Tome I, Montréal: Théorêt, 1895, p. 109.

[73] H. KÉLADA, *Précis de droit privé québécois*, 1990, p. 26, précité note 69.

[74] voir au Canada: *Renvoi: résolution pour modifier la constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753.

[75] Voir en Angleterre: *Manuel* c. *A.-G*, (1982) 3 All E.R. 822 (C.A.), p. 827.

[76] «La fonction exécutive, historiquement, désignait l'ensemble des activités non normatives de l'État». H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 1990, p. 89, précité note 70.

(bien que de nos jours la fonction exécutive ait aussi des pouvoirs de réglementation).

Les nuances ayant été apportées relativement aux lois « privées », nous discuterons maintenant de la qualification de « règle » dans les textes de l'ancien régime.

Nous avons dit que la loi doit contenir une règle de droit. Cet aspect est important lorsqu'il s'agira de qualifier les textes de l'Ancien Régime français. Ainsi Jean Declareuil, s'appuyant sur « (d)es textes, un peu disséminés, des *Coutumes de Beauvaisis* » expose les quatre critères de «la théorie du pouvoir législatif» du Roi de France « telle qu'elle se maintiendra jusqu'à la fin » (1789):

> « 1° l'établissement doit être fait « pour le commun pourfit », ce qui veut dire à la fois qu'il doit appliquer à tout le royaume et sans distinction de personnes, selon les classes qu'il a en vue, et qu'il ne doit être dicté, ni par un sentiment égoïste, ni par un intérêt particulier. Les rois relateront cela dans le préambule des ordonnances. Le caractère de généralité de l'acte en résulterait[77]; - 2° il doit être fait par « grand conseil »; car c'était un devoir du roi d'avoir sérieusement médité la décision à prendre et de s'y être aidé de tous les avis que des gens sages et compétents pouvaient lui fournir en la matière (...); - 3° l'établissement ne peut avoir d'effet rétroactif[78]; - 4° il doit avoir une cause raisonnable, et notamment n'aller ni contre Dieu, ni contre les bonnes mœurs, sinon "ne le devroient pas si sougiet soufrir" »[79].

Mis à part le caractère de généralité, les autres critères (sagesse, non rétroactivité et ordre public) ne semblent plus être, actuellement, des critères nécessaires pour définir la loi, bien qu'ils soient encore souvent présents. Par ailleurs il manque ici un critère essentiel: la présence d'une règle. Cela ne veut pas dire que le roi n'a jamais édicté de règle et donc de loi au sens où nous

---

[77] Beaumanoir, n[os] 1043,1499, 1513. Cpr D. Gr., c. 2, dist. 4: «*Erit autem lex justa pro communi civium utilitate conscripta*» et le «*pro utilitate reipublicae*» des capitulaires.

[78] Beaumanoir, n° 1513.

[79] Jean DECLAREUIL, *Histoire générale du droit français*, Paris: Recueil Sirey, 1925, p. 797.

l'entendons. Cela veut simplement dire que tous les actes royaux, biens qu'ils contiennent les caractères ci-dessus exposés, ne doivent pas automatiquement être qualifiés de *lois*. Par conséquent, notre étude devra, avant d'examiner les lois, s'assurer de la présence de *règles* dans les textes de cette époque.

- Autres aspects de la loi

Même si Henri Kélada élargit sa définition de la loi à tous les actes délégués, nous restreindrons la définition à la loi proprement dite, émanation de l'exercice de la souveraineté[80]. La raison est la suivante: en absence d'assemblée législative, comme c'était le cas en France dans l'Ancien Régime, la loi applicable à un territoire émane du souverain (roi ou seigneur). La loi doit émaner d'un pouvoir législatif souverain par opposition au pouvoir délégué. Cela élimine tous les actes souvent assimilés à la loi tels que: décrets, règlements ou autres. Cela accepte aussi l'existence de lois dans des États totalitaires. Enfin, nous ne pouvons accepter l'exigence d'un caractère d'abstraction assorti à la loi car cela limiterait trop, comme nous le verrons, l'existence de la loi aux derniers siècles de notre histoire.

Que reste-t-il de la définition de la loi de H. Kélada ? *Une règle de droit permanente proclamée par l'autorité souveraine et exprimée dans une formule écrite.*

En dépit de sa forme rudimentaire, cette définition devrait constituer une base suffisante pour l'analyse ultérieure. Il sera discuté plus avant de la notion de loi tout au long de cette thèse.

En conclusion, cette section a permis d'apporter des précisions sur plusieurs notions. Le droit moderne a été dépeint conformément à une réalité normative; plus précisément décrit comme *un ensemble de règles de conduite assorties d'une contrainte sanctionnée par une autorité selon un processus équitable;* c'est-à-dire un droit construit autour de la règle. La règle a été elle-même définie comme *une conduite (de faire ou de ne pas faire) qui s'impose à un ensemble de*

---

[80] H. KÉLADA, *Précis de droit privé québécois*, 1990, p. 25, précité note 69.

citoyens, dont la sanction est assumée par une autorité selon un processus équitable. La généralité de la règle faisait référence non pas à la pluralité des circonstances de son application, mais bien au fait qu'elle s'imposait à un ensemble de citoyens. Enfin, une distinction a été établie entre la règle et la loi; la loi étant *une règle de droit permanente proclamée par l'autorité souveraine et exprimée dans une formule écrite.*

Ces concepts étant maintenant suffisamment délimités, le travail d'analyse du contexte juridique précédant le développement des sciences s'en trouve facilité. Le contexte juridique précédant le développement des sciences sera en fait presque entièrement consacré à l'examen de la relation entre le droit et l'État.

À cette étape, on peut se demander quel intérêt peut avoir l'étude du développement de l'État et du droit dans une thèse qui cherche à décrire un lien entre quelques aspects du droit et l'influence de l'esprit scientifique? En posant la question, il est possible d'entrevoir la réponse. Si le droit s'est transformé avec l'arrivée de l'État et que la science a eu elle aussi une influence sur le droit, comment étudier la seconde avant de comprendre la première ? Il y a un danger important de se méprendre sur les causalités. Il est certain que bien d'autres influences sur le droit peuvent venir, elle aussi, mêler les cartes. Nous pensons, par exemple, à l'industrialisation ou encore à la Révolution française. Certes, on ne peut pas toutes les étudier et de plus, aucune, nous semble-t-il, n'est de nature à avoir un impact aussi important sur le droit que la naissance des États modernes. En outre, nous ne chercherons pas à démontrer l'exclusivité d'une influence, mais simplement explorer la probabilité de son existence. Enfin, les États ont eu davantage qu'une influence. Comme nous le verrons, ils ont apporté au droit un contexte radicalement différent. Envisager l'étude d'une influence quelconque sur la construction du droit sans considérer d'abord son rapport avec l'État serait pour le moins hasardeux. Le droit moderne se définit presque à travers l'État; si bien que l'on peut presque parler de l'État comme le créateur du droit moderne. La prochaine section explorera donc la relation entre le droit moderne et l'État.

B. Le contexte du droit avant le développement des sciences

Comment expliquer que l'on puisse affirmer d'emblée et de façon aussi péremptoire que l'État peut être vu comme le créateur du droit moderne? Au moins deux raisons, selon nous, pourraient permettre de justifier cette assertion. La première vient du fait que le droit contemporain se reconnaît surtout par le caractère contraignant de ses règles. Or, depuis son émergence, l'État possède l'exclusivité de la sanction des règles. Le droit moderne ne semble pouvoir exister sans l'État. D'autre part, l'État semble être devenu la première source de règles. En effet, que ce soit dans la *common law* ou dans les systèmes civilistes, la plupart des grandes règles proviennent soit de l'assemblée des députés soit des tribunaux. Dans les deux cas il s'agit d'organes de l'État.

Ainsi, depuis son avènement, l'État anglais ou français a toujours entretenu une relation privilégiée avec le droit. L'objectif de cette section est de saisir la nature de la relation historique qu'entretiennent État et droit, de façon à mettre en perspective les liens entre droit et esprit scientifique. Nous effectuerons donc un survol historique de la progression de l'État et du droit pour ensuite déterminer à quelle étape on voit apparaît quelques manifestations de l'esprit scientifique dans le droit.

1. L'instabilité sociale et l'apparition de l'État

Puisque l'État a toujours eu une forte relation avec le droit, l'accent sera mis dans cette section, sur le rôle ou les rôles de l'État. Nous pensons que le rôle du droit ne saurait être étranger à celui de l'État. Il faudra suivre l'évolution des structures étatiques française, anglaise et québécoise séparément parce que leur cheminement historique diffère ainsi que leur système juridique respectif.

a) L'État français est apparu en réponse à un besoin de stabilité

De nombreux auteurs s'accordent pour dire que l'État moderne tire son origine du Moyen Âge (13e ou 14e siècle)[81]. Strayer, qui s'est précisément penché sur l'origine médiévale de l'État moderne, constate que, jusqu'au 16e siècle, régnait en Europe une instabilité sociale générale[82]. L'État se serait d'abord formé[83], suivant une long processus à partir de la fin du 13e siècle, en Grande-Bretagne et en France:

> « L'État est né entre 1280 et 1360 lorsque, confronté à des guerres incessantes, les rois et les princes d'Occident ont voulu et pu faire appel à ceux qui résidaient sur leurs terres pour qu'ils contribuent, de leur personne et de leurs biens, à la défense et à la protection de la communauté »[84].

La première fonction de l'État semble donc avoir été d'arbitrer les conflits sur son territoire afin de protéger la population contre les guerres internes[85]. Il semble

---

[81] Thomas HOBBES, *Léviathan*, Éditions Sirey, Paris, 1971, p. 173; Joseph R. STRAYER, *Les origines médiévales de l'État moderne*, Payot, Paris, 1979, p. 41; Jean-Philippe GENET (dir.), *L'État moderne: genèse. Bilans et perspectives*, Actes du Colloque tenu au CNRS, Éditions du CNRS, Paris, 1990; Gérard BERGERON, *Petit traité de l'État*, Presses Universitaires de France, Paris, 1990, p. 87; Noël COULET et Jean-Philippe GENET (dir.), *L'État moderne: le droit, l'espace et les formes de l'État*, Actes du colloque tenu à la Baume Les Aix, Éditions du CNRS, Paris, 1990.

[82] «C'est grâce à un changement d'attitude des sujets, en reportant leur loyalisme sur l'État et sur le prince, que les États ont réussi à partir du 16e siècle à s'arracher à l'instabilité et à la guerre civile.», J. STRAYER, *Les origines médiévales de l'État moderne*, 1979, p. 151, précité note 81.

[83] «[...] l'État moderne, au terme d'une longue évolution, a atteint un point d'équilibre, qu'il s'agisse de la France absolutiste, de l'Angleterre constitutionnelle (au sens actuel du terme) ou des républicaines Provinces-Unies. Les périphéries européennes, accusent un certain retard dont l'intensité croît à mesure que l'on s'éloigne de l'épicentre nord-occidental. La prise de conscience par les États de la périphérie de ce décalage, sensible aussi bien dans les structures politiques et économiques que sociales et intellectuelles, ne s'est produite que dans la seconde moitié du XVIIIe siècle.», Claude MICHAUD, «L'Europe centrale et le cas Hongrois», dans: Noël COULET et Jean-Philippe GENET (dir.), *L'État moderne: le droit, l'espace et les formes de l'État*, Actes du colloque tenu à la Baume Les Aix, Éditions du CNRS, Paris, 1990, 189-207, p. 189.

[84] Jean-Philippe GENET, «L'État moderne: un modèle opératoire» dans: Jean-Philippe GENET (dir.), *L'État moderne: genèse. Bilans et perspectives*, Actes du Colloque tenu au CNRS, Éditions du CNRS, Paris, 1990, 261-285; Voir à ce propos Marsile de Padoue dont le *Defensor Pacis* (1324) commence par une longue apologie de la paix, «cause finale du bonheur terrestre de l'homme». Dans la recherche de la paix, la problématique marsilienne est développée à deux niveaux successifs: «celui de la félicité humaine terrestre dans le cadre de la cité, et celui de l'intégration de l'Église dans la société civile», dans Jeanine QUILLET, *Marsile de Padoue: le défenseur de la paix*, Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1968, I. 1., p. 36 et pp. 49-56.

[85] «Pour lui [Jean Bodin], un véritable État, [...], a pour office premier de maintenir la paix intérieure et de se protéger des menaces extérieures», Simone GOYARD-FABRE, *Jean Bodin et le droit de la république*, Paris: Presses Universitaires de France, 1989, p. 223; «C'est cette fonction primordiale de justicier qui a fait la popularité de roi, surtout parmi les ecclésiastiques et le peuple. Ils désirent ardemment la paix et savent bien que la paix intérieure ne peut être assurée que par la justice». Fr. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, 1951, p. 216, précité note 14; « L'État est une forme d'organisation sociale qui garantit, contre les périls extérieurs, sa propre sécurité et celle de ses ressortissants. », J. DONNEDIEU DE VABRES, *L'État*, 1957, p. 6, précité note 45.

donc, en toute logique, que la justice ait été la première sollicitée dans le développement de l'État. Comme nous le verrons plus loin, ce constat est essentiel dans la relation que l'État entretient avec le droit. Notons qu'il n'est pas gênant, dans l'étude historique de la genèse de l'État moderne de reprendre les textes des grands penseurs du Moyen Âge et de la Renaissance, en parallèle avec les textes d'historiens. Les œuvres des penseurs sont, pour la plupart, assez révélatrices de l'état d'esprit de leur époque et surtout de leurs limites. C'est ainsi que l'on peut montrer la genèse progressive de l'État par le biais des différentes conceptions et définitions établies au Moyen Âge. On constate, en effet, que la reconnaissance de l'État n'arrivera qu'au 17e siècle en passant par une série de conceptions différentes comme le montrent quelques grands auteurs (Marsile de Padoue (1275?-1342)[86], Jean de Terrevermeille (1419)[87], Nicholas Machiavel (1469-1527)[88], Jean Bodin (1530-1596)[89].

D'une manière plus concrète, déjà au 10e siècle, le roi s'implique dans son royaume en faisant appel aux règles de la féodalité et à ses devoirs de seigneur suprême[90], c'est-à-dire: la protection du royaume, la protection des églises de son royaume, le devoir de justice[91]. Il semble que le droit étatique commencera à exister par l'entremise de ce devoir de justice. Celui-ci s'est d'abord exercé dans

---

[86]«Les trois principales fonctions concourants à la paix sont concentrées dans la partie judiciaire ou conseil: gouvernement, délibération, justice. La cité est une unité politique entièrement finalisée: elle est une *natura animata* dont l'organe central est, de la même façon que le cœur dans l'organisme, la *pars principans*, qui commande à tout le reste», J. QUILLET, *Marsile de Padoue: le défenseur de la paix*, 1968, p. 37, précitée note 84.

[87] Jean de TERREVERMEILLE, *Tractatus*, 1419.

[88]«Il n'est pas de république, de quelque manière qu'elle se gouverne, où il y ait plus de quarante à cinquante citoyens qui parviennent aux postes où l'on commande. [...] Quant aux autres, qui ne demandent qu'à vivre en sécurité, on les contente aisément par des institutions et des lois qui concilient à la fois la tranquilité du peuple et la puissance du prince. Cet ordre établi, si le peuple s'apperçoit que rien ne peut déterminer le prince à s'en écarter, il commencera bientôt à vivre heureux et content. Le royaume de France en est un exemple. Ce peuple ne vit tranquille que parce que les rois sont liés par une infinité de lois, qui sont le fondement de sa sureté.», Nicholas MACHIAVEL, *Discours sur la première décade de Tite-Live (1513-1520)*, I. chap. 16, dans: Marie-Claire LEPAPE, *Machiavel le politique*, par Marie-Claire Lepape, P.U.F., Paris, 1968, p. 137.

[89]«République est un droit gouvernement de plusieurs ménages, et de ce qui leur est commun, avec puissance souveraine», Jean BODIN, *Les six Livres de la République*, Édition de Paris, Deuxième réimpression, 1583, p. 1; voir aussi: S. GOYARD-FABRE, *Jean Bodin et le droit de la république*, 1989, p. 79, précité note 85

[90]«Hugues Capet affirme que sa fonction est de rendre justice à tous et par tous les moyens. Louis VI répète en mourant à son fils l'antique maxime romaine: rendre à chacun le sien, *suum cuique reddere* Louis IX, dans ses Enseignements à son fils, lui recommande d'être droiturier, quoiqu'il advienne». Fr OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, 1951, p. 215, précité note 14.

[91]«Ses droits ne sont que les moyens d'action indispensables à l'accomplissement de ses devoirs. Mais comme il prétend agir dans l'intérêt du royaume tout entier, dont il est l'unique représentant, il n'admet pas que ses sujets lui marchandent, en disputant sur ses droits, les moyens d'action nécessaires. Cette observation permet de comprendre le sens exact de l'absolutisme monarchique. Ce n'est nullement le droit de tout faire [...]. Mais c'est la possibilité d'agir avec des moyens suffisants dans le ressort de la fonction royale; et la définition de ces moyens ne peut appartenir qu'au roi, sous le contrôle de la coutume», *ibid.*, p. 214-215.

le cadre de la cour du roi (*Curia, Curia Regis, Conventus* ou *Concilium*), à partir du 12e siècle lorsque les « arrêts de la cour » ont commencé à être vraiment respectés[92]. Jusqu'au 13e siècle la présence de l'autorité royale est encore négligeable: « (l)a constitution de la féodalité a (...) singulièrement rétréci l'autorité du roi. Cette autorité, sans être directement contestée, se maintient difficilement dans une ambiance qui ne lui est pas favorable »[93]. Cependant, les guerres intestines poussèrent les régions françaises à accorder de plus en plus de place au roi puis à l'État: « (d)u Xe au XIIIe siècle, un nouveau droit monarchique s'élabore lentement péniblement »[94]. À partir de Philippe le Hardi l'œuvre législative des rois commence à s'émanciper des barons et à prendre de plus en plus d'ampleur[95]. Pendant le 13e siècle, apparaissent à divers niveaux hiérarchiques quelques instances ayant toutes des responsabilités à l'égard de la justice: une première instance des Prévôts, Baillis et Sénéchaux, puis, l'appel hiérarchique à l'encontre des faux-jugements de première instance ou des grands seigneurs, la Cour des pairs pour les douze pairs de France (*pares Francie*), la Cour de Parlement (*curia Parlamenti*) qui est une section déléguée de la cour du roi réservée aux procès et formée de plus en plus de juristes de profession[96]. « Ainsi, dès la fin du règne de Louis IX, la cour de Parlement est devenue pratiquement un organe différencié (...) »[97]. À la fin du 13e siècle, d'autres institutions ont émergé, mais elles étaient encore attachées à la personne du roi[98]. Ce n'est qu'un siècle plus tard que la

---

[92] *Ibid.*, p. 225; J. DECLAREUIL, *Histoire générale du droit français*, 1925, p. 453, précité note 79.

[93] Fr OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, p. 213, précité note 14; «Les chefs des grandes seigneuries étaient trop puissants et les liens qui les rattachaient à lui [(au roi)] trop fragiles pour qu'il n'ûsat pas de ménagements quand il voulait en obtenir une aide effective ou des ressources pécuniaires.», J. DECLAREUIL, *ibid.*, p. 452, précité note 72; Jusqu'au 13e siècle, selon les principes de la féodalité, les seigneurs ne pouvaient passer une loi sans l'accord de leur vassaux ou le roi sans l'accord de ses barons. Le pouvoir royal devait donc s'affranchir de cette contrainte afin de devenir plus efficace. L'indépendance législative du roi commencera à se manifester dès le milieu du 13e siècle. Voir à ce sujet: M. REGNAULT, *Histoire du Droit Public*, Les cours de droit, Paris: Sorbonne, 1931-1932, pp. 100-109.

[94] Fr OLIVIER-MARTIN, *ibid.*, p. 213; M. Regnault (*Histoire du Droit Public*, Les cours de droit, Paris: Sorbonne, 1931-1932, p. 116) situe le début d'une monarchie reconnue, active et « pacificatrice » à partir du règne de Saint-Louis.

[95] M. REGNAULT, *Histoire du Droit Public*, 1931-1932, p. 117, précité note 93.

[96] Fr OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, pp. 226-229, précité note 14; Rodolphe LEMIEUX, *Les origines du droit franco-canadien*, Montréal: Librairie de Droit et de Jurisprudence, 1901, pp. 129-134.

[97] Fr OLIVIER-MARTIN, *ibid.*, p. 229-230; «Le Parlement était à la fois la cour de justice royale et la cour féodale du roi.», J. DECLAREUIL, *Histoire générale du droit français*, 1925, pp. 454-455, précité note 79.

[98] «Sous les premiers Capétiens, la direction des services publics était confiée à des officiers domestiques. [...] [V]ers la fin du XIe siècle, quatre d'entre eux émergent peu à peu et se partagent l'administration du palais: le chambrier de France (*camerarius*), le sénéchal (*senescalus* ou *dapifer*), le connétable (*comes stabuli*), le bouteiller (*buticularius*) dont les signatures seules, ou l'indication de la vacance de l'office, restent nécessaires à l'émission des diplôme.», *ibid.*, pp. 456-457.

personne physique du roi a été séparée de la fonction elle-même. Ce changement se serait produit sous le règne de Charles V, *le sage* (1364-1380):

> « Charles V, afin de se lier lui-même et de lier ses successeurs, introduisit dans la promesse du sacre la formule d'après laquelle il s'engageait à ne pas aliéner les droits et noblesses de la couronne de France »[99].

Nous voyons donc apparaître au 14e siècle, ce qui semble être un premier élément de l'État: son caractère impersonnel et abstrait[100]. À partir de cette époque, les institutions attachées au roi seraient progressivement passées vers un pouvoir institutionnel indépendant. C'est le cas, par exemple des secrétaires d'État apparus au début du 14e siècle par une « sélection opérée dans le corps des notaires de la Chancellerie ». Ils deviennent, à partir de Henri III, de véritables fonctionnaires de l'État: « les bases juridiques de l'institution ne varièrent plus »[101].

Pour sa part, **l'administration financière royale** se matérialise « au XVIe siècle par la fusion des personnels parallèlement chargés du domaine et de l'impôt »[102]. Avant la fusion, le *domaine* était géré par les baillis et les sénéchaux[103] et rendaient leurs comptes aux clercs de la cour du roi qui réunis formèrent au 14e siècle la « Chambre des comptes ». À la même époque, le roi institue, au dessus des baillis et des sénéchaux, quatre « *Trésoriers de France* et quatre *Généraux des finances* correspondant aux circonscriptions: Sur-et-outre-Seine, Normandie, Langued'oïl, Languedoc. Des ordonnances de 1443, 1444, 1445 réglèrent leurs attributions »[104]. L'impôt au 14e siècle était prélevé par les « Généraux des finances » pris au sein des État généraux[105]. L'administration financière a vu, du 16e siècle au 18e siècle, de nombreuses réformes: trésoriers généraux, bureau des

---

[99] Albert RIGAUDIÈRE, «Loi et État dans la France du bas Moyen Âge», », dans: Noël COULET et Jean-Philippe GENET (dir.), *L'État moderne: le droit, l'espace et les formes de l'État*, Actes du colloque tenu à la Baume Les Aix, Éditions du CNRS, Paris, 1990, 33-59, p. 54.

[100] En Angleterre cette distinction apparaît nettement sous la plume de Plowden au 16e siècle: «*The king has two capacities, for he has two bodies, the one whereof is a body natural... the other is a body politic* [...]», cité dans: F.W. MAITLAND, «The Crown as Corporation», (1901) 17 *Law Quartely Review* 131, p. 134; traduit dans [1978] 1 C.F. 567; voir Patrice GARANT, *Droit administratif*, 3e éd., Yvon Blais, Cowansville, vol. 1, 1991, p. 10.

[101] J. DECLAREUIL, *Histoire générale du droit français*, 1925, p. 474, précité note 79.

[102] Fr. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, 1951, p. 596, précité note 14.

[103] J. DECLAREUIL, *Histoire générale du droit français*, 1925, pp. 544-559, précité note 79; R. LEMIEUX, *Les origines du droit franco-canadien*, 1901, pp. 129-135, précité note 96.

[104] *Ibid.*, p. 596-597.

finances, intendants des finances, contrôleurs généraux, Cour des aides, etc.[106]. L'administration publique s'étend aussi, à partir du 17e siècle, aux grands services tels l'assistance et l'instruction. C'est ainsi qu'en 1662, des lettres royales instituent des hôpitaux généraux dans chaque ville ou gros bourg[107]. De même, à la fin du 17e siècle, des déclarations royales « prescrivent d'ouvrir partout des petites écoles et d'imposer sur les habitants la somme nécessaire à leur entretien »[108]. « Sous Louis XIV, on codifia certaines matières. L'une de ses ordonnances porte le titre de Code civil, c'est celle qui traite de la procédure: elle comprend les actes de l'état civil; cette partie de l'ordonnance est la source du titre que le Code Napoléon contient sur la même matière »[109]. Les universités au 17e siècle, sans perdre leur autonomie, passent progressivement du contrôle traditionnel de la papauté sous le contrôle du roi et de ses parlements[110]. La majorité des institutions, imposées par le roi, s'affranchiront avec le temps pour devenir des institutions de l'État. C'est le cas des Intendants de la justice, la police et les finances: « Les intendants de province ont été l'une des créations les plus heureuses et les plus durables de la monarchie; ils se sont continués dans les préfets et mieux encore dans les commissaires de la République, dont l'existence a été éphémère. (...) Les véritables intendants de province sont nés obscurément, sous Louis XIII (...) »[111]. Comme le reste de la fonction publique, les intendants, au départ, relèvent directement du roi, car c'est lui, principalement, qui représente jusqu'à la Révolution, le pouvoir exécutif et législatif de l'État.

Les premières institutions sont fondées sur le devoir "constitutionnel" de justice du roi. « (L)es attributions (des intendants) sont définies par des lettres de commission du roi, très développées, et dont les diverses clauses, variables au début, ont tendance à se fixer à mesure que l'institution se stabilise »[112]. Même si elles ne correspondent pas toutes à des *lois*, c'est dans ces « lettres de commission » qu'il

---

[105] Fr. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, 1951, p. 597, précité note 14.
[106] J. DECLAREUIL, *Histoire générale du droit français*, 1925, pp. 485-490, précité note 79.
[107] Fr. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, 1951, p. 607, précité note 14.
[108] *Ibid.*, p. 609.
[109] F. LAURENT, *Principes de droit civil*, 1887, p. 14, précité note 63.
[110] Fr. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, 1951, p. 612-614, précité note 14.
[111] *Ibid.*, p. 571; Declareuil situe l'apparition des intendants au milieux du 16e siècle, J. DECLAREUIL, *Histoire générale du droit français*, 1925, pp. 566-585, précité note 79.

faut voir la source du droit. Elles établissent la juridiction des intendants[113]. Il entre aussi dans l'attribution de certains intendants d'édicter des règlements en conformité avec les « lois du roi »[114].

Le droit n'est donc pas étranger à la construction de l'État français et de son fonctionnement. Non seulement il n'est pas étranger, mais il semble, au contraire, essentiel à l'existence même de l'État. Nous avons dit que l'État pouvait être vu comme le créateur du droit, mais le droit a, lui aussi, mis son épaule à la création de l'État. La France semble donc avoir vu apparaître un État et son droit tout deux orientés vers un même objectif; un même rôle: la stabilité sociale.

Vérifions maintenant, si cette conjoncture est propre à la France ou s'il s'agit d'un effet plus général, vérifiable aussi dans d'autres sociétés. Pour ce faire, nous examinerons dans les prochains paragraphes les conditions d'émergence de l'État anglais et son rapport avec le droit.

b) l'État anglais s'est construit en réponse au même besoin de stabilité

En Grande-Bretagne, cependant, Bertrand Badie, participant à la série de colloques du C.N.R.S., semble dire que l'État s'est moins imposé:

> « (L)a faiblesse des résistances opposées au centre a contribué, comme le montre l'exemple anglais, à décélérer le rythme de l'institutionnalisation et à créer les conditions d'un État minimum. (...) Force est de constater que la poussée étatique en Grande-Bretagne est de contexture différente de ce qu'elle est sur le continent, et surtout

---

[112] Fr OLIVIER-MARTIN, *ibid.*, p. 571.

[113] «Les attributions de l'intendant, dont le détail est infini, peuvent être classées sous les trois chefs de son titre. Intendant de justice, le commissaire départi, homme de robe, est un juge. [...] Le roi lui confie surtout des contestations administratives; il les juge sur pièces, sans ministère d'avocat et sans frais; il a créé la procédure administrative qui est encore aujourd'hui pratiquée devant les Conseils administratifs régionaux. Intendant de police, le commissaire départi veille au maintien de l'ordre, aux substistances, aux affaires des villes; il s'occupe des travaux publics et de tout ce qui rentre dans la notion moderne d'administration. Il peut, non seulement prendre des décisions particulières, mais aussi promulguer des règlements généraux, appelés aussi ordonnances, et qui sont applicables dans tout son ressort; comme les arrêts de règlement des cours, ces ordonnances doivent se maintenir dans les cadres et dans l'esprit des lois du roi. Intendant de finance enfin, le commissaire départi a qualité pour éclairer, activer et contrôler les agents nornaux de l'administration financière, et parfois pour agir lui-même». *Ibid.*, p. 572.

[114] *Ibid.*.

beaucoup plus récente, liée en particulier aux résistances sociales dérivées de l'apparition d'un mouvement ouvrier »[115].

Même si, d'après Bertrand Badie, l'État n'a pas la même ampleur en Angleterre, il n'en demeure pas moins qu'il semble aussi présent dès le 16e siècle. Il serait apparu pour la même raison soit, la recherche d'une stabilité sociale. Thomas Hobbes[116], qui fut un des premiers auteurs à mettre le doigt sur la spécificité artificielle de l'État moderne, d'un point de vue philosophique, expliquerait la genèse de l'État en partant de la nature humaine fondamentalement individualiste:

> « Dès lors, si l'individualisme ne peut s'autolimiter, néanmoins il pourra peut-être être limité de l'*extérieur*; il faudrait que les hommes érigent une instance extérieure à la nature humaine, artificielle donc, mais ayant aussi une puissance d'effet sur elle.
>
> Voilà donc, dessinée en creux, l'existence de cette mécanique centripète et intégratrice, apte à compenser l'effet centrifuge et anarchique du désir individuel. Un homme encore, puisqu'il faut qu'il ait un pouvoir, qu'il ordonne, qu'il protège et interdise; mais un « homme artificiel » »[117].

La lecture philosophique de Hobbes nous montre qu'en Grande-Bretagne tout comme dans l'Europe continentale, l'État semble être perçu comme la solution à un besoin de stabilité sociale; un besoin de contrôle des conflits permanents. John Locke viendrait confirmer cette position lorsqu'il écrit, après un exposé sur le pouvoir législatif de l'État:

> « Ce sont là les bornes et les restrictions que la confiance qu'une société a prise en ceux qui gouvernent, et les lois de *Dieu* et de la *nature* ont

---

[115]Bertrand BADIE, «L'État moderne: le point de vue du politicologue», dans: Noël COULET et Jean-Philippe GENET (dir.), *L'État moderne: le droit, l'espace et les formes de l'État*, Actes du colloque tenu à la Baume Les Aix, Éditions du CNRS, Paris, 1990, 211-218, p. 216.

[116]«Pour Hobbes le but de l'État est la sécurité, à savoir la paix définie comme «absence de guerre». Spinoza est entièrement d'accord avec lui à condition de rejeter sa définition de la paix». Sylvain ZAC dans l'introduction de SPINOZA, *Traité politique*, Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1968, p. 12.

[117]*Léviathan*, p. 95, cité dans: Lucien JAUME, *Hobbes et l'État représentatif moderne*, Paris: Presses universitaires de France, 1986, p. 25.

mises au pouvoir législatif de chaque État, quelque forme de gouvernement qui y soit établie »[118].

Locke semble considérer ici que la nature de l'État consiste en la conservation de la société. La philosophie de John Locke (1632-1704) qui remet en question le pouvoir royal discrétionnaire au profit du pouvoir législatif[119] aura une influence considérable sur toute l'Europe et même outre-mer[120].

La position de ces philosophes se doit d'être confirmée par un bref historique de la genèse de l'État anglais. Pour ce faire, nous nous appuierons principalement sur l'ouvrage imposant de William Stubbs[121] traitant de l'histoire constitutionnelle de l'Angleterre du Moyen Âge et destiné aux étudiants des facultés des Lettres et de Droit. Cet ouvrage, en trois tomes, fruit de vingt ans de travail et traduit en français, a le mérite d'être à la fois complet et clair. Toutefois, étant donné l'âge de cet ouvrage, nous compléterons sa lecture avec des analyses plus récentes.

Pour comprendre la genèse de l'État anglais, il faut remonter à la conquête normande et à la victoire de Guillaume le conquérant à Hastings en 1066. Dès cette époque, l'Angleterre a changé son système du partage des terres: « Les irrégularités compliquées et inintelligibles des tenures anglo-saxonnes firent place à la théorie féodale simple et uniforme. (...) Le changement s'effectua sans aucun acte législatif, simplement par le procédé du transfert, avec une simplicité et une uniformité que les circonstances rendaient nécessaires. Ce ne fut pas tant

---

[118]John LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, traduction de David Mazel, Chronologie, Introduction, Bibliographie, Notes par Simone Goyard-Fabre, Tours: Flammarion, 1984, p. 288.

[119]«La grande fin que se proposent ceux qui entrent dans une société, étant de jouir de leurs propriétés, en sûreté et en repos; et le meilleur moyen qu'on puisse employer, par rapport à cette fin, étant d'établir des lois dans cette société, *la première et fondamentale loi positive* de tous les États, *c'est celle qui établit le pouvoir législatif*, lequel, aussi bien que les lois fondamentales de la *nature*, doit tendre à *conserver la société*; et, autant que le bien public le peut permettre, chaque membre et chaque personne qui la compose. Ce pouvoir législatif n'est pas seulement le suprême pouvoir de l'État, mais encore est sacré, et ne peut être ravi à ceux à qui il a été une fois remis. [...] La première restriction est qu'ils gouverneront selon les lois établies et publiées, non par des lois muables et variables, suivant les cas particuliers; qu'il y aura les mêmes règlements pour le riche et pour le pauvre, pour le favori et le courtisan, et pour le bourgeois et le laboureur. La seconde, que ces lois et ces règlements ne doivent tendre qu'au bien public. », *ibid.*, pp. 279 et 288.

[120]«Il y avait en ce message tant de promesses et d'horizon heureux que Locke, dont la sagesse était peu éprise de gloire, connut cependant au XVIII[e] siècle une célébrité qu'il n'avait pas soupçonné. Non seulement l'idée de contrat social acquit sous son influence une popularité qui n'est pas étrangère à l'inflation qu'elle devait connaître dans les décennies à venir, mais les *Deux traités* devinrent «la bible politique du siècle nouveau», d'abord en Angleterre où le régime constitutionnel qui s'installe se réclame explicitement de ses idées, puis, dans la France des Lumières et même en Amérique, chez les "Anglais d'au-delà des mers". », *ibid.*, p. 146.

[121]William STUBBS, *Histoire constitutionnelle de l'Angleterre*, par Ch. Petit-Dutaillis, Paris, V. Giard & E. Brière,

le passage de l'allodial au féodal que celui de la confusion à l'ordre »[122]. Mais ce changement ne fut pas complet et, alors que la tenure féodale normande remplaçait la tenure saxonne, Guillaume le conquérant n'imposa pas les autres aspects de la féodalité (législation, taxation, justice, défense militaire):

> « (...) (l)l conserva les usages nationaux dans la mesure où il pouvait les comprendre et où l'attitude de la nation le permit. Il maintint les institutions populaires de la cour de centaine et de la cour de comté. Il confirma les lois qui avaient été en usage aux jours du roi Edouard, (...) reçut des représentants assermentés de chaque comté une déclaration des lois sous lesquelles ils désiraient vivre. La compilation qui porte son nom n'est guère plus qu'une promulgation nouvelle du code de Canute »[123].

En ce qui concerne la genèse de l'État, l'Angleterre a donc pris un chemin différent du continent. La France vivait, au 11e siècle, sous un régime féodal[124] complet avec une quasi souveraineté de chaque seigneur. En Angleterre, cette souveraineté seigneuriale était beaucoup moins présente, et la société était structurée différemment: les familles étaient réunies en townships, les townships en centaines, les centaines en comtés et les comtés en royaumes[125]. « Ainsi, une centralisation vigoureuse se fonde: l'Angleterre ne connaît ni l'émiettement de la

---

1907, Tomes 1-3.

[122] *Ibid.*, p. 321; William Blackstone décrit l'invasion Normande comme l'instauration d'une véritable tyrannie imposée sur un système anglo-saxon presque démocratique. L'Angleterre mettra progressivement six-cents ans à s'en remettre jusqu'à la révolution de 1688. William BLACKSTONE, *Commentaires sur les lois anglaises*, traduit de l'anglais sur la quinzième édition par N. M. Chompré, Tome VI., Paris: Bossange, 1822, pp. 364-410.

[123] W. STUBBS, *Histoire constitutionnelle de l'Angleterre*, Tome 1, pp. 330-331, précité note 121; Rappelons ici que Canute (1017-1035) fut un des deux chefs de la deuxième invasion Danoise. Il imposa à l'Angleterre une version à peine modifiée du code en vigueur sous Edgar (944-975); « Le *witanegemot* se transforma en *magnum concilium* (grand conseil) ou *curia regis* (cour du roi); les *shires* devindrent les comtés tandis que les shérifs demeurèrent les agents du roi au niveau local et continuèrent de veiller à ses intérêts », Henri PALLARD, « La common law et ses institutions 1066-1875 », dans Louise BÉLANGER-HARDY et Aline GRENON (dir.), *Éléments de Common Law et aperçu comparatif du droit civil québécois*, Scarborough: Carswell, 1997, 1-58, p. 8.

[124] «[La féodalité] impliquai[t] d'une part la prédominance d'une classe de guerriers, d'autres part des liens de protection d'homme à homme, palliant la disparition de l'autorité publique». *Petit Larousse illustré*, Paris, Lib. Larousse, 1980; «On peut dire que la féodalité, dans la forme qu'elle revêt au temps de la Conquête normande, est une organisation sociale entièrement fondée sur la tenure foncière, à raison de laquelle tous, depuis le roi jusqu'au plus petit propriétaire, sont lié les uns aux autres par l'obligation de service et de défense: le seigneur doit protéger son vassal, le vassal doit service à son seigneur; la protection et le service étant institués et réglés par la nature et l'étendue de la terre que tient l'un de l'autre». W. STUBBS, *Histoire constitutionnelle de l'Angleterre*, Tome 1, pp. 331-312, précité note 121.

[125] *Ibid.*, pp. 1-270; Sir Geoffrey CROSS et G.D.G. HALL, *The English legal system*, 4e éd., Londres: Butterworths, 1964, pp. 2-3.

souveraineté entre les barons, ni le morcellement du droit entre les coutumes locales »[126].

Les premiers pas vers l'État moderne Anglais semblent avoir été amorcés, d'après Stubbs, autour du 13e siècle: « en Angleterre, le système parlementaire du Moyen Âge fut le produit de la politique d'Henri II (1133-1189), de Simon de Montfort (1208-1265) et d'Edouard 1er (1272-1307). (...) La constitution parlementaire de l'Angleterre, (...) comporte non seulement une concentration des administrations locales, mais aussi une assemblée d'États. Le parlement d'aujourd'hui et, plus visiblement encore, celui d'Edouard 1er, est une combinaison de ces deux principes théoriquement distincts »[127]. Tout comme en France, on voit donc apparaître, dès les 13e et 14e siècles les premiers jalons de l'État moderne.

Cependant, nous observons que l'État Anglais ne se dessine autour d'une régulation législative, comme c'est le cas en France, mais plutôt autour des fonctions exécutive et judiciaire. Cela ne signifie pas que le droit anglais était morcelé, au contraire: « Peu à peu, les lois de Mercie, de Wessex, de Northumbrie, le droit des Normands et le droit des Saxons se fondent en un droit unique »[128]. En fait, nous expliquons la création d'un droit unique comme faisant suite à une centralisation de l'administration de la justice[129] plutôt qu'à une activité législative. En effet, tout comme en France, l'instabilité de l'Angleterre provenait essentiellement du régime féodal[130] qui, comme nous l'avons vu, ne semblait pas

---

126 Marc ANCEL, *La "Common Law" d'Angleterre*, Thèse pour le Doctorat présentée et soutenue le 23 novembre 1927, Paris: Rousseau et Cie, 1927, p. 47.

127 W. STUBBS, *Histoire constitutionnelle de l'Angleterre*, Tome 2, p. 192, précité note 121.

128 M. ANCEL, *La "Common Law" d'Angleterre*, 1927, p. 47, précité note 126.

129 *Ibid.*, pp. 48-49; « Nous devons en partie le développement de la justice royale au désir des rois normands et angevins d'imposer leur contrôle sur les seigneurs féodaux et les institutions locales, soit les comté et les *hundreds*. Les rois prirent l'habitude d'envoyer leurs officiers en tournée à travers le royaume afin d'assurer de sa bonne administration et de contrôler le pouvoir des shérifs. Ces démarches, à l'origine à vocation administrative, ont eu pour résultat de centraliser l'administration de la justice et d'accentuer l'importance de la justice royale au détriment de la justice locale. », Henri PALLARD, « La common law et ses institutions 1066-1875 », 1997, pp. 8-9, précité note 123.

130 «[...] le principe féodal, quand il est appliqué à l'organisation de l'État, la dissout. Le trait essentiel de la politique du Conquérant est d'avoir mis en échec cette tendance». W. STUBBS, *Histoire constitutionnelle de l'Angleterre*, pp. 330, précité note 121; La vassalité et le séniorat sont deux caractéristiques de la féodalité. «Les termes vassalité et séniorat qualifient sous son double aspect une institution unique. Cette institution va multiplier dans la société franque des groupes d'hommes libres, subordonnés à un chef et liés à son égard par des devoirs particuliers. Les liens de dépendance ainsi créés s'accordent mal avec l'obéissance due à l'État par tous les citoyens. [...] La féodalité est un régime social caractérisé par l'affaiblissement de l'État et l'autonomie de la seigneurie. [...] Dès la fin du IXe siècle, on l'a constaté, les grands fonctionnaires caroligiens: ducs, marquis, comtes, vicomtes, se sont pratiquement approprié les fonctions publiques qui leur avaient été confiées par le roi».

s'être implanté en profondeur. Contrairement à la France, l'État Anglais, pour mettre un terme aux conflits, n'avait donc pas besoin d'agir en profondeur en restructurant les relations. De plus le droit de l'Angleterre (fondé sur les coutumes des Angles et des Saxons) était plus homogène que celui de la France (droit romain, droit salique, droit goth, droit féodal, etc.[131]).

Le rôle stabilisateur de l'État anglais aurait donc pu avoir à l'origine, entre autre[132], un rôle de médiation des conflits[133], entre les barons, par une participation aux décisions. Cette médiation était assumée par le roi qui fut ensuite, comme nous allons le voir dans les prochaines lignes, subrogé par l'État.

Au début du 13e siècle, l'État n'en est véritablement qu'à ses prémices. Il s'agit encore du pouvoir royal délégué au Conseil du Roi ou *Curia Regis*. Cette institution n'intervient que « lorsque la paix du royaume est menacée, lorsque le litige concerne des "grands" du royaume, ou lorsque les circonstances rendent impossible le fonctionnement normal de la justice »[134]. On voit aussi apparaître des juges royaux itinérants, représentant son Conseil[135]. L'État anglais aurait donc été davantage un instrument de décision et de justice qu'un instrument législatif:

Fr OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, 1951, p. 80 et 126-127, précité note 14.

131 MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, texte établi avec une introduction, des notes et des variantes par Gonzague Truc, Tome 2, Livres XXVIII et XXX, Éditions Garnier Frères, Paris, 1956; R. DAVID, *Le droit français*, 1960, pp. 5-6, précité note 35.

132 Henri Pallard explique que la justice royale était aussi lucrative ce qui n'aurait pas nui à la centralisation: « La violation des ordonnances du roi lui donnait droit à réparation. [...] Du fait que la justice criminelle donnait lieu à l'imposition d'amendes et à la confiscation de biens, le maintien de l'ordre et de la justice avait des conséquences financières très avantageuses pour le roi. Cela l'incita à étendre sa compétence en matière pénale. Si la common law est née de soucis d'ordre administratif, politique et public, elle résulte également de l'appât du gain. », Henri PALLARD, « La common law et ses institutions 1066-1875 », 1997, p. 9, précité note 123.

133 «[A]u XIVe siècle, le développement constitutionnel fut dû à la conviction, commune à toutes les factions, que la nation, assemblée en parlement, était l'arbitre naturel, sinon le juge suprême de leurs querelles». W. STUBBS, *Histoire constitutionnelle de l'Angleterre*, p. 617, précité note 121.

134 D. FRISON, *Introduction au droit anglais et aux institutions britanniques*, 1989, p. 51, précité note 14.

135 «Ces "juges royaux" (royal judges), qui détiennent leur autorité du souverain, forment plusieurs commissions: la Commision de Libération des Prisons (the Commission of Goal Delivery), chargée de vider les prisons des prisonniers non jugés (untried prisoners); la Commision d'Oyer et Terminer (the Commision of Oyer and Terminer), dont les juges ont autorité pour entendre (oyer) et trancher (Terminer) les affaires impliquant des criminels graves, comme les traîtres ou les félons (traitors and felons); la Commission d'Assises (the Commission of Assizes), dont les juges ont compétence dans les affaires civiles (civil cases) et les affaires criminelles graves (serious criminal matters). Ces juges royaux, appelés "juges itinérants", et plus tard "juges de circuit" (circuit judges), sont appréciés de la population locale, car ils rendent une justice plus équitable (fair, equitable) que les juridictions seigneuriales locales, souvent partiales, corrompues et injustes (prejudiced, corrupt and unfair) », *ibid.*, p. 51.

« Avant la fin du règne de Jean, la grande assemblée de la nation s'était fait reconnaître et avait exercé les droits suivants. En matière d'impôts, l'assentiment théorique, qui avait été tenu pour acquis sous les rois normands, avait fait place à une consultation réelle: le *commune consilium* avait d'abord discuté l'impôt de l'année sous Henri II (...); sous Jean-sans-terre, il avait fait inscrire dans la Grande Charte qu'en dehors des trois aides féodales coutumières, aucune taxe ne pourrait être levée sans le consentement de l'assemblée régulièrement convoquée. (...) En matière de législation, l'assemblée avait obtenu la reconnaissance formelle de son droit à délibérer et à consentir et, - à lire le préambule de quelques unes des assises, - il semble qu'elle ait exercé le droit de proposer des amendements à la loi par voie de pétition. Comme haute cour de justice, l'assemblée avait même entendu les plaintes du roi contre certains individus et elle avait accepté et ratifié les jugements qu'il avait prononcés contre les coupables de rang élevé. Enfin, comme suprême assemblée délibérante, elle avait été consultée sur les questions de politique étrangère, de police intérieure et de défense nationale (...). Pendant la minorité et les années troublées d'Henri III, l'assemblée avait revendiqué ces droits dans toute leur étendue et, dans la pratique, elle les avait accrus »[136].

C'est à partir d'Edouard 1[er] (1272) que l'État apparaît véritablement et commence à se développer au dépens des prérogatives royales[137,138]: limitation de son droit

---

[136]W. STUBBS, *Histoire constitutionnelle de l'Angleterre*, pp. 284-285, précité note 121.

[137]«L'œuvre propre d'Edouard 1[er] avait introduit dans la vie nationale les éléments qui donnèrent aux idées politiques leur forme et leur signification. En achevant de constituer le parlement, il perfectionna l'instrument qui avait manqué à Simon de Montfort; en donnant au mécanisme administratif sa forme achevée, il donna une réalité tangible et visible au système dont le roi et le parlement devaient désormais se disputer le contrôle. », *ibid.*, p. 618.

[138]«Le témoignage de l'histoire et la nature des choses imposent la conviction que ce furent les chevaliers des comtés qui firent triompher la constitution; ils prirent la direction des débats parlementaires; ils formèrent trait d'union entre les bons pairs et les bonnes villes; ils étaient l'élément indestructible de la Chambre des Communes; ils représentaient ces divisions locales du royaume dont l'origine était aussi ancienne que l'existence historique du peuple anglais et dont les intérêts étaient le plus directement lésés par les abus de la prerogative royale. », *ibid.*, p. 619; Citons aussi D. Frison qui décrit, de façon plus détaillée, l'origine du parlement: «[l]a création du Parlement remonte [...] à l'époque où le roi s'entourait, pour administrer le royaume, de deux conseils: le conseils: le Conseil Privé (the privy Council), formé des conseillers particuliers du roi, chargés de l'aider dans l'administration quotidienne des affaires du royaume; et le Grand Conseil (the King's Council), où siégeaient à titre personnel ou comme représentants des comtés (counties) ou des villes (boroughs), des nobles (nobles) à qui

de tailler[139], limitation de son droit de lever des coutumes[140], limitation du droit de pourvoyance[141], limitation des commissions d'arroi[142], etc.. Cette lutte de pouvoir continuera jusqu'à la victoire des institutions de l'État et la mise à l'écart du roi qui ne deviendra qu'une institution figurative[143]. Ainsi, l'aspect législatif de l'État anglais émerge à partir du 14e siècle où l'«on constate l'intervention croissante du Parlement»[144]. Celui-ci « devint progressivement indispensable pour permettre au roi de légiférer; le roi ne peut bientôt plus faire de lois *motu proprio*; tout *statute* doit avoir été présenté comme *bill* par le parlement. Il y eut bien quelques périodes pendant lesquelles les rois se passèrent du Parlement, par exemple sous Henri VIII. Mais, surtout à la suite des deux révolutions de 1648 et 1688, l'autorité du parlement comme organe législatif devint considérable. Le *Bill of Rights*, de 1689, interdit au roi de suspendre les lois ou de dispenser de leur exécution *without consent of parlyament*. En fait, le roi n'exerce plus, à partir du 18e siècle, son droit de veto; il entérine tout bill proposé par le parlement »[145].

Georges Lefebvre émet des réserves à l'égard de certaines interprétations de W. Stubbs. Par exemple, en s'appuyant sur M. Pollard, il souligne le fait que le parlement du Moyen Âge n'aurait encore été qu'une cour féodale[146], dont le principal mérite ne fut pas de « faire de l'Angleterre un État constitutionnel, mais de contribuer essentiellement à créer l'unité nationale et l'État anglais »[147]:

---

le roi demandait de voter les impôts (to vote taxes) et même de les cautionner (to stand as garantee). Le Conseil Privé allait devenir par la suite l'exécutif (the Executive), formé du Gouvernement (the Governement) et du Cabinet (the Cabinet); tandis que le Grand Conseil allait donner naissance au Parlement. », D. FRISON, *Introduction au droit anglais et aux institutions britanniques*, 1989, p. 17, précité note 14.

[139] W. STUBBS, *Histoire constitutionnelle de l'Angleterre*, p. 624, précité note 121.

[140] *Ibid.*, p. 629.

[141] *Ibid.*, p. 647.

[142] *Ibid.*, p. 651.

[143] « A la fin du XVIIe siècle, on assiste au relèvement du Parlement, qui se traduit par les grands textes constitutionnels que furent la *Petition of Rights* de 1628, le *Bill of Rights* de 1688 et l'*Act of settlement* de 1701. », P. GARANT, *Droit administratif*, 1991, p. 52, précité note 100.

[144] J. GILISSEN, *Introduction historique au droit*, 1979, p. 292, précité note 66; Selon G. Barraclough, avant le 14e siècle, les concepts de législatif et de judiciaire n'étaient pas encore bien différenciés. De plus, « [...] *the fourteenth century saw a gradual transference of already existing functions from king to parliament, and among them of the legislative power.* » G. BARRACLOUGH, « Law and Legislation in Medieval England », (1940) 56 *The Law Quarterly Review* 75-92, pp. 79 et 81.

[145] *Ibid.*; voir aussi: O. HOOD PHILLIPS et A.H., 1948/1988, pp. 121-122, précité note 14.

[146] Voir aussi: M. ANCEL, La "*Common Law*" d'Angleterre, 1927, p. 84, précité note 126.

[147] G. LEFEBVRE, «Études additionnelles de l'édition française», dans W. STUBBS, *Histoire constitutionnelle de l'Angleterre*, Tome 3, p. 727, précité note 121; G. BARRACLOUGH, « Law and Legislation in Medieval England », (1940), précité note 144; dans leur ouvrage sur le droit constitutionnel, les auteurs Phillips, Jackson et Leopold montrent qu'avant la révolution de 1688 la supériorité du parlement n'aurait pas encore été reconnue:

« M. Adams s'est attaché à prouver que le commune concilium ou soi-disant assemblée nationale n'était qu'une cour féodale. MM. Mac Ilwain et Pollard lui ont dénié à peu près toute importance législative et financière: ils y voient surtout une haute cour de justice, où chevaliers et bourgeois ne comparaissent guère que comme plaideurs ou pétitionnaires. M. Pasquet a montré que les souverains, et plus particulièrement Edouard 1er, n'ont vu dans la convocation des communes qu'un expédient administratif et politique, une forme du gouvernement du roi, qui devait fortifier leur autorité, sans la démembrer à quelque degré que ce fût. (...) Il nous apparaît aujourd'hui que le Moyen Âge n'a été, pour le régime constitutionnel et parlementaire, qu'une période de très lente gestation et qu'en 1485 encore, rien ne pouvait faire prévoir le rôle éclatant qui lui était réservé »[148].

Il semble, par conséquent, que la genèse de l'État moderne en Angleterre doive être reportée de quelques siècles. William Stubbs le voyait apparaître dès le 13e siècle, d'autres auteurs ultérieurs, tels Georges Lefebvre ou G. Barraclough[149], situent plutôt sa naissance au 15e siècle. Quoi qu'il en soit, notre intérêt réside plutôt dans le rôle de l'État et la chimie de sa création. Il semble sur ce point que W. Stubbs ne soit pas contesté. En Angleterre comme sur le continent, l'instabilité sociale semble avoir été le moteur principal à l'origine de la genèse de l'État[150].

En bref, bien que l'État anglais ait développé des structures différentes[151] de celles de l'État français, son rôle stabilisateur apparaît, chez lui aussi, dominant.

« *The establishement of parliamentary supremacy was a product of the revolution of 1688. Before then the chief rivals were, first, the King or King in Council, and then the common law courts.* », O. HOOD PHILLIPS, Paul JACKSON and Patricia LEOPOLD, *O. Hood Phillips & Jackson: Constitutional and administrative law*, 7th ed., London: Sweet & Maxwell, 2001, p. 39.

148 G. LEFEBVRE, «Études additionnelles de l'édition française», dans W. STUBBS, *Histoire constitutionnelle de l'Angleterre*, Tome 3, p. 727-728, précité note 121.

149 G. LEFEBVRE, *ibid.*; G. BARRACLOUGH, « Law and Legislation in Medieval England », (1940), précité note 144.

150 Comme pour confirmer cela, une des prémisses de la philosophie de Jeremy Bentham, au début du 19e siècle, tient au fait que la première fonction de l'autorité est la « réalisation de l'ordre et de la sécurité ». Mohamed Abd-El-Hadi EL SHAKANKIRI, *La philosophie juridique de Jeremy Bentham*, Paris: L.G.D.J., 1970, pp. 265-264.

151 Encore que les structures « larges » se ressemblent de façon troublante.

Après avoir entrevu globalement le rôle du droit dans les États français et anglais, il serait intéressant de vérifier de quelle façon le Québec, mélange de deux régimes juridiques, a vu sa structure étatique se développer.

c) L'État du Québec[152]: rien de nouveau

Le territoire de ce qui est aujourd'hui le Québec a commencé à être colonisé au milieu du 16e siècle, plus particulièrement par les Français, lors du deuxième voyage de Jacques Cartier en 1535. Il était considéré comme un territoire d'outremer, c'est-à-dire, faisant partie intégrante de la mère patrie. Dans les premières décennies, il s'agissait donc essentiellement d'un territoire vierge sans système social très complexe. Cependant, il fallut peu de temps pour que l'organisation imposée par l'État français s'implante sur ce nouveau territoire: « En fondant une colonie en Amérique, avec ses institutions et sa langue, la France y avait naturellement apporté ses lois »[153]. Cette société a donc, elle aussi, vécu des périodes d'instabilité, mais ce fut dans un système politique où l'État existait déjà. Les premières lois qui s'appliquèrent « furent d'abord celles de la Normandie; au moins pendant quelque temps, la Nouvelle-France ressortit-elle du Parlement de Rouen. Mais bientôt un arrêt du Conseil d'État y établit la Coutume de Paris (...). Ce droit, avec les quelques ordonnances rendues par les Rois de France après 1663, et enregistrées au Conseil supérieur de Québec, les arrêts de ce même Conseil, et les Ordonnances des Intendants rendus presque exclusivement en matière administrative et municipale, régissait encore le Canada lors de la cession à la Couronne Britannique »[154].

Devant la présence manifeste d'une organisation étatique, il serait superflu, à ce stade, de développer plus avant l'histoire juridique du Québec et du Canada.

---

[152] Le Québec a été la porte d'entrée de la colonisation canadienne. Les premiers balbutiements de l'organisation sociale étatique canadienne sont aussi ceux du Québec. Par ailleurs, le Québec tel qu'il existe possède une législature et un gouvernement. Bien qu'il lui manque la souveraineté politique, il possède tout de même tous les éléments d'une structure étatique. Puisqu'il ne sera pas question dans cette thèse de relations étrangères, nous pourrons donc, sans scrupules, référer à l'État du Québec.

[153] T.J.J. LORANGER, « Le Droit Civil du Bas-Canada suivant l'ordre du Code », (1869) 1 *Revue légale* 1-29, p. 2; voir aussi: R. LEMIEUX, *Les origines du droit franco-canadien*, 1901, pp. 260 et ss, précité note 96.

[154] T.J.J. LORANGER, *ibid.*, pp. 2-3.

Citons simplement ce passage de Maurice Tancelin qui expose un chiasme juridique dans lequel le Québec aurait été plongé jusqu'à la codification de 1866:

> « Après la conquête, la proclamation royale de Georges III, en 1763, prévoit dans les quatre gouvernements visés (Québec, Floride occidentale, Floride orientale et Grenade) l'édiction d'un droit « conforme autant que possible aux lois d'Angleterre ». Cette proclamation est le point de départ d'une controverse interminable qui a passé par différentes étapes marquées par les quatre lois constitutionnelles octroyées par la puissance coloniale en 1774, 1791, 1840 et 1867 et les amendements de 1931 et 1949 »[155].

Bien que pendant de nombreuses années le territoire du Québec ait été partagé par deux cultures juridiques différentes, il n'empêche que depuis sa découverte, ce territoire s'est toujours développé dans le cadre de l'administration d'un État et de son organisation.

d) Conclusion

Il ressort des quelques auteurs analysés plus haut, que l'État moderne est une entité relativement récente. En Occident, il se serait formé progressivement, à partir du 13e ou 14e siècle, d'une volonté générale de stabilité sociale. C'est en se fondant sur son rôle de stabilisateur que l'État aurait pris de plus en plus d'espace au sein de l'organisation sociale. Dans cette entreprise de l'État, le droit aurait été, si ce n'est son outil principal, du moins un important rouage. On pourrait donc inférer que le rôle du droit peut lui aussi être de participer à la stabilité sociale.

Mais là ne s'arrêtent pas les fonctions de l'État. Bien que cela n'ait pas été traité dans la démonstration, il n'empêche que l'État peut remplir d'autres besoins et d'autres fonctions que l'instauration d'une stabilité. Par exemple, il est aussi un excellent outil d'assimilation. Ainsi, dans la France du 16e siècle, sous le couvert

---

155 Frederic Parker WALTON, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, Introduction et traduction par Maurice TANCELIN, Toronto: Butterworth, 1980, p. 3.

des guerres de religion, se cache une véritable assimilation forcée de toute la culture occitane par l'État français[156]. Pour prendre un exemple plus actuel, Patrice Garant constate que «(l)'État moderne a été engagé dans un mouvement accéléré de socialisation, même si certains remous récents dans certains États pouvaient donner lieu de croire à un ralentissement de cette tendance. Le service public, dans l'État moderne, c'est une conception de plus en plus répandue, qui confère à l'État un rôle de direction générale des activités qui ont une dimension sociale. On exige aujourd'hui de l'État qu'il intervienne méthodiquement pour canaliser les initiatives des individus et des groupes en vue du bien commun. On ne demande plus seulement à l'État de réglementer l'activité des citoyens ou de leur fournir des prestations de sécurité sociale ou autre, on lui demande de coordonner, d'orienter toutes les forces de la nation, d'organiser rationnellement la cité»[157]. Le rôle de l'État, jadis essentiellement stabilisateur, ne semble pas en rester là et semble s'étendre jusqu'au confort des individus. Dans cette optique, Pierre Issalys écrit que « (l)a loi est devenue l'instrument par excellence de cette conquête infinie d'un aménagement social juste et rationnel »[158].

Il est donc raisonnable d'envisager qu'en dehors de son rôle historique de stabilisateur social, l'État ait eu aussi, dès ses débuts, bien d'autres fonctions.

Notre étude ne s'attardera pas à analyser les autres fonctions de l'État, car nous pensons qu'elles n'apportent que des explications complémentaires au rôle fondamental du droit, soit: la recherche d'une stabilité. En revanche, maintenant

---

[156]Voir à ce sujet le livre fort révélateur de Gérard de SÈDE, *700 ans de révolte occitane*, Paris: Plon, 1982; François Olivier-Martin montre aussi implicitement la force déployée par le roi de France lorsqu'il impose de façon musclée sa gestion par l'intermédiaire de ses intendants: «Les intendants agissent avec une certaine rudesse, [...] surtout dans les provinces éloignées, après les troubles des minorités: les autorités locales obéissent mal [...]. Les intendants doivent se montrer très fermes; Nicolas Foucault, intendant de Languedoc, donne des exemples saisissants pour les années 1675 à 1679». Fr. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, 1951, p. 570, précité note 14; «Dans la forme, tout se faisait avec un juridisme pointilleux qui cherchait à masquer la brutalité arbitraire du fond. [...] La cour s'imaginait en avoir fini à jamais avec un problème épineux et ce qu'il y avait d'opinion publique fut enthousiaste: on rivalisa d'éloge dithyrambique pour le roi Soleil qui venait d'assurer, pensait-on, l'unité religieuse du royaume et l'intégration irréversible des minoritaires» Élisabeth LABROUSSE, «Le XVII[e] siècle», dans Henri DUBIEF et Jacques POUJOL, *La France protestante*, Les Éditions de Paris, Montpellier, 1996, p. 67.

[157]P. GARANT, *Droit administratif*, 1991, pp. 4-5, précité note 100; voir aussi: Charles DEBBASH, *Institutions et droit administratif - Les structures administratives*, Paris: Presses Universitaires de France, 1982, t. I, p. 24.

[158] Pierre ISSALYS, «La loi dans le droit: tradition, critique et transformation», dans: Jean-Guy BELLEY et Pierre ISSALYS, *Aux frontières du juridique*, Groupe d'Étude sur les Processus de Transformation du Droit (GEPTUD), Faculté de droit, Université Laval, Québec, 1993, 185-219, p. 205.

que le rôle stabilisateur de l'État et du droit a été mis en lumière, il faut comprendre de quelle façon le droit remplit son rôle dans un contexte étatique. La prochaine section s'attardera à comprendre, pour chaque pays, de quelle manière le droit a été utilisé afin de lui faire accomplir son rôle de stabilisateur social. Cela apportera peut-être une explication sur la logique de son évolution. Une telle étude, cependant, n'a pas besoin de s'étendre à tous les domaines du droit pour donner un aperçu significatif de la fonction du droit. L'analyse sera donc limitée au droit privé qui représente, à lui seul, une grande partie des relations sociales.

2. Bref historique de la relation entre les droits privés et la genèse de l'État: à la recherche d'une compréhension des systèmes juridiques

Si le rôle premier du droit est de participer à la stabilité sociale par l'intermédiaire de l'État, il est possible d'envisager que la nature de l'État, son organisation, son importance, modifient la façon dont le droit s'articule. Inversement, deux systèmes juridiques différents pourraient, selon cette logique, engendrer aussi deux États différents. C'est la raison pour laquelle nous traiterons encore ici, en trois sections distinctes, des relations qu'entretiennent les États français, anglais et québécois avec leurs droits privés respectifs. Naturellement, l'objectif de cette section sera de survoler l'histoire afin de repérer les éléments clés nous permettant de comprendre l'évolution du droit privé vis-à-vis de l'État à la fin du 18e siècle. Il ne sera pas question d'analyser en profondeur les détails historiques qui ont changé ce droit.

a) La France a développé la loi comme source du droit privé

Albert Rigaudière semble soutenir le fait que l'État tire son origine, à partir du 13e siècle, d'une activité législative nouvelle dont le rôle était d'asseoir le pouvoir de l'État. Il place donc la *loi* au centre du pouvoir étatique. Nous devons rappeler ici une nuance importante. Rigaudière, auteur contemporain, utilise le terme de *loi*,

mais il définit la loi moyenâgeuse comme « tout acte qui, émanant du roi ou d'une autorité à laquelle il a délégué son pouvoir, est inspiré par le bien commun du royaume et présente un certain degré de permanence et de généralité »[159]. Il choisit cette définition pour l'opposer à la coutume, principale source du droit civil de l'époque féodale. Nous constatons qu'une telle perception de la loi empiète sur d'autres sources du *droit* souvent distinctes de la seule loi. En effet, sa définition inclut implicitement tous les édits[160], les jugements, les déclarations, etc.. D'ailleurs, c'est le terme *droit* qu'il emploie lorsqu'il constate que « contrairement à ce qui se passe à Rome, la primauté du droit est la règle fondamentale, il préexiste à l'État dont il ne dépend pas »[161]. Il faut donc nuancer la place dominante que certains auteurs accordent à la loi dès le 14e siècle. Cela ne signifie pas que la loi de l'État n'a pas eu un rôle important à jouer. En effet, « la royauté légifère directement dans le domaine constitutionnel afin d'assurer la permanence d'un pouvoir d'État à travers la chaîne ininterrompue des rois »[162]. De même, « Plus les structures de l'État se précisent à partir de la fin du 13e siècle, plus la vieille notion médiévale de primauté du droit doit s'adapter aux exigences d'une loi de l'État sans cesse envahissante »[163]. Mais, jusqu'au 16e siècle, voire jusqu'au 17e siècle, l'État par l'intermédiaire du roi, s'approprie les coutumes locales avant d'imposer les siennes[164]. La loi à cette époque n'avait donc pas encore la

---

159 A. RIGAUDIÈRE, «Loi et État dans la France du bas Moyen Âge», 1990, p. 35, précité note 99.

160 Comme nous le verrons quelques pages plus bas, si certains édits peuvent être appelés des lois, d'autres édits ne sont guères plus que des décisions administratives.

161 *Ibid.*, p. 37.

162 *Ibid.*, p. 53.

163 *Ibid.*, p. 4 et 47-48; voir aussi à ce sujet: Blandine BARRET-KRIEGEL, «La politique juridique de la monarchie française», dans: Noël COULET et Jean-Philippe GENET (dir.), *L'État moderne: le droit, l'espace et les formes de l'État*, Actes du colloque tenu à la Baume Les Aix, Éditions du CNRS, Paris, 1990, 91-108, p. 103-108. Dans cet article l'auteure montre bien de quelle manière le droit coutumier, en partant de l'œuvre de François Hotman, en 1567, a abandonné ses vieilles racines romaines; François HOTMAN, *Antitribonien ou discours d'un grand et renommé jurisconsulte de notre temps sur l'étude des lois fait par l'advis de feu Monsieur de l'Hospital, Chancelier de France en l'an 1567*, Paris, 1603.

164 «Il fallait aussi la [coutume] faire passer, autant que faire se pouvait, sous le contrôle du roi afin qu'elle apparaisse comme une véritable bride de l'État, au même titre que les ordonnances à portée générale dont la lente affirmation constitue un des jalons les plus sûrs pour suivre, pas à pas, la genèse de l'État Moderne dans la France du Moyen Âge.», A. RIGAUDIÈRE, «Loi et État dans la France du bas Moyen Âge», 1990, p. 42-43, précité note 99; «Les légistes royaux sont à l'origine du mouvement de rédaction privée des coutumiers pour lesquels aux XIIIe et XIVe siècles les baillis [juges royaux] jouent un rôle capital. [...] Dans la mesure où, à partir d'une enquête sur les coutumes locales, ils peuvent demander aux parlements de les introduire dans la jurisprudence, ils jouent un rôle fondamental dans la réinstitution du droit coutumier. [...] Les coutumiers prolifèreront aux XIIIe et XIVe siècle. [...] Le tournant est évidemment l'ordonnance de Montils-les-Tours (1453) qui prescrit la rédaction *officielle* cette fois des coutumes», B. BARRET-KRIEGEL, «La politique juridique de la monarchie française», 1990, p. 103, précité note 163; «Le second événement, qui doit être mentionné, est la rédaction des coutumes, qui intervient dans le Nord de la France. Pour mettre fin aux incertitudes et éviter d'incessantes difficultés de preuve, l'Ordonnance de Montil-les-Tours, rendue en 1453 par le roi Charles VII, prescrit la rédaction des coutumes dans

même importance qu'aujourd'hui et le droit pouvait remplir son rôle en passant aussi par d'autres outils: « (l)e législateur ne joue à tout prendre en France, jusqu'à la Révolution française, qu'un rôle secondaire. L'effort de la royauté vise principalement à établir en France une administration cohérente; les rois de France se soucient peu de modifier le droit, conçu alors essentiellement sous son aspect de droit privé »[165]. Le droit étatique, aux 14e et 15e siècles, intervenait beaucoup par sa fonction judiciaire[166]. Notons en passant que les tribunaux semblent avoir vite trouvé leur indépendance vis-à-vis de la personne du roi[167]. Voyons donc, plus en détail comment le droit français s'est développé dans le cadre de l'État.

---

tous les pays de coutumes. La tâche ainsi prescrite est accomplie, à partir de cette date, et jusqu'à la Révolution française. Elle est, dans ses grandes lignes, achevée dès le seizième siècle, où sont rédigées dans une seconde rédaction, puis en général «réformées» et publiées dans une seconde rédaction, les principales *grandes coutumes*: coutume de Paris (1510-1580), coutume du duché de Bourgogne (1459-1570-1576), coutume de Bretagne (1539-1580), coutume de Normandie (1583), coutume d'Orléans (1509-1583), coutume du Nivernais (1534), coutume du Poitou (1514-1560), etc.; sont ainsi rédigées, en définitives, une soixantaine de coutume générales, et près de deux cents coutumes locales, lesquelles se séparent sur des points particuliers de la coutume générale dont elles dépendent.», R. DAVID, *Le droit français*, 1960, p. 7, précité note 35; notons qu'une incertitude semble régner quant à la date de l'ordonnance de Montilz-lez-Tours. Certains ouvrages la situe en avril 1454 (voir Fr OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, 1951, p. 420, précité note 14) et d'autres en 1453 (E. LABOULAYE et R. DARESTE, *Le Grand Coutumier de France*, 1969, p. IX, précité note 21). À ce propos, Dominique Gaurier nous apporte l'explication: en 1563, Charles IX a imposé une réforme du calendrier (*Ordonnance de Roussillon*, art. 39) rétroactive à 987. La réforme plaçait le début de l'année au 1er janvier plutôt qu'au jour de Pâques. « Dès lors, selon leur date et leur mois de promulgation, les anciennes ordonnances royales, selon qu'on leur donnait leur ancienne date, étaient dites « ancien style de datation »; mais si on leur attribuait leur date en fonction de ce nouveau calendrier, elles étaient rapportées à la nouvelle datation, dite « nouveau style ». Pour le texte dont il s'agit, on aura compris qu'il peut être daté de 1453 « ancien style » ou « a. st. » ou de 1454 « nouveau style » ou « n. st. ». », Dominique GAURIER, « La rédaction des normes juridiques, source de la métamorphose du droit ? Quelques repères historiques pour une réflexion contemporaine », (2001) 31 *R.G.D.* 1-85, pp. 7-8 à la note 7. Ce même auteur est très éclairant sur le processus historique des rédactions des coutumes, lesquelles auraient commencé par des initiatives privées dès la fin du 12e siècle avec le *Très Ancien Coutumier de Normandie*, *ibid.*, p. 13. Par exemple, il précise les chiffres de R. David « à un total de 65 coutumes générales rédigées, auxquelles il faut ajouter quelque 300 coutumes locales, [...]. », *ibid.*, p. 24.

[165]R. DAVID, *Le droit français*, 1960, p. 10, précité note 35; voir aussi: F. LAURENT, *Principes de droit civil*, 1887, pp. 14-15, précité note 63.

[166]A. RIGAUDIÈRE, « Loi et État dans la France du bas Moyen Âge », 1990, p. 39, précité note 92; « On entend aujourd'hui par administration l'ensemble des mesures que le gouvernement prend pour assurer l'ordre et la prospérité publics. Le mot n'apparaît dans ce sens qu'à l'extrême fin de l'ancien régime. Auparavant, l'ensemble de ces mesures constituait la police; les traités ou dictionnaires sur la police, qui sont assez nombreux aux XVIIe et XVIIIe siècles, correspondent aux traités ou dictionnaires actuels de droit administratif. La police est traditionnellement rattachée, on l'a vu, à la justice. Les premiers administrateurs ont été des juges [...]. », Fr OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, 1951, p. 562, précité note 14.

[167]«Il convient [...] de souligner, avec Koschaler [*Europa und das römische Recht* (1947)], l'indépendance que, pendant tout l'ancien régime, le corps judiciaire a eu en France à l'égard de l'autorité royale, aux moments mêmes où celle-ci apparaît comme étant la plus absolue. Les résistances que les Parlements, notamment le Parlement de Paris, ont opposées à l'autorité royale, sont chose bien connue». R. DAVID, *Le droit français*, 1960, p. 8, précité note 35; voir au sujet des Droits de vérification et de remontrances des parlements: Fr OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, 1951, p. 545-552, précité note 14; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, 1887, p. 14, précité note 63; J. GILISSEN, *Introduction historique au droit*, 1979, pp. 290-291, précité note 66; J. DECLAREUIL, *Histoire générale du droit français*, 1925, pp. 803-814, précité note 79; Jean EGRET, *Louis XIV et l'opposition parlementaire, 1715-1774*, Paris: A, Colin, 1970.

Depuis la chute de l'Empire romain d'occident (5e siècle) jusqu'à la Révolution, la coutume, de l'opinion générale, est restée la principale source du droit privé français. « La coutume, *usus, consuetudo,* est un usage juridique de formation spontanée, accepté par tout le groupe social intéressé. (...) Les actes qui fondent la coutume doivent avoir été répétés pendant un certain temps, quarante ans d'ordinaire, ou encore mieux, depuis si longtemps qu'on n'a pas la mémoire du contraire; c'est alors la coutume immémoriale. La coutume exprime ainsi le sentiment du droit dont s'inspire, à un moment donné, le groupe intéressé. Mais elle reste souvent incertaine, parce qu'elle peut être dans un devenir perpétuel. Pratiquement, la coutume n'est indiscutable qu'après avoir été constatée par le juge. Le juge ne la crée pas; il doit s'y soumettre; son rôle se borne à en constater l'existence, après enquête »[168]. Même si la coutume est établie par les usages, à partir du 11e siècle on constate l'intervention du roi, définissant la coutume raisonnable et écartant les « mauvaises coutumes »[169]. Nous distinguons ici deux types d'interventions sur la coutume, source de droit *a priori* non étatique: la législation et l'activité des tribunaux. Dans les deux cas il s'agit d'interventions de l'État; d'interventions de nature juridique que nous traiterons successivement dans les passages qui suivent.

- Les tribunaux première présence de l'État

La justice, nous l'avons mentionné, semble avoir été la raison première du début de l'expansion du pouvoir royal. Declareuil expose deux façons qui, se développant avec le temps, permirent au roi de rendre justice: la justice déléguée ou « réglée, que les diverses juridictions du royaume rendaient par délégation royale et dans les formes déterminées par la coutume ou les ordonnances et la justice retenue, que le roi distribuait directement ou par des commissaires, selon des formes variables »[170]. Notre intérêt se portera sur la justice déléguée car elle représente possiblement le premier élément de la relation entre le droit et l'État.

---

[168] Fr OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, 1951, p. 112, précité note 14.
[169] *Ibid.*, p. 113.
[170] J. DECLAREUIL, *Histoire générale du droit français*, 1925, p. 586, précité note 79.

Notons, pour commencer, qu'il existait depuis le 10e siècle d'autres sources autonomes de justice, mais elles furent progressivement écartées ou intégrées par le pouvoir central. C'est le cas des justices seigneuriales, des justices municipales et des justices d'Église[171]. La justice déléguée est presque aussi vieille que la féodalité. Celle-ci se manifestait en la personne des prévôts:

> « Sur les terres du domaine royal, en dehors et au-dessous de la *Curia regis*, il n'y eu d'abord d'autres juges que les prévôts. La plénitude de la justice justicière, tant au civil qu'au criminel, leur était conférée. (...) Le prévôt jugeait vraisemblablement en premier et dernier ressort: ni au XIe siècle, ni au XIIe il n'y a de trace d'une voie de recours au roi contre la sentence d'un prévôt; au XIIe siècle, on put en appeler au bailli »[172].

Vers le 15e siècle, « (l)'institution des baillis démembra la compétence à peu près générale des prévôts et leur donna un supérieur hiérarchique, interposé entre la *Curia regis* et eux[173] »[174]. La séparation des juridictions civiles et criminelles fut instaurée dans le cadre des tribunaux de bailliages et sénéchaussées à partir de 1522[175].

Deux siècles après la prévôté, la naissance des parlements (au 13e siècle) fut un ajout important de la structure administrative de la justice déléguée[176]. Ils n'apparurent que sous la forme d'assises judiciaires périodiques tenues en présence du roi. À partir de Philippe le Bel, les ordonnances jouèrent un rôle important dans l'évolution de l'organisation de ces sessions. Par exemple, la célèbre ordonnance du 23 mars 1302 rendait (article 12) le Parlement de Paris sédentaire; il « eut seul le droit de juger souverainement, et reçut tous les

---

171 *Ibid.*, pp. 677-700.
172 *Ibid.*, pp. 586-588.
173 *Compilato de usibus*, 97 (Viollet, *Et. de Saint Louis*, t. 3, p. 136).
174 J. DECLAREUIL, *Histoire générale du droit français*, 1925, pp. 588-589, précité note 79.
175 *Ibid.*, pp. 592-593.
176 Nous faisons allusion ici aux Parlements en tant que corps judiciaire car les « historiens emploient le mot *Parlement* pour désigner les réunions, où se débattent les affaires de la nation. [...] Le Parlement fut d'abord un corps militaire, aristocratique, avant de devenir un corps judiciaire et politique. », Charles DESMAZE, *Le parlement de Paris - avec une notice sur les autres parlements de France*, 2e éd., Paris: Librairie Générale de Jurisprudence, 1860, p. 3.

appels »[177]. L'Ordonnance de décembre 1320 divisait le Parlement de Paris en trois chambres: la grand'chambre, la chambre des enquêtes et la chambre des requêtes. L'Ordonnance de Charles V à Paris, 1364 organise de façon générale la routine du Parlement et le travail des magistrats et des avocats, etc[178]. Pendant cette période, le roi se retira peu à peu des séances, si bien que, sous Philippe VI (1328-1350), selon Jean Declareuil, le Parlement aurait acquis une autonomie et une autorité propre[179]. Au 15e siècle, les séances régionales temporaires du Parlement de Paris, devinrent permanentes, et l'on vit apparaître des «Parlements sédentaires et permanents» à Toulouse (1437), Grenoble (1453), Bordeaux (1462), Dijon (1476), Aix (1501), Bretagne (1553), Pau (1623), *etc.*[180]. Ici encore, cela s'effectua d'abord à partir de Lettres et concrétisé avec des ordonnances[181]. Le dernier Parlement est sans doute celui de Nancy dont la création ne remonte qu'à 1775. Ces tribunaux, quoique leur compétence n'ait pas été clairement définie au début, semblent être peu à peu devenus, au civil, une forme d'appel des sentences des baillis[182].

Toute cette structure judiciaire a été mise en place au moyen d'édits ou d'ordonnances. Ces textes, cependant, ne sont pas tous des lois, et le caractère

---

177 Pierre Paul Nicolas HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, 3e éd., Tome II, Paris: Théophile Barrois Père, 1827, p. 166; Charles Desmaze (*Le Parlement de Paris avec une notice sur les autres parlements de France*, 1860, *ibid.*, p. 5) utilise aussi l'expression: « Édit de 1302 ».

178 Pour plus détails sur l'organisation des parlements voir l'ouvrage de C. DESMAZE, *ibid.*, dont les annexes sont très riches en informations: *Date de la fondation des parlements, Bibliographie pour servir à l'histoire des parlements, Tableau Chronologique des ordonnances, lettres, édits et déclarations concernant l'organisation et la juridiction des parlements*, etc..

179 J. DECLAREUIL, *Histoire générale du droit français*, 1925, pp. 609-611, précité note 79; nous devons tempérer quelque peu les propos de Jean Declareuil. Selon P. P. N. Henrion de Pansey (*De l'autorité judiciaire en France*, 1827, pp. 169-194 et pp. 201 et ss, précité note 177) les trois siècles qui ont succédés Louis IX (en particulier sous Charles VI) jusqu'à François Ier n'ont été que conflit mesquins entre les membres des parlements et les proches du roi; les premiers jugeant en dépit d'appel au roi et les seconds cassant les jugements par l'intervention du Conseil du roi.

180 *Ibid.*, p. 628 et 629-634; Selon P. P. N. Henrion de Pansey (*Ibid.*, 1827, p. 185 à la note 2) le Parlement de Toulouse fut d'abord établi vers l'an 1302 puis « supprimé quelque temps après. Recréé par lettres du 20 mars 1420 (voyez *Ordonnances du Louvre*, tome XI, page 59), il fut transféré à Béziers en 1425, réuni en 1428 à celui que Charles VII avait établi à Poitiers (voyez *Ordonnances du Louvre*, tome XIII, p. 140). Cette union subsista encore quelque temps après le retour du parlement de Poitiers à paris. Enfin le 11 octobre 1444, Charles VII, sur les réclamations des états de Languedoc, établit un parlement à Toulouse, pour le Languedoc, l'Aquitaine, et les pays de la Dordogne. » Toujours selon cet auteur, le parlement de Pau aurait été établi en 1620. Les autres dates concordent.

181 «Le *Parlement de Toulouse* fut ainsi constitué, le premier en date. Des Lettres de [18 avril] 1437 l'avaient, sur le vœu des États de Languedoc, rappelé à l'existence dans les conditions antérieures. Une ordonnances du 11 octobre 1443 fixa définitivement son ressort», J. DECLAREUIL, *Histoire générale du droit français*, 1925, p. 628, précité note 79.

182 «Les Parlements faisaient aux tribunaux des baillis et sénéchaux la même concurrence que ceux-ci aux prévôts, en dépit des ordonnances; et cela, au criminel, où la procédure ne comportait pas d'épices, sans résistance des lieutenants. François 1er maintint le principe de l'appel par échelon au civil [...]. », *ibid.*, p. 595 et p. 605.

juridique de certains est discutable car ils ne posent pas de règles. Ils ne constitueraient donc, selon nous, que de simples décisions administratives[183] et souvent, « l'utilisation des mots "ordonnance" et "édit" se trouve être souvent purement arbitraire »[184]. Ce serait le cas de certains édits dont l'objet aurait été, selon M. Regnault, de « réglementer une institution particulière »[185]. Le même auteur se méfie du caractère législatif donné aux lettres-patentes en exposant la discrétion avec laquelle les tribunaux « se reconnaissent le droit de les dire inutiles quand encore ils ne statuent pas à l'encontre même des lettres royales. (...) Il parait donc préférable de ne pas ranger les lettres-patentes parmi les actes législatifs royaux (...) »[186].

Si l'administration de la justice a été accaparée par l'État, cela se serait donc réalisé, en majeure partie, par l'intermédiaire du droit. Ce travail législatif contribuant à construire l'État aurait peu à peu débordé dans les relations privées entre les sujets du roi. C'est ainsi que la nouvelle administration de la justice, plus performante, aurait poussé ses intervenants à réclamer la clarification et la rédaction des coutumes à partir du 15e siècle[187]. On remarque donc que, dès ses débuts, le droit - judiciaire en l'occurrence - semble se modeler selon les fins de l'État[188]. Le roi, dont le rôle aurait d'abord été de rendre justice, aurait été le vecteur de cette évolution. Le roi aurait ensuit été remplacé par l'implantation

---

183 Voir par exemple: *Ordonnance portant application des amendes, forfaitures, confiscation et de tous droits féodaux et deniers casuels qui dépendent du domaine, à la réparation des fortifications des places frontières du royaume*, Texte n° 707, dans: ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES, *Ordonnances des rois de France - règne de François 1er*, Tome 7, 3ème Partie, avril-décembre 1535, Paris: Imprimerie Nationale, 1960, pp. 271-273; *Lettres enjoignant aux parlements, aux baillis, sénéchaux, prévots et autres officiers des justices royales, d'avoir a prêter main-forte aux juges délégués par Antoine Du Prat, légat en France, pour procéder contre les Luthériens, de concert avec les inquisiteurs de la foi*, Texte n° 553, dans: ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES, *Ordonnances des rois de France - règne de François 1er*, Tome 6, 1ière Partie, 1530, Paris, 1937, pp. 135-136.

184 M. REGNAULT, *Histoire du Droit Public*, 1931-1932, p. 90, précité note 93; André GOURON, « Les ordonnances royales dans la France médiévale », dans: Antonio PADOA-SCHIOPPA (Dir.), *Justice et législation*, Traduit par Marie-Anee de Kisch, Paris: Presses Universitaires de France, 2000, pp. 82-84.

185 *Ibid.*

186 *Ibid.*, p. 94.

187 «La rédaction des coutumes s'est faite normalement dans le cadre du bailliage. Cela s'explique par le rôle qu'a toujours joué le juge dans la détermination de la coutume». Fr OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, 1951, p. 423, précité note 14.

188 «L'activité législative du roi semblait ne rencontrer, en principe, aucune limitation et pouvoir s'étendre à toute la vie juridique. Cependant, quand elle avait reparu aux XIIe et XIIIe siècles, des portions importantes de cette vie juridique, les rapports de droit privé et quelques autres, étaient déjà régis par les coutumes, le droit romain ou le droit canonique. Il lui fallut créer des moyens appropriés pour prendre possession effective du champ ainsi occupé et définir, en attendant, son attitude vis-à-vis de ces autres sources de droit». J. DECLAREUIL, *Histoire générale du droit français*, 1925, p. 800, précité note 79.

d'une organisation institutionnelle administrative dont le but est d'étendre le pouvoir central afin de stabiliser le territoire en s'immisçant jusque dans les relations privées. Nous vérifierons cela dans les lignes qui suivent.

- **La législation: source privilégiée pour imposer la paix de l'État français**

La compréhension du travail législatif des rois depuis le 13e siècle pourrait être assez délicate. De nombreux auteurs, en effet, utilisent les termes de *législation* ou de *loi* sans préciser se qu'ils entendent par ces vocables. Il serait trop long ici de séparer systématiquement les textes législatifs des décisions administratives ou judiciaires. Les commentaires des divers auteurs seront donc utilisés en conservant leur terminologie mais, en gardant à l'esprit les nuances expliquées plus haut à quelques occasions. Les distinctions seront reprises dans les Parties II et III lors de l'analyse de l'impact de la science sur le droit.

Selon la tradition franque, le pouvoir de légiférer tout comme celui de rendre justice aurait été la prérogative du roi[189]. Il aurait été par ailleurs, selon une majorité d'auteurs, lié par ses lois. « Les actes de la législation royale sont innombrables; nous ne les possédons pas tous. Bien que limités par l'existence des coutumes et le fait que certaines matières étaient réglées par le droit canonique, l'activité législative des rois s'étendait, à l'occasion, à tous les domaines du droit. Un grand nombre d'édits ou d'ordonnances avaient uniquement pour objet le droit public ou administratif: rapports des autorités temporelle et spirituelle, discipline de l'Église, ordre public, hiérarchie administrative, domanialité et comptabilité publique, justice, monnaie, armée, etc. (...) »[190]. Parmi les actes de législation, J. Declareuil en décrit trois types: « 1° les *ordonnances*, actes d'intérêt général, (...); 2° les *édits*, bornés à un seul objet ou ne contenant que des dispositions temporaires ou particulières à certaines catégories de personnes ou à certaines provinces; 3° les *déclarations*, destinées surtout à interpréter des ordonnances ou des édits antérieurs ou à poser des principes généraux ne

189 *Ibid.*, p. 798.
190 *Ibid.*, p. 816.

comportant pas de sanction immédiates. (...) Les ordonnances et les édits étaient expédiés dans la forme des grandes *Lettres patentes* (...). »[191] La lecture d'un article d'André Gouron, nous incite à nuancer une vision aussi tranchée lorsqu'il s'agit des textes médiévaux. À la recherche d'une définition de l'ordonnance, André Gouron écrit:

> « Indiscutablement, la distinction opérée depuis le XVIII[e] siècle entre ordonnances, édits et déclarations royales n'apporte aucune aide. À suivre cette distinction, les ordonnances seraient de longs textes regroupant des dispositions portant sur des sujets très divers, ou encore sur un thème traité à fond, par exemple sur la procédure civile. Étant donné que les décisions prises sous cette forme ont été très rares avant l'ère moderne, et plus précisément avant l'ordonnance de Villers-Cotterets (1539), l'essentiel de la législation médiévale échappe à cette définition »[192].

Néanmoins, dès le 13[e] siècle, l'activité législative des rois est surtout mise en évidence par ce qu'on appelait des ordonnances. Ce sont ces textes qui auraient le plus affecté le visage du droit Français[193]. Vigié, dans une importante étude de l'édiction des ordonnances depuis leurs débuts, écrit:

> « Les Ordonnances se rencontrent, à partir du XIII[e] siècle, mais leur caractère ne fut pas le même à toutes les époques: au début, la royauté, dont les pouvoirs et l'autorité étaient peu étendus, ne pouvait émettre, sur un sujet d'intérêt général, une ordonnance ou établissement, qu'à la double condition d'en limiter la force exécutoire au domaine royal, et d'avoir l'assentiment des grands vassaux de ce territoire; puis avec la réunion des grands fiefs à la couronne, avec l'affermissement des pouvoirs et de l'autorité du roi, les Ordonnances s'étendirent à la France entière. Les unes prescrivaient des mesures de

---

[191] *Ibid.*, pp. 801-803; Isabelle HUARD, « L'édit: un héritage du droit romain », (15 mars 2002) 34:5 *Le Journal du Barreau* 22.

[192] A. GOURON, « Les ordonnances royales dans la France médiévale », 2000, p. 83, précité note 184.

police; d'autres avaient pour objet l'administration de la justice, la discipline ecclésiastique, les finances, l'organisation militaire, l'organisation des juridictions royales; quelques unes réglementaient des points particuliers de la législation civile »[194].

Cette utilisation des ordonnances, décrite par Vigié, peut être illustrée avec quelques exemples rapides. Ainsi, « l'ordonnance de Philippe Auguste de 1214, disposait de la fixation du douaire coutumier de la femme à la moitié des biens immeubles possédés par le mari au jour de la célébration du mariage »[195]. L'ordonnance de Charles IV (1324) « décida que les frais du procès seraient à la charge de la partie qui succomberait »[196]. L'*Ordonnance cabochienne* (15 mai 1413) traitait du Domaine, aides, Chambre des Comptes, Parlement, juridictions inférieures, Chancellerie, eaux et forêts, droit seigneuriaux, armée; l'*Ordonnance de Montils-les-Tours* (avril 1453) ordonnait la rédaction des coutumes, mais surtout réorganisait les juridictions royales et la procédure.

Aux 16e et 17e siècles avec la rédaction des coutumes, on prend conscience des disparités du droit privé à travers le royaume, si bien qu'« à défaut de coutume générale unique, on s'essaye à unifier sur des questions spéciales ou de détail. Il n'y a plus guère d'ordonnances qui n'aient quelques dispositions en ce sens »[197]. L'*Ordonnance de Villers-Cotterets* (août 1539)[198]. appelée aussi l'*Ordonnance générale sur la justice* était connue pour avoir mis fin à la compétence coutumière de l'Église à l'égard des laïcs et pour avoir imposé la langue française

---

193 voir à ce sujet J. DECLAREUIL, *Histoire générale du droit français*, 1925, pp. 817-825, précité note 79; A. VIGIÉ, « De la nécessité d'une Édition du Code civil au point de vue historique », dans: SOCIÉTÉ D'ÉTUDES LÉGISLATIVE, *Le Code civil - 1804-1904 - Livre du centenaire*, t. I, Paris: Arthur Rousseau, 1904, 25-43, p. 32.

194 *Ibid.*, pp. 32-33; « À mon avis, le tournant, dans l'histoire du pouvoir normatif, s'est produit lorsque le roi est devenu capable de promulguer des actes qu'il a lui-même qualifiés de législatifs, autrement dit au début du XIIIe siècle (exactement à l'époque, notons-le, où l'entourage royal a commencé à concevoir la territorialité des coutumes, autre pas dans la voie d'une modernisation) [...]. », A. GOURON, « Les ordonnances royales dans la France médiévale », 2000, pp. 84-85, précité note 184.

195 A. VIGIÉ, « De la nécessité d'une Édition du Code civil au point de vue historique », 1904, p. 33 à la note 1, précité note 193.

196 *Ibid.*.

197 J. DECLAREUIL, *Histoire générale du droit français*, 1925, p. 818, précité note 79.

198 Cette ordonnance établit aussi «un système rigoureux et cohérent de procédure criminelle comportant absence de publicité des débats et suppression de la défense, décide sur la forme et les effets des actes notariés, prescrit l'insinuation des donations, esquisse une théorie des dommages-intérêts». *Ibid.*, p. 818.

à tous les actes juridiques[199]. On retrouve aussi dans cette ordonnance bien d'autres stipulations relatives à l'organisation de la justice, à la procédure, aux actes notariés, aux contrats[200]. Les Ordonnances contenaient toutes sortes de dispositions relatives à diverses matières sans grande cohésion d'ensemble. Avec le temps (principalement à partir du 14e siècle), les textes deviennent plus nombreux et aussi plus fournis[201].

Devant l'ampleur du phénomène législatif, les États généraux en 1560 et 1576 ont demandé une compilation des textes. L'*Ordonnance de Blois* (mai 1579) aurait fait écho à ces demandes par la promesse «de commettre certains personnages pour recueillir et arrester lesdites ordonnances, réduire par ordre en un volume celles qui se trouveront utiles et nécessaires et pareillement rédiger, réformer et éclaircir aux mieux qu'il sera possible les constitutions particulières de chaque provinces»[202]. Il faudra attendre Louis XIV pour qu'une mise en ordre de la législation se mette finalement en branle à la suite de la création d'un *Conseil de réforme*. C'est ainsi que furent édictées de grandes ordonnances unificatrices telles: l'*Ordonnance civile touchant la réformation de la justice* (avril 1667), l'*Ordonnance portant règlement sur les eaux et forêts* (1669), l'*Ordonnance criminelle* (août 1670), L'*Ordonnance du commerce* (mars 1673), *etc.*. Il n'est pas certain cependant que cet effort et ceux qui suivirent furent suffisants pour éclaircir et simplifier définitivement le droit français:

> « Sous Louis XV, le chancelier d'Aguesseau continua ces travaux législatifs. Les auteurs du code Napoléon ont mis à profit les ordonnances de 1731 sur les donations, de 1735 sur les testaments, de 1747 sur les substitutions. Il y avait plus de lois locales, sous le nom

---

199 D. GAURIER, « La rédaction des normes juridiques, source de la métamorphose du droit ? Quelques repères historiques pour une réflexion contemporaine », (2001) p. 31, précité note 164.

200 Texte n° 944, dans: ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES, *Ordonnances des rois de France - règne de François Ier*, Tome 9, 3ème Partie, mai-août 1539, Éd. du CNRS, 1983, pp. 550-628.

201 « En terme de fréquence, les ordonnances restent des décisions relativement rares jusqu'au milieu du XIIIe siècle. En revanche, sous le règne personnel de Louix IX (1254-1270), le rythme moyen de la production législative s'élève brusquement pour atteindre le triple de ce qu'il était de 1223 à 1253. Et cette évolution se confirme par la suite: la législation de Philippe le Bel, qui s'étend sur trente ans, occupe un volume double de celui que représentait l'ensemble des ordonnances de Louix IX. [...] À partir du mulei du XIVe siècle, les textes s'allongent. [...] Mais c'est au XVe siècle que l'on rencontre les pièces de plus grande taille. », A. GOURON, « Les ordonnances royales dans la France médiévale », 2000, pp. 86-87, précité note 184.

202 *Ordonnance*, Blois, mai 1579, art. 207.

> d'*arrêts de règlements*; les parlements s'étaient arrogés le pouvoir de porter de véritables lois, en statuant par voie de décision générale et réglementaire; ils envoyaient ces arrêts aux tribunaux de leur ressort, lesquels étaient tenus de les appliquer. Il est vrai que les arrêts de règlements étaient rendus *sous le bon plaisir du roi*, qui pouvait toujours les casser[203]. Tout était confusion dans l'ancien régime: les parlements faisaient des lois et ils entravaient le pouvoir législatif du roi »[204].

Cela pourrait illustrer, néanmoins, l'ascendant hiérarchique historique des lois sur les décisions judiciaires. Les fondements substantiels du droit français auraient ainsi été imposés par les rois successifs, de façon de plus en plus profonde, jusque dans les relations privées. L'importance du travail législatif peut être expliquée par la présence des disparités culturelles et juridiques entre les provinces. Toutefois, « même sur l'interprétation des ordonnances de Louis XIV, la jurisprudence varia assez pour qu'on écrivit sur celle de tel ou tel Parlement »[205]. Il serait prudent de ne pas exagérer l'omniprésence de la législation royale. Rappelons que la majorité du droit privé était fondé sur la coutume[206]. L'impact de ces ordonnances pourrait donc, lui aussi, être nuancé. M. Regnault écrivait à ce sujet: « Mais je ne vous apprendrai rien en vous disant que, même quant toutes les conditions sont ainsi réunies, il s'en faut et de beaucoup que les textes

---

203 Jean-Marie PARDESSUS, *Essai historique sur l'organisation judiciaire et l'administration de la justice depuis Hugues Capet jusqu'à Louis XII*, Paris: A. Durand, 1851, p. 195 et ss..

204 F. LAURENT, *Principes de droit civil*, 1887, pp. 14-15, précité note 63.

205 Sic *L'ordonnance de 1667 mise en pratique conformément à la jurisprudence du Parlement de Toulouse*, Dôle, 1759, cité dans: J. DECLAREUIL, *Histoire générale du droit français*, 1925, p. 825, précité note 79.

206 Pierre P. N. Henrion de Pansey écrivait en 1827 que jusqu'à la fin du 14e siècle, « dans l'état où étoit alors notre législation, il étoit presque impossible que le parlement commît des erreurs de droit, c'est-à-dire qu'il rendît des jugements contraire aux lois de l'État. En effet, les lois saliques et ripuaires, les capitulaires, en un mot tous les actes législatifs des deux premières races étoient, depuis longtemps, sans autorité: à peine en restoit-il un léger souvenir. [...]; et même encore, vers la fin du quinzième siècle, le code des François, si l'on en retranche les Établissements, qui n'eurent jamais force de loi que dans les domaines patrimoniaux de saint Louis, les chartes de communes et de bougeoisies, les privilèges accordés aux villes et aux abbayes, les lettres portant établissements de foires et marchés, et les statuts pour les communauté d'arts et métiers, le code des François, disons-nous, se réduisoit à quelques ordonnances relatives à la police, aux monnoies, à l'usure, à la manutention des forêts, à l'administration des domaines de la couronne, à la perception des droits d'amortissement et de franc-fief, à la répartition des aides et subsides accordés par les états-généraux, à l'organisation du parlement, à celle de quelques tribunaux inférieurs, aux fonctions des avocats, au nombre des officiers ministériels, et à différents points de procédure; mais point de loi générale ni sur les successions, ni sur les testaments, ni sur les donations, ni sur les substitutions, ni sur la communauté entre époux, ni sur les droits des femmes mariées, ni sur le régime féodal. Sur tous ces points, les cours de justice n'avoient d'autres régulateurs que les principes du droit romain, des souvenirs, et leur propre jurisprudence. Dans toutes les affaires, les parties alléguoient respectivement l'usage du pays, et, pour constater cet usage, les juges ordonnoient *des enquêtes*. », P. P. N. HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, 1827, pp. 190-193, précité note 177.

législatifs royaux soient toujours observés »[207]. M. Regnault ne semble pas faire référence ici à l'indiscipline des sujets du roi, mais au monde juridique, car les moyens décrits pour contrer l'inobservation des textes législatifs sont les « déclarations des arrêts de règlement » et « la procédure de cassation », soit deux méthodes s'adressant essentiellement aux juristes. Ainsi, jusqu'à la fin de l'ancien régime, la législation du roi n'aurait pas été la seule source de droit.

Si les lois du roi n'ont pas été la source unique du développement de l'État français, il n'en demeure pas moins que l'aspect législatif semble beaucoup plus présent en France qu'en Angleterre. En effet, les développements de l'administration royale et des cours de justice se seraient effectués au moyen de lettres et d'ordonnances royales. Certains de ces actes peuvent être assimilés à de véritables lois. Cependant, le fond juridique des relations privées qui représente un gros morceau du droit de l'ancien régime ne serait encore que peu affecté par les lois[208].

Comment expliquer la forte propension de la législation en France et dans les systèmes juridiques romano-germaniques ? Nous avançons que l'autonomie des seigneurs féodaux aurait obligé le déploiement du pouvoir monarchique en profondeur afin de rétablir la stabilité sociale. La loi est un outil à double tranchant lorsqu'elle est employée par le roi. En effet, elle lui permet d'imposer sa vision de l'organisation, mais elle limite aussi considérablement la discrétion, si ce n'est l'arbitraire, de l'administration. Avec une loi, le roi et l'administration royale sont beaucoup moins libres dans leurs décisions. Il est donc raisonnable d'envisager le fait qu'à mesure qu'aurait crû l'administration royale, les lois seraient devenues de plus en plus populaires. En présence d'une loi, les puissants seigneurs se seraient senti ainsi moins menacés par l'arbitraire d'une administration royale. Fondamentalement, la formation des lois peut donc être expliquée comme une

---

[207] M. REGNAULT, *Histoire du Droit Public*, 1931-1932, p. 296, précité note 93.

[208] « Le cœur du corpus législatif médiéval, en France, est consacré aux différents aspects du droit public, ou plus exactement à ce que la société médiévale considérait comme institutionnel, c'est-à-dire un ensemble incluant le droit pénal et la procédure. Les objets principaux en sont l'administration, la justice, l'armée et la guerre, les impôts, le monnayage et le domaine royal. », A. GOURON, « Les ordonnances royales dans la France médiévale », 2000, pp. 89-90, précité note 184.

conséquence du développement de la monarchie, puis de l'État[209]. Elles seraient ainsi nécessaires à l'instauration d'une paix durable et justifieraient par la même occasion la présence de l'État.

En terminant, après avoir survolé la place des tribunaux puis celle de la législation dans l'État français, nous concluons que le travail législatif aurait été une forme juridique privilégiée par l'État afin d'assurer son hégémonie et cimenter la paix. Ce fut un travail de longue haleine laissant vraisemblablement de côté les relations privées pendant des décennies. Finalement, la rédaction des coutumes indique que le droit privé devait finir, lui aussi, par être légiféré. Ce qui pourrait paraître être une évolution naturelle du droit de l'État semble plutôt être, en réalité, une évolution propre aux circonstances particulières de la féodalité française. En effet, la situation sociale anglaise étant différente, l'État anglais a trouvé d'autres stratégies pour s'implanter et instaurer par l'intermédiaire du droit une stabilité dans les relations privées.

b) Le droit privé anglais a principalement été modelé par les tribunaux de l'État

Nous avons été portés à conclure, après un survol de la relation entre l'émergence de l'État et le droit français, que la première et principale fonction de l'État semble avoir été d'établir la paix sociale. À cet égard, le droit en général et en particulier la législation semblait être le fer de lance de l'action étatique[210]. En reprenant la même méthode que celle employée pour le droit français, la formation du droit anglais par l'État sera examinée à travers l'émergence des trois grandes sources de règles: la *common law*, l'*equity* et le *statute law*. Il ne s'agira pas d'étudier la teneur des règles, mais de comprendre, de façon générale, par quelles institutions elles ont été mises en valeur.

---

209 « L'État moderne est un *État de droit*. Cette formule signifie d'une part que l'action de l'État est soumise à des règles constantes et sûres, et d'autres part que les individus peuvent exiger le respect de ces règles en faisant valoir devant des juges indépendants les droits qu'elle confèrent à l'encontre de l'État. », J. DONNEDIEU DE VABRES, *L'État*, 1957, p. 12, précité note 45.

210 « *In the beginnings of law the idea is simply to keep the peace.* », Roscoe POUND, « The end of Law as Developped in Legal Rules and Doctrines », (1914) 27:3 *Harvard Law Review* 195-234, p. 198.

- La *common law*, expression du droit privé par les tribunaux de l'État

Au 10e siècle, l'invasion de la "Bretagne" par les Angles, les Saxons et les Jutes venus du nord-est de l'Europe ne laissa presque rien des barbares autochtones (Bretons) et de l'influence romaine[211]. Ils gardèrent leur droit coutumier qui se développa avec le temps. Les invasions danoises des 9e et 11e siècles ne semblèrent pas avoir bouleversé ce droit coutumier. Au contraire, les Danois conservèrent le droit saxon, moyennant des modifications mineures. En fait, le droit saxon ne paraît pas avoir une existence propre: « il n'y a pas de droit anglo-saxon, mais des traditions propres à chaque race et qui deviennent, lorsque ces races se sont établies en Kent, par exemple, ou ailleurs, les lois locales du pays de Kent ou de tout autre. Si certaines coutumes sont plus importantes, aucune cependant n'est la « coutume générale du royaume ». (...) Les soi-disant codes anglo-saxons sont des compilations privées où se trouvent réunies pêle-mêle les dispositions les plus diverses »[212].

En 1066, Guillaume le Conquérant, duc de Normandie, continua dans la tradition et conserva le droit coutumier anglais tel qu'il était. Guillaume se « présenta toujours comme le successeur légitime d'Edouard le confesseur ». Un de ses « premiers actes fut de garantir à ses nouveaux sujets leurs lois antérieures »[213]. La conquête normande apporta avec elle, cependant, la féodalité qui, bien qu'elle ne sembla pas avoir été intégrée en profondeur dans la société, influença considérablement le développement du droit anglais[214]. La conquête normande marque un tournant dans l'histoire du droit anglais et est souvent considérée

---

[211] R. DAVID, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, 1948, p. 16, précité note 15; D. FRISON, *Introduction au droit anglais et aux institutions britanniques*, 1989, p. 48, précité note 14; G. CROSS et G.D.G. HALL, *The English legal system*, 1964, p. 1, précité note 125; Il existe toutefois une controverse à ce sujet. Certains sont d'avis que les coutumes bretonnes ont eu une influence sur la propriété foncière: Dudley-Julius MEDLEY, *English Constitutional History*, 5e ed., Oxford: B.H. Blackwell, 1913, pp. 6-9 et 11-15; voir aussi M. ANCEL, *La "Common Law" d'Angleterre*, 1927, p. 35, précité note 126.

[212] M. ANCEL, *ibid.*, pp. 36-37.

[213] *Ibid.*, p. 43; « Au moment de la conquête en 1066, il n'y avait pas de droit commun à toute l'Angleterre; les cours appliquaient le droit propre leur localité; il n'y avait ni système de droit national, ni système d'administration nationale du droit. Les particuliers saisissaient la cour de leur localité pour régler leurs différends. La conquête ne changea rien à cette situation et les cours locales continuèrent à rendre justice selon les règles applicables du lieu. », Henri PALLARD, « La common law et ses institutions 1066-1875 », 1997, pp. 1-2, précité note 123; G. CROSS et G.D.G. HALL, *The English legal system*, 1964, p. 13, précité note 125.

[214] Harold POTTER, *A Short Outline of English Legal History*, 4th edition, London, Sweet & Maxwell, 1945, p. 7.

comme le début d'une ère nouvelle jusqu'à la modernité: « *The Norman Conquest is a catastrophe which determined the whole future of English Law* »[215]. Au début du 11e siècle, la féodalité française est souvent caractérisée par une autonomie seigneuriale aussi forte et indépendante que celle du roi. Afin d'éviter, comme en France, le morcellement du royaume et la contestation du pouvoir central par les barons normands, Guillaume le Conquérant empêche l'application de la féodalité en profondeur[216]. Ce faisant, il aurait facilité une gestion centralisée et non contestée[217]. Si bien que le pays n'aurait pas besoin d'une lourde administration royale pour assurer l'application des décisions et des programmes du roi[218]. L'État anglais serait donc moins présent sauf, peut-être, dans l'organisation de la justice (forcée par les conflits politiques entre les barons)[219]. Dans ce contexte, on peut comprendre que le droit anglais ait pu s'articuler principalement autour de la fonction judiciaire. De plus, un État perçu comme le stabilisateur des conflits sociaux, devrait vraisemblablement, comme en France, jouer un rôle central.

Toutefois, nous avons vu que la source du droit, malgré la conquête normande, était demeurée, en grande partie, celle de la coutume saxonne telle qu'interprétée par les tribunaux. Contrairement à la France, l'État anglais ne se serait pas arrogé, bien au contraire, l'exclusivité de la compétence dans le domaine législatif[220]. L'action de l'État se serait plutôt développée à partir

---

215 POLLOCK & MAITLAND, I, Chap. II, cités dans: H. POTTER, *ibid.*.

216 Voir Chapitre I, A (1).

217 «[...] [A]*ll the more important branches of the administration of justice were drawn gradually but firmly into the hand of the royal authority. This centralisation of judicial power resulted in the growth of a Common Law. Accident made it necessary to supplement the Common Law with the newer system of Equity, but this too was under the supervision of the King and his Council in its earlier days. It was part of King's Justice. Without a strong central government this unification of all law into one common system would have been impossible, and the country would have been divided into a number of areas each possessing its own customs, as was the fate of Continental countries.* », H. POTTER, *A short outline of english legal history*, 1945, p. 8, précité note 214.

218 Nous rejoignons en se sens B. BADIE, «L'État moderne: le point de vue du politicologue», 1990, précité note 115.

219 Les normands imposent aussi d'autres changements draconiens: «*(i) the introduction of the official Latin and the official and popular hybrid tongue as Norman-French or Anglo-Norman; (ii) the creation of separate Ecclesiastical Court; and (iii) the enforcement of a general principle of landholding from an overlord or the King coupled with seigneurial justice, which is perhaps the hall-mark of feudalism*». H. POTTER, *A short outline of english legal history*, 1945, p. 8, précité note 214.

220 «La loi écrite (Statute Law) ne joue pas le même rôle en Angleterre qu'en France, et elle n'y est pas considérée de la même manière. La loi écrite n'a en Angleterre qu'un rôle secondaire. Elle sert plutôt à corriger le droit qu'à le formuler ou à le créer, et c'est seulement depuis quelques dizaines d'années qu'un rôle différent, plus conforme aux conceptions françaises, lui est reconnu et que la loi écrite apporte dans le droit anglais des principes féconds nouveaux». R. DAVID, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, 1948, p. 95, précité note 15.

d'autres outils tels que le travail des tribunaux[221]. En Angleterre, depuis la fin du Moyen Âge, l'État aurait accompli son rôle de stabilisateur principalement par le biais de l'organisation judiciaire[222].

À présent, voyons plus en détail la façon dont le système judiciaire a pu évoluer en Angleterre. Les rois successifs n'ont que très peu touché au fond du droit mais, en revanche, ils ont considérablement développé l'administration de la justice en la centralisant[223]. Harold Potter compte à travers l'histoire quatre principaux types de tribunaux: communautaire ou coutumier (*Communal or Customary*), seigneurial ou féodal (*Seignorial or Feudal*), ecclésiastique (*Ecclesiastical*) et royal (*Royal Courts*)[224]. Le groupe le plus ancien datant des saxons est le tribunal communautaire dans lequel on inclut hiérarchiquement: les cours de canton (*township*)[225], les cours de centaine (*hundred*) et les cours de comté (*Shire* devenu *County* sous les normands[226]). La conquête a ajouté les trois autres groupes bien que, sous les Normands, seules les cours ecclésiastiques furent comparables aux cours communales. C'est par l'intermédiaire de *statutes* que les rois ont changé le visage du droit judiciaire. Le *Statute of Marlborough* (1267) libéra les citoyens de la participation obligatoire au jury des cours seigneuriales. Le *Statute of Gloucester* (1278) conduisit à imposer une limite maximale de quarante Shilling pour la juridiction des cours locales. Édouard 1[er] édicta aussi le *Statute of Westminster* (1285), en vertu duquel il devait être désigné deux juges assermentés qui devait présider «à toutes les assises de mort d'ancester, de novel disseisin et aux assises criminelles»[227], à raison de trois séances par an (juillet,

---

[221]«La source essentielle du droit anglais est la jurisprudence. Le droit anglais est constitué essentiellement par les règles de droit que les juridictions anglaises ont dégagées dans leurs décisions au cours des âges, à l'occasion de litiges entre particuliers. Les juges, en Angleterre, doivent suivre les précédents judiciaires. », *ibid.*, p. 95.

[222]Voir H. POTTER, *A short outline of english legal history*, 1945, précité note 214.

[223] « La centralisation est le signe distinctif de l'organisation féodale mise en œuvre par Guillaume et ses successeurs. L'agent principal de ce pouvoir central royal sera le *sheriff* (le *shire-reeve*, c'est-à-dire la tête, le chef, le responsable, du *shire*, du district/comté) », H.A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Introduction à l'esprit et à l'histoire du droit anglais*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977, p. 36.

[224]H. POTTER, *A short outline of english legal history*, 1945, p. 44, précité note 214; voir aussi ; Henri PALLARD, « La common law et ses institutions 1066-1875 », 1997, pp. 16-19, précité note 123.

[225] Selon Cross et Hall les cantons étaient, vraissemblablement, trop petits pour y tenir une cour de justice: « *The township indeed was, it seems, too small a unit to have a law court of its own, but once a month a court was held in each hundred and tow or three times a year a court of shire assembled* ». G. CROSS et G.D.G. HALL, *The English legal system*, 1964, p. 3, précité note 125.

[226]H. POTTER, *A short outline of english legal history*, 1945, p. 44, précité note 214.

[227]W. STUBBS, *Histoire constitutionnelle de l'Angleterre*, Tome 2, p. 327, précité note 121.

septembre et janvier). Pour d'autres raisons, ce document est considéré «capital dans l'histoire du *common law*». En effet, il « concilie les intérêts du roi avec ceux des barons en imposant le *statu quo*: le Chancelier ne peut créer de nouveaux *writs*, mais il peut délivrer des *writs* dans des cas similaires (*in consimili casu*) »[228]. La conséquence de ces interventions fut d'augmenter l'importance des cours royales aux dépens des autres cours (communales et seigneuriales)[229]. La plus remarquable, celle qui aurait assuré le «triomphe définitif» de la «justice royale» fut la création des juges voyageurs: « C'est Henri II qui par l'Assise de Clarendon (1166), créa, de façon durable et régularisa les « circuits » des juges royaux; ceux-ci allèrent alors périodiquement rendre la justice dans les vieux tribunaux locaux, qu'ils présidaient au cours de leurs tournées. Ils achevèrent de ruiner l'importance de ces tribunaux, en même temps qu'ils apprenaient à connaître les coutumes locales; ces coutumes, ils les fondaient peu à peu dans un droit unique, unifié, qu'ils répandaient dans tout le pays »[230].

Les cours royales ont été créées à partir de la *Curia Regis* normande dont la fonction était d'imposer la paix du roi et de régler les conflits qui impliquaient la couronne[231]. De façon résiduaire, elles rendaient la justice lorsque les autres cours refusaient de siéger. C'est ainsi qu'on voit apparaître le *Writ of Right Patent* ordonnant au seigneur local (*Lord of the Manor*) de rendre la justice à défaut de quoi, le roi la rendrait à sa place[232]. « Le système des *writs* date du 12e siècle, surtout du règne d'Henri II (1154-1189). Si à l'origine les *writs* étaient adaptés à chaque cas, ils deviennent rapidement des formules stéréotypées que le Chancelier délivre moyennant finance, sans examen approfondi préalable (de cursu); il y trouve surtout le moyen d'attirer le plus grand nombre de litiges devant les juridictions royales. Les seigneurs féodaux essaient bien de lutter contre le développement des writs; par la Grande Charte (Magna Carta) de 1215, ils

---

228 J. GILISSEN, *Introduction historique au droit*, 1979, p. 187, précité note 66.

229 «The Royal Courts have ultimately usurped all other forms of administration of justice, but they originated in one Court limited as to time and place, though with a jurisdiction within those limits as wide as the other Courts». H. POTTER, *A short outline of english legal history*, 1945, p. 50, précité note 214. Henri PALLARD, « La common law et ses institutions 1066-1875 », 1997, p. 12, précité note 123.

230 M. ANCEL, La "*Common Law*" d'Angleterre, 1927, pp. 49-50, précité note 126.

231 À l'origine, la *Curia Regis* était un noyaux d'administrateurs qui avaient la confiance de Guillaume le conquérant. Voir: G. CROSS et G.D.G. HALL, *The English legal system*, 1964, pp. 14-15, précité note 125; Henri PALLARD, « La common law et ses institutions 1066-1875 », 1997, pp. 11-12, précité note 123.

232 H. POTTER, *A short outline of english legal history*, 1945, p. 50, précité note 214.

parviennent à mettre un frein aux empiétements des juridictions royales sur celle des barons ou grand vassaux (...) »[233]. Avec le temps, les cours royales se diversifièrent et l'administration de la justice royale se complexifia: « (l)es différentes juridictions royales, - Échiquier, Plaids communs, Banc du Roi, Parlement - étaient toutes issues de la Curia Regis, dont toutes elles avaient d'abord été un simple aspect, avant de s'émanciper et acquérir leur autonomie »[234]. On voit apparaître de nombreuses *catégories de juridiction* dont voici une liste qui illustre bien l'ampleur du développement de l'administration de la justice: les *Palatine Courts* comprennent la Cour de *Chester* (11e siècle), la Cour de *Durham* (13e siècle), la Cour de *Lancaster* (1351); les *Conciliar Courts* comprennent le *Parliament House of Lords*, les *Courts of Admiralty* (1340), la *Hight Court of Chancery* (14e siècle), le *Council of the Marches of wales* (Henry VII), les *Courts of requests* (1493), le *Council of the North* (1537), le *Council of the West* (1540), le *King's Council* (*Star Chamber* - 15e siècle); les *Common Law Courts* comprennent les *Itinerant Justices or Courts of Assize* (créée par Guillaume le conquérant cette Cour s'est vue subdivisée en cinq sections aux 12e et 13e siècles), *Common Pleas* (12e siècle), *King's Bench* (13e siècle), *Court of Exchequer* (Henry I); les *Statutory Courts* sont constituées des *Justices of the Peace* (1195), la *Court of Wards and Liveries* (Henry VIII), la *High Commission* (Elizabeth)[235]. Notons en passant, qu'en moins de 50 ans, le 19e siècle, de 1830 à la réforme de 1875, a vu apparaître presque la moitié des tribunaux des 8 siècles précédents[236].

Si les divers tribunaux sont initialement l'œuvre du roi, comme nous avons pu le voir[237], celui-ci s'en détache peu à peu à mesure que leur nombre grossit[238]. Par

---

233 J. GILISSEN, *Introduction historique au droit*, 1979, pp. 186-187, précité note 66; voir aussi: O. HOOD PHILLIPS et A.H. HUDSON, *O. Hood Phillips' First Book of English Law*, 1948/1988, pp. 10-11, précité note 14; F.W MAITLAND, *Equity - Also the forme of action at common law, Tow courses of Lectures*, Cambridge: University Press, 1932, pp. 2-3; Henri PALLARD, « La common law et ses institutions 1066-1875 », 1997, pp. 12-15, précité note 123.

234R. DAVID, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, 1948, pp. 177-178, précité note 15; J. GILISSEN, *Introduction historique au droit*, 1979, p. 186, précité note 66; M. ANCEL, La "*Common Law*" d'Angleterre, 1927, pp 48-49, précité note 126.

235Voir le tableau récapitulatif en préface de H. POTTER, *A short outline of english legal history*, 1945, précité note 214.

236Nous avons compté la création de 27 instances du 11e au 19e siècle et de 12 instances au 19e siècle avant la Réforme de 1875 créant la *Supreme Court of Judicature*.

237Voir Chapitre I, A..

238«La common law est considérée par les juristes anglais comme un produit dû à l'alliance des juges et du Parlement contre le pouvoir arbitraire de la royauté». R. DAVID, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, 1948, p. 103, précité note 15.

exemple, la Cour du Banc du Roi est la dernière sous-section de la *Curia Regis*. Le roi n'a plus siégé à cette Cour après Henry IV:

> « *A Chief Justice was appointed as early as 1268, but until the end of the fourteenth century the Court maintained a close connection with both the King and the Council. Though the Court remained Coram rege ipso till the end, and much of its juridiction was due to this fact, it is doubtful whether any King after Henry IV sat in it as Judge; and as in the Curia Regis, so in the King's Bench, probably the Judges made the decision and not the King, even if he were present* »[239].

Bien que nous ne soyons pas entrés dans le détail de la jurisprudence des Cours royales - devenues Cours de l'État -, nous pouvons soupçonner une forte influence sur la teneur du droit privé. Ce sont ces tribunaux qui, monopolisant l'espace judiciaire, développèrent la *common law*. Celle-ci est ainsi devenue, avec le temps, la source principale du droit anglais donc, source de stabilité. Sans entrer dans la teneur des règles, notons ici que la stabilité apportée par la *common law* a été renforcée vers le 17e siècle[240] par l'avènement du *precedent*. Le précédent est une fiction du droit anglais. Selon John-Antony Jolowicz, il impose aux juges ayant statué sur des circonstances litigieuses similaires les préceptes juridiques émis dans les jugements antérieurs[241]. Le droit judiciaire étant presque autonome, la communauté juridique a éprouvé le besoin de cimenter son droit selon des règles uniformément appliquées. Le précédent a donc joué en Angleterre un rôle de régulateur ressemblant à celui que la loi a joué en France[242]. L'importance du précédent dans l'évolution du droit anglais sera traité plus en détails dans la troisième partie.

Si la *common law* est devenu la source principale du droit anglais, il ne faut pas ignorer, cependant, les deux autres sources de droit (*equity* et *statute law*) qui ont

---

[239] H. POTTER, *A short outline of english legal history*, 1945, p. 63-64, précité note 214.
[240] M. ANCEL, *La "Common Law" d'Angleterre*, 1927, p. 81, précité note 126.
[241] J.-A. JOLOWICZ, « La jurisprudence en droit anglais: aperçu sur la règle du précédent », (1985), pp. 106-107, précité note 11.
[242] A.L. GOODHART, « Precedent in English and Continental Law », (1934) 50 *The Law Quarterly Review* 40-65

pu avoir eu, elles aussi à leur manière, un rôle à jouer dans l'implantation de l'État et de l'équilibre social.

- L'*equity*, source complémentaire de droit issue des tribunaux de l'État

Parallèlement à la *common law*, l'État a développé une autre source du droit anglais: l'*equity*. Jusqu'à la grande réforme débutée en 1873[243], le roi avait institué, en plus des tribunaux traditionnels, la Cour de la Chancellerie (*Chancery*). Quelque temps avant la réforme, son travail consistait à appliquer un ensemble de règles juridiques (appelées *rules of equity*)[244]. François Olivier-Martin semble expliquer la naissance de l'*equity* par la nécessité que ressent le roi de mettre fin à certaines coutumes mauvaises. Il appuie son argumentation sur le fait que ce phénomène a été présent en France dès 1031 alors que «le roi Henri Ier supprime une coutume injuste qui avait cours à Orléans. Au long du XIIe siècle, l'intervention personnelle du roi condamne à mainte reprise des coutumes mauvaises. Au XIIIe siècle, les décisions de Louis IX en ce sens sont particulièrement nombreuses et significatives; le saint roi n'hésite pas à substituer sa conception élevée de l'équité à une coutume qu'il juge déraisonnable et par là même contraire au bien de tous, dont il est le représentant. Le droit anglais a curieusement systématisé ce point de vue et est arrivé à opposer la loi commune, *common law*, issue de la coutume, à l'équité royale, *equity*, et à organiser des cours distinctes pour appliquer cette double série de règles. En France, cette dualité a été évitée car, dès 1298, le roi, sans renoncer à sa prérogative personnelle, a permis à sa cour

---

[243]«Les lois sur l'Organisation Judiciaire de 1873 et 1875 ont fondu en une seule juridiction "supérieure" (superior court), appelée Cour Suprême de Justice (Supreme Court of Judicature), les anciennes Cours Royales de Westminster (Court of Exchequer, Court of the King's Bench et Court of Common Pleas) qui appliquaient la Common Law, et la Cour de la Chancellerie (Court of Chancery) qui suivait les règles de l'Equity. Supprimée en un premier temps par la loi de 1873, la Chambre des Lords en formation judiciaire fut finalement rétablie par la loi de 1875 pour exercer, dans des cas exceptionnels, un contrôle sur les décisions de la "Supreme Court of Judicature"», D. FRISON, *Introduction au droit anglais et aux institutions britanniques*, 1989, p. 77, précité note 14.

[244]R. DAVID, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, 1948, p. 97, précité note 15; W. H. BRYSON, *Cases Concerning Equity and The Courts of Equity 1550-1660*, Vol. I, London: Selden Society, 2001, p. xviii.

de Parlement d'écarter, sans lui en référer, une coutume qu'elle juge déraisonnable»[245].

Nous pensons que la théorie de François Olivier-Martin ne concorde pas avec la description historique de la naissance de l'*equity*. En effet, Harold Potter explique la naissance de l'*equity* non par une intervention du roi sur la *common law*, mais plutôt par son intervention sur les vides juridiques de la *common law*: « *(T)he origin of the common law Courts was to administer the law while the Chancellor inherited a jurisdiction to do justice where the law gave none. This came to be recognised by the Judges themselves* »[246]. Cette explication est plus conforme au développement de la procédure judiciaire par l'intermédiaire du roi. Cette interprétation du rôle du roi semble aussi partagée par René David lorsqu'il écrit:

> « Le roi, cependant, s'il n'est pas le juge ordinaire des litiges, peut toujours être saisi comme juge extraordinaire. Il constitue une réserve de justice, à laquelle les particuliers peuvent s'adresser lorsqu'ailleurs ils ne peuvent pas obtenir justice (...). Au lendemain de la conquête normande, aux XIe et XIIe siècles, (...) le roi, et la Curia Regis qui l'entoure et le conseille, n'interviennent que de façon tout à fait exceptionnelle dans les affaires qui ne relèvent pas, par leur nature, de leur compétence normale. L'histoire du développement des juridictions royales et de la Common Law montre comment, d'exceptionnelle, cette juridiction royale, à l'aide de différents procédés est devenue assez rapidement en Angleterre juridiction de droit commun. Sous Edouard Ier, le «Justinien anglais», cette évolution était un fait accompli. Les Cours de Westminster et le Parlement étaient alors les juridictions de droit commun en Angleterre; Cours locales et juridictions seigneuriales avaient perdu leur importance »[247].

---

[245] Fr OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, 1951, p. 113, précité note 14.

[246] H. POTTER, *A short outline of english legal history*, 1945, p. 224-225, précité note 214; voir aussi , D. FRISON, *Introduction au droit anglais et aux institutions britanniques*, 1989, pp. 60-64, précité note 14; H. PALLARD, « La common law et ses institutions 1066-1875 », 1997, pp. 30-34, précité note 123.

[247] R. DAVID, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, 1948, p. 177, précité note 15.

Il serait utile de reprendre quelque peu les grandes lignes de l'histoire de l'*equity*. Pour ce faire, nous emprunterons notamment au très clair exposé de F.W. Maitland. L'auteur montre qu'à l'époque d'Edouard 1er (1272-1307), il y avait trois Cours royales: « *the King's Bench, the Common Bench or Court of Common Pleas and the Exchequer* »[248]. Chacune de ces cours avaient sa juridiction, mais avec le temps elles tendirent à agrandir leur domaine d'action, si bien qu'avant la fin du Moyen Âge, un demandeur pouvait choisir indépendamment l'une des trois. Elles auraient été habilitées à appliquer alors plusieurs sources de droit dont la *common law* ainsi que des lois, des coutumes locales ou des prérogatives royales.

À cette époque, l'*equity* n'existait pas encore comme un corps de règles. L'*Exchequer* semblait être, par ailleurs, plus qu'une cour de justice; il semblait faire partie aussi, avec la Chancellerie (*Chancery*), de ce qu'on pourrait appeler le service public du pays: l'*Exchequer* constituait l'administration fiscale alors que la Chancery était le secrétariat. Au dessus de ces deux services figurait le Conseil permanent du Roi. Le Chancelier était le « secrétaire d'État » du roi pour tous les départements; il conservait le grand sceau ainsi que toutes sortes de documents administratifs établis au nom du roi[249]. Il ne semblait pas encore être un juge, mais délivrait les *writs* ou brefs introductifs d'instance[250]. Une personne désireuse d'ester en justice devait obligatoirement obtenir au préalable un *writ* de la chancellerie.

Ces quelques informations nous aident à comprendre la présence d'une chancellerie, mais non son travail de cour de justice.

La Cour de la Chancellerie s'est formée progressivement, un peu comme les autres Cours royales. De façon résiduaire, le roi a conservé une juridiction personnelle selon laquelle il pouvait statuer « selon sa conscience, parfois au nom

---

[248] F.W MAITLAND, *Equity - Also the forme of action at common law, Tow courses of Lectures*, 1932, p. 2, précité note 233; H. PALLARD, « La common law et ses institutions 1066-1875 », 1997, pp. 16-19, précité note 123.

[249] *Ibid.*, p. 3, « *The office of chancellor was founded on the keeping of the great seal, which was the moste important mark of authority in the realm.* [...] *Since 1708 there has been no great seal of England, and no chancellor of England; but the Chancery, and the court of the lord high chancellor of Great Britain, remained purely English institutions.* », J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 2nd ed., London: Butterworths, 1979, p. 85.

[250] J. H. BAKER, *ibid.*, pp. 84-85.

de la "raison", après avoir pris l'avis de son Conseil; il pouvait également déléguer à l'un des membres de son Conseil la fonction d'examiner telle affaire qui lui était déférée et de prendre une décision dans cette affaire. Comme nous l'avons vu, l'un des membres du conseil (le Chancelier agissant à titre de secrétaire[251]) que ses fonctions associaient étroitement, par ailleurs, à l'administration de la justice, était particulièrement désigné pour exercer cette fonction. Homme d'Église, chapelain du roi, on pouvait attendre de lui qu'il tranchât les litiges conformément à une morale supérieure. Le plus souvent aussi, le Chancelier se voyait référer les demandes contre les actes du roi, telles les nombreuses saisies abusives[252]. A partir de Richard II, c'est-à-dire à la fin du XIVe siècle, le Chancelier fut de fait constamment désigné par le Conseil pour étudier les affaires civiles que les particuliers soumettaient à la juridiction extraordinaire du roi. (...) Dans la seconde moitié du XVe siècle, différents événements ou circonstances eurent pour effet de faire du Chancelier, pratiquement, un juge autonome, dont la juridiction menaçait de se développer considérablement au détriment de celle des Cours de common law »[253].

Toutefois jusqu'en 1813, en dépit d'une juridiction élargie, la Cour de chancellerie ne fut composée que de deux juges: le *Lord Chancellor* et le *Master of the Rolls*[254]. Ces deux juges étaient toutefois à la tête d'une centaine de clercs attachés à diverses tâches administratives[255].

L'*equity* semble donc être une source complémentaire de droit issue de certains tribunaux particuliers. Elle répondrait au même objectif de stabilité sociale et se serait développée plus ou moins selon la même logique que la *common law*, soit,

---

[251] George Tucker BISPHAM, *Principles of Equity: a Treatise on the System of Justice Administred in Courts of Chancery*, 3rd ed., Philadelphia: Kay & Brother, 1882, p. 6; J. H. BAKER, *ibid.*, p. 84.

[252] F.W MAITLAND, *Equity - Also the forme of action at common law, Tow courses of Lectures*, 1932, p. 4, précité note 233.

[253] R. DAVID, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, 1948, pp. 178 et 180, précité note 15; « Le chancelier était le secrétaire du roi et agissait probablement à titre de secrétaire du Conseil (*The cancellor was the secretary of the king, and probably acted as the secretary of the council.*) », G. T. BISPHAM, *Principles of Equity: a Treatise on the System of Justice Administred in Courts of Chancery*, 1882, pp. 6, 7 et 10, précité note 251.

[254] Le *Master of the Rolls* aurait été considéré, pendant longtemps, comme l'assistant du Chancellier. Voir: F.W MAITLAND, *Equity - Also the forme of action at common law, Tow courses of Lectures*, 1932, p. 14, précité note 233.

[255] J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 1979, p. 85, précité note 249.

à mesure que les tribunaux de l'État - en l'occurrence la Cour de la Chancellerie - ont pris de l'importance.

Il n'est pas nécessaire de poursuivre plus avant, sachant que la Cour de Chancellerie va finir par être intégrée aux Cours de *common*. Passons plutôt au troisième grand pan du droit anglais: le *statute law*.

- Le *statute law*: une troisième source complémentaire de droit

Après la *common law* et l'*equity*, reste une troisième source de droit qu'est le *statute law*. Ici encore, il sera traité brièvement du rôle du *statute law* en commençant par débroussailler, à l'aide de René David, quelques termes du droit anglais, afin d'y voir plus clair dans le déroulement de l'analyse: « La loi, en Angleterre, est de façon ordinaire désignée par le mot « Act », qui est un abrégé de l'expression « Act of Parliament ». Le mot « Statute » est plus compréhensif que le mot « Act »: il peut servir à désigner soit un Act of Parliament, soit une loi ancienne antérieure à l'activité du Parlement (Statute of Merton, Statute of westminster). L'expression « *statute law* », on le sait embrasse d'autre part, non seulement la législation proprement dite, mais également tous les actes du pouvoir réglementaire (Orders, Regulations, etc...), bien que le mot « Statute » ne soit jamais en fait employé pour désigner l'un de ces actes en particulier »[256]. Pour les fins de cette thèse, l'expression de *statute law* fera référence à la législation c'est-à-dire, l'ensemble des *Statutes* et *Acts*.

Les *statutes* étaient des instruments privilégiés par les rois anglais pour mettre en place les tribunaux royaux et imposer leur justice. Pourtant, encore au 20e siècle, quoiqu'avec moins d'autorité, « toute loi est par sa nature une disposition d'exception, aux yeux du juriste anglais; c'est une exception apportée à la *common law*, corps de droit non écrit »[257]. René David s'exprimait ainsi en 1948 lorsqu'il parlait du droit privé d'Angleterre. Nous avons vu que, dès le 11e siècle, la *common law* était née originellement, de l'interprétation de la coutume par les tribunaux. Ceux-ci auraient donc depuis toujours eu le premier rôle dans la

---

[256]R. DAVID, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, 1948, p. 240, précité note 15.

création du droit privé anglais. Il est possible de penser que l'interférence (depuis la conquête) d'une législation royale en droit privé ne soit pas la bienvenue au sein du corps judiciaire et reçoive de ce fait, une interprétation restrictive. Lorsque le parlement prend définitivement la place du roi en tant qu'organe législatif[258], il est trop tard; la méthode d'interprétation « restrictive » semble implantée depuis plusieurs centaines d'années[259]. En fait, plus qu'une méthode restrictive, il s'agit d'une méthode cherchant « l'harmonie » avec les règles de la *common law*[260]. La célèbre décision de la Cour de l'Échiquier (*Exchequer*), *Heydon's Case*[261], montre à quel point la *common law* est la référence et le *statute law* l'exception. Dans cette affaire, les Barons s'exprimèrent dans les termes suivants: « *That for the sure and true interpretation of all statutes in general (be they penal or beneficial, restrictive or enlarging of the common law), four things are to be discerned and considered: (1) What was the common law before the making of the Act (2) What was the meschief and defect for which the common law did not provide (3) What remedy the Parliament hath resolved and appointed to cure the disease of the commonwealth (4) The true reason of the remedy* »[262]. La Cour laisse entendre que les *statutes* n'existeraient que pour compléter les vides de la *common law* et qu'il faudrait les interpréter en partant de cette prémisse.

Confronté à cette méthode interprétative, nous pensons que le parlement aurait eu tendance à édicter des lois les plus précises possibles, renforçant ainsi leur caractère d'exception[263]. Encore en 1947, Lord Thankerton affirmait: « *The*

---

257 *Ibid.*, p. 108.

258 « *Law reform by legislature was rare and clumsy until the time of Henry VIII and Thomas Cromwell.* », W. H. BRYSON, *Cases Concerning Equity and The Courts of Equity 1550-1660*, Vol. I, 2001, p. xx, précité note 244.

259 « *From the middle of the fourteenth century the common law courts began to develop a technique for the objective interpretation of statute. The reason for this change was the growth of Parliament as the law-making body, of wich the judges were not members, in place of a small Council - including the judges - in close association with the King. At the same time the Court of Chancery was emerging as the body for exercising the discretion of the Council in exceptional cases. By the end of the sixteenth century an embarrassing complexity of rules of interpretation had been elaborated* ». O. HOOD PHILLIPS et A.H. HUDSON, *O. Hood Phillips' First Book of English Law*, 1948/1988, p. 134, précité note 14.

260 « *If any case be doubtful upon a statute, it is good to construe it according to the common law, as it is said in Delamer's Case in Plow. Com. 351* », Chudleigh Case, (1589-1595) 1 Co. 134a, cité dans: A. E. RANDALL, *Cardinal Rules of Legal Interpretation*, 3th ed., London: Stevens and Sons, 1924, p. 310.

261 (1584) 3 Co. Rep.. 7a (voir 1 Bl. Com. ed. Hargrave, p. 87).

262 *Ibid.*, cité dans S.G.G. EDGAR, *Craies on Statute Law*, 7th ed., London: Sweet & Maxwell, 1971, p. 96.

263 « Le fait que les *statutes* ne soient pas au centre du processus constitutif du droit et que l'évolution favorise une législation *ad hoc*, par tranches par morceaux, sans conception d'ensemble, contribue à expliquer la fréquence des

intention of Parliament is not to be judged by what is in its mind, but by its expression of that mind in the statute itself. »[264] Marc Ancel apporte une explication complémentaire quant au rôle supplétif du *statute law*. Comme nous l'avons vu plus haut dans les commentaires de Georges Lefebvre à l'égard de l'œuvre de William Stubbs[265], le parlement n'aurait pas toujours été l'organe législatif de l'État: « En effet, pendant longtemps les juges jouent dans le Parlement un rôle prépondérant, et le Parlement reste très tard considéré comme un tribunal suprême. Cela explique pourquoi, en face de la *common law* en formation, le droit écrit n'intervient pas brutalement; l'idée qu'il lui appartient - et qu'il n'appartient qu'à lui - de faire de grandes réformes, n'apparaît que plus tard, avec la législation des Tudors »[266]. Par cette affirmation, Marc Ancel semble apporter une nuance de taille à ce qu'il écrivait dans le même ouvrage quelques pages plus tôt: « Édouard 1er n'est pas seulement le conquérant de l'Écosse, il est surtout l'organisateur de l'Angleterre aux dernières années du XIIIe siècle. La Constitution s'établit définitivement, et le Parlement constitué lui aussi, prend figure d'organe législatif, ce qui, à bien des points de vue, « arrête le développement libre et rapide de la Common Law »[267] »[268]. D'ailleurs, de l'œil de l'historien G. Barraclough, les activités du roi ne semblaient pas clairement différenciées, avant Édouard 1er (1272-1307), entre la législation, la justice ou l'administration. Et encore, cette époque ne marquerait-elle que les balbutiements d'une législation émergente[269]. Il semble en être allé de même pour le parlement dont le terme

---

Consolidated Acts, terme qui désigne une loi reprenant une loi antérieure et amendée depuis par des lois ultérieures en un seul texte « intégré » (*consolidated*). », H.A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Introduction à l'esprit et à l'histoire du droit anglais*, 1977, p. 87, précité note 223.

264 *Wicks* v. *Director of Public Prosecutions*, [1947] A.C. 362, cité dans: O. HOOD PHILLIPS et A.H. HUDSON, *O. Hood Phillips' First Book of English Law*, 1948/1988, p. 139, précité note 14.

265 Voir Partie I, A, 2 b).

266 M. ANCEL, La "*Common Law*" d'Angleterre, 1927, p. 84, précité note 126.

267 HOLDSWORTH, *History of English Law*, 9 vol., t. II, Londres, 1924, p. 235.

268 M. ANCEL, La "*Common Law*" d'Angleterre, 1927, p. 63, précité note 126.

269 « *It is only when some points of distinction arise in his mind, and in the minds of his contemporaries, that we can properly speak of the king's legislative powers. For that reason, forms are important. For it is only when it is realized that certain forms alone are appropriate to certain activities, and consequently when certain forms are reserved for certain types of royal activity, that we [...] can say that they are beginning to separate legislative from judicial and general administrative activity. This stage, to my mind, was not reached before the fouteenth century, and then, of course, was only imperfectly realized. It was not reached, to my mind, or hardly reached, in the days of Edward I.* », G. BARRACLOUGH, « Law and Legislation in Medieval England », (1940) p. 80, précité note 144; cette position est contestée par Morris Arnold qui soutient que même si le parlement n'était pas seulement un législateur, la différence entre *statutes* et *judgments* était bien circonscrite, Morris S. ARNOLD, « Statutes as Judgments: the Natural Law Theory of Parliamentary Activity in Medieval England », (1977-78) 126 *University of Pennsylvania Law Review* 329-343, pp. 337-33.

« *act* », jusqu'au 15e siècle, n'aurait signifié que rarement un effort de législation régulatrice tel qu'on peut le concevoir en droit moderne[270].

Il apparaît donc que les premiers efforts législatifs dignes de ce nom auraient pu dater de la période des Tudors et en particulier de Henri VIII. Avec Henri VIII: « la législation devient régulière et systématique. Cette législation est l'œuvre du roi, mais celui-ci estime qu'une consultation du « parlement », de la Chambre des Communes, qui, à ce moment, commence à être pleinement constituée, est « de bonne politique ». Cette tradition est une des bases du pouvoir ultérieur exercé par la Chambre des Communes »[271].

En bref, le Parlement d'Angleterre et son *statute law* ne semblent pas avoir eu, sur les règles du droit privé, un rôle aussi prépondérant que le législateur français. Le *statute law*, qui n'a pas toujours été l'œuvre du parlement, a néanmoins servi - comme nous l'avons vu avec la *common law* - à instaurer l'organisation des tribunaux. La fonction du *statute law* semble donc ici encore de participer à l'établissement d'une stabilité sociale.

En conclusion, la force de l'État anglais semble résider dans une présence accrue des tribunaux dont les décisions ont généré deux ensembles spécifiques de règles: la *common law* et l'*equity*. De son côté, le pouvoir législatif a trouvé une place comme fondement des nouvelles institutions, et aussi, comme source complémentaire non judiciaire de règles juridiques. Ainsi, en dépit d'une structure différente du droit français, le droit anglais joue un rôle identique au sein de l'État; seule la façon dont ce rôle est accompli varie d'un pays à l'autre; l'un étant un droit essentiellement législatif et l'autre, essentiellement judiciaire.

Peut-il en être autrement d'un droit mixte ? Cette question sera abordée dans les prochaines lignes avec le droit québécois.

---

270 « *The word "act" is not used to describe a parliamentary product until the late 14th century, and then only rarely. [...] "Acts" in these instances simply means a narrative of things said and done. This definition has absolutely nothing in common with the word's modern connotation of a product of legislative effort. Rather, "act" is most often used to describe either the outcome of petitions filed by individuals, or filed on their behalf, against other individuals with a view to adjusting the parties' private rights, or grants made by the King to certain individuals at their urging.* », *ibid.*, p. 336.

271 H.A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Introduction à l'esprit et à l'histoire du droit anglais*, 1977, p. 83, précité note 223.

c) Au Québec: un système juridique confus pour un État en construction

En ce qui concerne le Québec, les observations ayant trait à la relation entre le droit et l'État seront moins fondamentales que celles de l'Angleterre ou la France. Le système juridique du Québec étant d'une certaine manière la continuité des droits français[272] et anglais, l'exposé de son origine et de son rôle nécessite moins de développement.

- La Nouvelle-France

Comme nous l'avons vu plus haut, le Québec était considéré comme faisant partie intégrante de la mère patrie; il en a été de même pour le droit: « Depuis 1664, le droit privé de la Nouvelle-France est d'abord celui de la coutume de Paris. »[273] Plus exactement, « (l)e droit français a été introduit au Canada en 1663, lors de la reprise par le roi de France des droits concédés antérieurement à la compagnie des Cents-Associés. La Coutume de Paris constitua le droit commun de la colonie, augmenté par les ordonnances royales enregistrées par le Conseil souverain »[274].

En ce qui concerne l'organisation des tribunaux, le Québec, contrairement à la France, ne comprenait pas de parlements[275]. La justice de la Nouvelle-France

---

[272] « On retrouve les textes législatifs et administratifs [ainsi que les décisions judiciaires] qui se sont appliqués à la Nouvelle-France dans deux volumes qui furent édités à Québec: le premier, en 1803, et le second, en 1806. [...] Le premier volume s'intitule *Édits, Ordonnances royaux, Déclarations et Arrêts du Conseil d'État du roi, concernant le Canada.* [...] Quand au second, il s'intitule *Ordonnances des Intendants et Arrêts portant Règlements du Conseil supérieur de Québec.* », Jean-Charles BONENFANT, « Promenade à travers nos vieux statuts », (1955) 2:1 *C. de D.* 5, p. 5.

[273] Michel MORIN, « Introduction historique au droit civil québécois », dans Louise BÉLANGER et Aline GRENON (dir.), *Éléments de Common Law et aperçu comparatif du droit civil québécois*, Scarborough: Carswell, 1997, 59-68, p. 62; André LACHANCE, *La Justice criminelle du roi au Canada au XVIIIe siècle, Tribunaux et officiers*, Les cahiers d'histoire de l'Université Laval n° 22, Québec: Presses de l'Université Laval, 1978, p. 12; Maximilien Bibaud fait remonter l'application de la Coutume de Paris déjà en 1647 en citant un texte d'inféodation de la compagnie des Cents Associés en faveur du seigneur de Beauport: « le tout puissant et conformément à la Coutume de Paris, que la Compagnie entend être gardée et observée en la Nouvelle-France. », Maximilien BIBAUD, *Commentaires sur les lois du Bas-Canada ou Conférences de l'école de droit*, Tomes I et II, Montréal: Cérat et Bourguignon, 1859-1862, p. 252.

[274] F. P. WALTON, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, 1980, p. 3, précité note 155.

[275] Le terme de parlement fait ici naturellement référence aux tribunaux supérieurs tels qu'ils existaient en France dans l'ancien régime depuis le 13e siècle. Voir Partie I, B., 2), a).

s'est installée peu à peu, à mesure que la population s'est accrue. André Lachance, auteur reconnu sur ces questions[276], écrit:

> « (C)e n'est que progressivement au cours du XVIIe siècle que ces cours de justice sont établies. Sous le régime des compagnies, ce sont elles qui sont seigneurs hauts justiciers de la Nouvelle-France. La communauté étant peu populeuse entre 1627 et 1663, la Compagnie des Cent-Associés ne juge pas à propos de suivre les formes régulières des cours métropolitaines. Elle laisse le soin de rendre la justice au gouverneur général qui exerce d'abord lui-même les fonctions de juge à l'égard des habitants aussi bien que des soldats, se prononçant souverainement et, en dernier ressort, dans les affaires civiles aussi bien que criminelles »[277].

La situation a changée en 1663 lorsque « Louis XIV entreprend de doter la colonie d'un système judiciaire semblable à celui de plusieurs provinces françaises. La nouvelle organisation judiciaire comprend le Conseil souverain de Québec auquel on donne, parmi d'autres pouvoirs, celui de nommer des juges de premières instances à Québec, aux Trois-Rivières et dans tous les autres endroits où il jugera nécessaire »[278]. Après quelques remaniement administratifs, dès 1667 jusqu'à la conquête, la justice serait administrée en première instance dans les seigneuries par les juges (baillis) nommés par les seigneurs. « Le droit de justice des seigneurs canadiens se limitera en général à la basse justice. Les justiciables peuvent en appeler des sentences rendues par ces tribunaux seigneuriaux devant la juridiction royale du gouvernement dont ils dépendent ((Montréal, Québec ou Trois-Rivières)) »[279]. « Par la proclamation du roi, en octobre 1673, la

---

[276] Jacques ROUILLARD (dir.), *Guide d'histoire du Québec du régime français à nos jours - Bibliographie commentée*, Montréal: Méridien, 1991, p. 38.

[277] A. LACHANCE, *La Justice criminelle du roi au Canada au XVIIIe siècle, Tribunaux et officiers*, 1978, p. 7, précité note 273; Nous devons nuancer les propos d'André Lachance par ceux de Maximilien Bibaud (*Commentaires sur les lois du Bas-Canada ou Conférences de l'école de droit*, 1859-1862, p. 252, précité note 273): « Il est bien douteux que les gouverneurs se soient maintenus, comme l'on dit des historiens qui n'étaient pas jurisconsultes, dans la possession de rendre la justice quand on avait recours à eux. » C'est au Grand Sénéchal auquel M. Bibaud reconnaît la capacité de rendre justice en dernier ressort: « Il était donc juge suprême, comme l'Intendant fut depuis juge souverain; et comme lui, il pouvait avoir dans le fait, plus d'autorité que le Gouverneur lui-même; mais il ne fit que paraître. ».

[278] A. LACHANCE, *ibid.*, p. 8; voir aussi: R. LEMIEUX, *Les origines du droit franco-canadien*, 1901, pp. 263-271, précité note 96.

[279] A. LACHANCE, *ibid.*, p. 12.

Nouvelle France fut divisée en trois districts ou juridictions séparées portant le nom des principales villes de leur circonscription, à savoir: le district de Québec, le district des Trois-rivières et le district de Montréal »[280]. « Le tribunal royal porte officiellement le nom de prévôté »[281]; il est l'instance d'appel. Le troisième et dernier échelon de la justice est incarné par le Conseil supérieur[282] établi en 1679; il « a le pouvoir de juger souverainement et en dernier ressort toutes les causes civiles et criminelles. (...) (L)e conseil enregistre les ordonnances royales, qu'il met ainsi en vigueur dans la colonie, et fait des arrêts de règlement, c'est-à-dire qu'il règle provisoirement des questions sur lesquelles la coutume et les ordonnances sont muettes. Il le fait en présence de l'intendant et sous sa dictée, car l'intendant est le responsable exclusif de l'administration de la justice en Nouvelle-France et c'est à ce titre qu'il préside le Conseil supérieur de Québec, donne des audiences, fait appeler les causes, recueille les voix et prononce les jugements »[283]. En matière civile, tous ces tribunaux « se conforment à la Coutume de la prévôté et vicomté de Paris et à l'ordonnance civile du mois d'avril 1667 (...) »[284]. La justice et sa procédure sont donc encore au 18e siècle l'affaire des seigneurs ou du roi. Il s'agit évidemment d'une justice déléguée qui n'aura pas le temps, en raison des événements historiques, de devenir justice de l'État. On note cependant une grande similarité avec l'évolution du droit français en rapport avec l'émergence de l'État.

D'un point de vue administratif (nous ne rentrerons pas dans les détails), en Nouvelle-France, l'intendant est le rouage principal du système: « Placé à la direction de la justice du pays par le roi, l'intendant a comme principal devoir dans ce domaine de veiller à ce qu'une « bonne et briève justice » soit rendue à

---

280 R. LEMIEUX, *Les origines du droit franco-canadien*, 1901, p. 301, précité note 96.

281 A. LACHANCE, *La justice criminelle du roi au Canada au XVIIIe siècle - Tribunaux et officiers*, 1978, p. 7, précité note 273.

282 Rodolphe Lemieux semble placer le « Conseil souverain » en appel des juges royaux, à moins que ce ne soit une autre expression utilisée pour désigner le Conseil supérieur: « L'on pouvait appeler des décisions rendues par les juges de ces trois juridictions au Conseil souverain, et cet appel existait pour toutes les causes, quelque minime qu'en fut le montant. Du Conseil supérieur, on pouvait en appeler encore mais en dernier ressort, au roi de France, en conseil d'État. », R. LEMIEUX, *Les origines du droit franco-canadien*, 1901, pp. 303-304, précité note 96.

283 A. LACHANCE, *La justice criminelle du roi au Canada au XVIIIe siècle - Tribunaux et officiers*, 1978, p. 21 et 22, précité note 273; Pour une revue rapide et précise de l'évolution du système judiciaire québécois voir l'Introduction des *Rapports judiciaires revisés de la Province de Québec*, de M. Mathieu, Tome I, Montréal: C.O. Beauchemin & Fils, 1891.

284 A. LACHANCE, *ibid.*, p. 12; R. LEMIEUX, *Les origines du droit franco-canadien*, 1901, pp. 310-313, précité note 96.

tous sans distinction. Concrètement, il surveille les officiers judiciaires et voit à ce que ceux-ci s'acquittent de leurs fonctions selon les lois, les us et les coutumes du royaume. Également, il veille à ce que les arrêts, édits, ordonnances et règlements soient exécutés »[285].

- Le Bas-Canada

Cela a duré jusqu'au 7 octobre 1763, date à laquelle l'Angleterre, forte de sa victoire sur la France, établit son régime dans la colonie et a, par la même occasion, imposé aux tribunaux le devoir d'appliquer la *common law* et l'*equity*[286]. En fait, peu de juristes connaissent ce détail mais, écrit T.J.J. Loranger: « En livrant Montréal aux armes anglaises en 1760, le marquis de Vaudreuil fit de la conservation des lois françaises un article de la capitulation, en demandant « que les Français et Canadiens continuassent à être gouvernés suivant la Coutume de Paris et les lois et usages établis pour le pays ». Le Général Amherst lui répondit: « Ils deviennent sujets du Roi. » Le traité de Paris fut muet à cet égard; et la Proclamation du 7 Octobre 1763, que l'on considéra comme établissant le gouvernement civil dans les Colonies cédées par la France à l'Angleterre, ordonna l'assimilation des lois qui seraient faites pour la Province de Québec, aux lois des colonies anglaises existant avant le traité. Aussi le Général Murray en organisant la Justice civile et Criminelle, par proclamation du 17 septembre 1764[287], enjoignit-il aux tribunaux de l'administrer suivant les lois d'Angleterre »[288].

---

[285] A. LACHANCE, *ibid.*, pp. 22-23; « Il y avait dans chacune des trois juridictions de Québec, Trois-Rivières et Montréal, outre les juges royaux, deux officiers judiciaires d'une grande importance: le greffier qui enregistrait tous les procédés de la cour dans un registre affecté à cet objet; et le procureur du roi, qui instruisait et plaidait les poursuites criminelles pour actes commis dans la juridiction du district. [...] Outre ces trois procureurs du roi [...] [i]l y avait un officier supérieur, i.e. un procureur général. Il avait le pouvoir de contrôler les actes et la conduite des procureurs royaux [...]. Des huissiers étaient attachés à toutes ces cours, y compris le Conseil Souverain », R. LEMIEUX, *ibid.*, pp. 304 et 305; M. BIBAUD, *Commentaires sur les lois du Bas-Canada ou Conférences de l'école de droit*, 1859-1862, pp. 263-269, précité note 273; notons que « De la capitulation de Québec, le 18 septembre 1759, jusqu'à l'établissement du gouvernement civil, le 10 août 1764, l'ancienne Nouvelle-France fut gouvernée par des ordonnances et des proclamations du gouverneur de Trois-Rivières. Ces proclamations ou ordonnances ont été publiées comme appendice « B » du *Rapport des archives publiques du Canada* pour l'année 1918. », J.-C. BONENFANT, « Promenade à travers nos vieux statuts », (1955) p. 6, précité note 272.

[286] M. MORIN, « Introduction historique au droit civil québécois », 1997, p. 62, précité note 273.

[287] *Ordonnance établissant des cours civiles*, 17 septembre 1764, dans: *Documents relatifs à l'Histoire constitutionnelle du Canada*, 1759-1791, p. 180.

[288] T.J.J. LORANGER, « Le Droit Civil du Bas-Canada suivant l'ordre du Code », (1869) p. 3, précité note 153; « Le roi déclare dans sa proclamation relativement à l'organisation judiciaire, "qu'il a donné aux gouverneurs de Nos colonies sous Notre grand seau, le pouvoir de créer et d'établir, de l'avis de Nos dits conseils, des tribunaux civils et des cours de justice publique dans nos dites colonies pour entendre et juger toutes les causes aussi bien

C'est peut-être une des raisons pour lesquelles, « (e)n dépit d'aménagements au niveau de l'organisation judiciaire, le nouveau système suscite immédiatement un grand nombre de plaintes. En 1774, *l'Acte de Québec*[289] répond à ces doléances. L'article 8 remet en vigueur les règles de droit antérieures à la conquête qui concernent « la propriété et les droits civils ». Depuis cette date, les règles de *l'equity* ne s'appliquent plus au Québec, car il n'existe pas de Cour de chancellerie dans cette province[290]. Implicitement, le droit public demeure anglais. L'article 11 déclare d'ailleurs que le droit pénal anglais continue de s'appliquer »[291].

Il est étonnant de voir que l'État anglais conquérant, après seulement dix ans, a décidé de ne pas imposer son droit privé à la population locale francophone. Indépendamment des conflits sociaux ou d'une stratégie politique pour calmer les agitations, cela pourrait s'expliquer par le fait que le droit civil français n'entre pas en conflit avec les institutions anglaises. Nous avons vu, en effet, que l'État Anglais semblait s'être construit autour du système judiciaire. Contrairement à la plupart des conquêtes, l'Angleterre pourrait donc avoir moins de difficulté à accepter les relations juridiques privées des francophones car elles n'empêcheraient pas l'organisation des tribunaux anglais; d'autant moins que ce droit privé était encore un droit coutumier. Notons aussi que le remplacement du droit privé français aurait conduit à augmenter un mécontentement et donc une instabilité sociale que l'Angleterre n'avait peut-être pas envie, ni les moyens, de gérer. Cette idée, quoique intéressante *a priori*, ne semble pas tenir bien longtemps la route à la lumière des constatations de Loranger. D'une part celui-ci rappelle que « L'acte de Québec ayant révoqué l'organisation judiciaire faite par le Général Murray, la justice civile fut réorganisée en 1777 par l'érection de nouveaux tribunaux »[292]. D'autre part, la nouvelle organisation des tribunaux « a

---

criminelles que civiles, suivant la loi et l'équité, conformément autant que possible aux lois anglaises". », Jacques L'HEUREUX, « L'organisation judiciaire au Québec de 1764 à 1774 », (1970) 1:2 *Revue générale de droit* 266-331, p. 268.

289 1774 (R.-U.), 14 Geo. III, c. 83.

290 *W. (V.)* c. *S. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 108, pp. 145-146.

291 M. MORIN, « Introduction historique au droit civil québécois », 1997, p. 62, précité note 273.

292 T.J.J. LORANGER, « Le Droit Civil du Bas-Canada suivant l'ordre du Code », (1869) p. 4, précité note 153; « Les commissions de juges et autres officiers, ainsi que les ordonnances faites par le gouverneur en conseil depuis la cession, au sujet de l'administration de la justice, *sont révoquées et annulées* à compter du 1er mai 1775. », R. LEMIEUX, *Les origines du droit franco-canadien*, 1901, p. 381, précité note 96.

trop de ressemblance à l'organisation judiciaire sous la domination française, pour ne pas croire que, quoique voilée sous des termes anglais, et rapprochée autant que possible des institutions judiciaires de l'Angleterre, elle n'ait été empruntée au régime français »[293]. En droit civil, les tribunaux anglais ne semblent donc pas avoir été plus implantés que la *common law*, du moins officiellement.

En dépit des apparences, l'Angleterre n'aurait cependant pas abandonné l'idée d'assimiler et faire disparaître le droit français au Québec. Jean-Maurice Brisson montre que l'*Acte de Québec* contenait des dispositions permettant le déploiement progressif de la procédure judiciaire de *common law*[294]. Après 1777, les juges choisis en majorité parmi les juristes de *common law* ont adopté des règles de pratique calquées sur leur droit d'origine. De 1777 jusqu'à la codification de 1867, « la contribution des tribunaux, par l'application du droit cette fois, à l'hybridation de la procédure civile pendant cette période a été tout aussi importante que celle du législateur »[295]. Si bien qu'après quatre-vingt-dix ans, le Québec s'est retrouvé avec un droit judiciaire mixte, faisant autant appel à des règles de l'ancien régime français qu'à des règles de *common law*.

Malgré, ce qui semble être une volonté sous-jacente d'imposer le droit anglo-saxon, le cas du Québec montre, ici encore, à quel point l'État anglais se servait du droit pour conserver la stabilité sociale: l'*Acte de Québec* semblait devoir rapporter la paix dans les relations juridiques de la population québécoise traditionnellement « civiliste ».

Nous passerons sous silence l'organisation effectuée par l'ordonnance du 17 septembre 1764 du général Murray; elle ne fut opérante que pendant les dix

---

293 T.J.J. LORANGER, *ibid.*, pp. 4-5.

294 L'article 8 prévoit que les lois et coutumes canadiennes seront appliquées « jusqu'à ce qu'elles soient changées ou modifiées par quelques ordonnances qui seront rendues de temps à autre dans ladite province, par le gouverneur, le lieutenant-gouverneur ou le commandant en chef en exercice, de l'avis et du consentement du Conseil législatif qui y sera établi de la manière ci-après mentionnée par les présentes. », cité dans: Jean-Maurice BRISSON, « La procédure civile au Québec avant la codification: un droit mixte, faute de mieux », dans: UNIVERSITÉ DE DROIT, D'ÉCONOMIE ET DES SCIENCES D'AIX-MARSEILLE, *La formation du droit national dans les pays de droit mixte. Les système juridiques de Common Law et de Droit Civil*, Marseille: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1989, 93-102, p. 96 à la note 11; voir aussi du même auteur: *La formation d'un droit mixte: l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, Montréal: Les Éditions Thémis, 1986.

295 *Ibid.*, p. 100.

premières années qui suivirent la victoire anglaise[296]. D'ailleurs, cette organisation a été décrite par Jacques L'Heureux comme une organisation non « rationnelle » où « (l)a justice, très lente et très coûteuse, est rendue par des juges incompétents. (...) En effet, des cours ayant compétence en mêmes matières n'appliquent pas les mêmes lois. (...) Un tel système devait nécessairement engendrer l'anarchie. Les Canadiens continuent à suivre les lois canadiennes. Les anglais suivent les lois anglaises. (...) Le premier essai d'organisation judiciaire permanente, tenté par le conquérant dans la province de Québec, fut un échec »[297]. Nous examinerons donc l'organisation judiciaire à partir de l'*Acte de Québec* sanctionné le 22 juin 1775[298].

Les tribunaux ont été composés de trois instances; en partant du plus bas hiérarchiquement, il s'agit de la Cour des plaidoyers et la Cour du Banc du Roi, la Cour d'Appel et du Conseil Privé du Roi d'Angleterre.

Selon Edmond Lareau, dans son traité sur l'histoire du droit canadien édité en 1889:

> « L'Acte de Québec fut un acte de justice; il remédiait aux maux les plus graves du passé. Cet acte garantissait aux Canadiens le libre exercice de leur religion, les dispensait de prêter serment du test, rétablissait les lois françaises en matières civiles, et laissait en force les lois criminelles jugées meilleures. Il instituait un Conseil législatif nommé par la couronne et composé en premier lieu d'un tiers de Canadiens »[299].

En raison d'une subordination à l'Angleterre[300], le Conseil législatif apparaît plutôt comme un mandataire de l'État anglais[301]. Quoi qu'il en soit, « La première ordonnance adoptée par le gouverneur et le Conseil législatif, en vertu de l'Acte

---

[296] Voir à ce sujet: R. LEMIEUX, *Les origines du droit franco-canadien*, 1901, pp. 349-379, précité note 96.

[297] J. L'HEUREUX, « L'organisation judiciaire au Québec de 1764 à 1774 », (1970) pp. 328-329, précité note 288.

[298] Edmond LAREAU, *Histoire du droit canadien depuis les origines de la colonie jusqu'à nos jours*, t. II, Montréal: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1889, p. 150.

[299] *Ibid.*, p. 148.

[300] « On ne pourra faire des lois permettant des impôts, si ce n'est pour des taxes modiques dans les villes pour des fins locales. On ne pourra non plus faire aucune loi pouvant affecter le commerce et l'industrie de la Grande-Bretagne; elles devront recevoir l'approbation de S.M. », *ibid.*, pp. 149-150.

de Québec, est en date du 25 février 1777 (17 Georges III, ch. 1er); elle établit les cours civiles de judicature de la province de Québec. La province est divisée en deux grands districts, celui de Montréal et celui de Québec (...). Une Cour des plaidoyers communs est établie pour chacun des districts (...). Ces Cours ont juridiction pour entendre et juger tous procès qui concernent les propriétés et les droits des citoyens »[302]. Exceptées certaines situations l'appel est introduit auprès du « gouverneur et Conseil ». « Une Cour supérieure de juridiction civile est établie, composée du gouverneur et Conseil (...): c'est une Cour d'appel. Son pouvoir est de réviser et examiner toutes les procédures des cours inférieures, et de corriger toute erreur de droit et de fait, et de rendre tels jugements que les cours inférieures auraient dû prononcer. Ses jugements sont définitifs »[303] sauf exceptions. Un appel peut être interjeté auprès de « Sa Majesté en son Conseil privé ». Tel est l'état sommaire de la judicature instaurée par l'État.

L'État est donc bien présent dès les débuts de l'organisation sociale du Québec. Le Conseil législatif a régulièrement émis des ordonnances sur un grand nombre de champs[304]: la procédure des cours civiles (25 février 1777, 17 Georges III, ch. 2); les lettres de change (4 mars 1777, 17 Georges III, ch. 3); « les cours de justice et de juridiction criminelle sous le nom de Cour du Banc du roi, pour la connaissance de tous procès de la couronne et poursuites pour toutes espèces de crimes quelconques » (4 mars 1777, 17 Georges III, ch. 5); sur la publication des ordonnances dans la *Gazette de Québec* (4 mars 1777, 17 Georges III, ch. 6) [305]. « Telle est la législation de cette première session du corps législatif en 1777 ».

Le droit appliqué dans la colonie est bien celui d'un État, mais celui de l'État anglais. Le droit et l'organisation juridique du Canada étaient fortement tributaires des choix de la métropole britannique. Nous passerons sur les abus des

---

[301] « À la vue de la guerre civile dans les autres colonies, le Conseil législatif se garda bien de montrer de l'opposition à la volonté métropolitaine, et toutes les mesures du gouvernement passèrent presqu'à l'unanimité. En effet, ce corps tenait plutôt de la nature d'un conseil d'État que d'une chambre législative », *ibid.*, p. 159.

[302] *Ibid.*, pp. 153-154; R. LEMIEUX, *Les origines du droit franco-canadien*, 1901, p. 395, précité note 96.

[303] E. LAREAU, *ibid.*, p. 154.

[304] R. LEMIEUX, *Les origines du droit franco-canadien*, 1901, pp. 395-397, précité note 96.

[305] E. LAREAU, *Histoire du droit canadien depuis les origines de la colonie jusqu'à nos jours*, t. II, 1889, pp. 155-158, précité note 298.

conquérants clairement exposés tant par Edmond Lareau[306] que par Rodolphe Lemieux[307], abus qui auraient conduit Georges III et ses ministres à donner au Canada une nouvelle constitution[308].

Ainsi, l'organisation de 1774 a duré jusqu'à l'Acte Constitutionnel du 10 juin 1791 séparant le Canada en deux provinces munie chacune d'un Conseil législatif et d'une chambre élective. Cette date marque le départ d'un sevrage progressif de la dépendance législative du Canada vis-à-vis l'Angleterre[309]; sevrage qui ira en s'affirmant jusqu'à l'acte constitutionnel de 1982 et ce, malgré quelques soubresauts, telle la loi martiale proclamée en janvier 1838 visant à suspendre la constitution jusqu'à l'Acte d'Union sanctionné le 23 juillet 1840[310].

d) Conclusion

Nous conclurons cette section en disant que l'État anglais et l'État français ont chacun émergé en développant leur droit. Il a d'abord été constaté que la présence de l'État pouvait s'expliquer historiquement par sa contribution à certaine stabilité sociale. Le droit semblant être son cheval de bataille, il était possible de considérer, chez lui aussi, un apport stabilisateur. Les circonstances de l'histoire semblent avoir poussé l'Angleterre à bâtir un droit fondamentalement judiciaire, alors que la France a construit son droit surtout sur la législation.

En France, les rois successifs se sont servis d'édits ou d'ordonnance afin d'organiser la justice, première source de stabilité. Avec le temps, les mêmes outils ont permis d'organiser la vie économique et sociale à partir d'une administration centrale. Si bien qu'une véritable institution législative s'est développée et a fini par prendre son indépendance vis-à-vis la royauté. La législation serait donc devenue en France le principal outil pour imposer la paix de l'État.

---

306 *Ibid.*, pp. 163-173.
307 R. LEMIEUX, *Les origines du droit franco-canadien*, 1901, pp. 397-401, précité note 96.
308 *Ibid.*, p. 401.
309 Jean-Charles Bonenfant (« Promenade à travers nos vieux statuts », (1955), p. 7, précité note 262) montre que le système parlementaire était encore fragile et dépendant d'une politique mouvementée. Si bien que de 1792 à 1804 seulement cent quatre lois furent adoptées.
310 *Ibid.*, pp. 412-417.

En Angleterre, Guillaume le Conquérant est arrivé dans un territoire déjà attaché à de nombreuses coutumes[311]. Voulant imposer sa dictature, il a conservé les us et coutumes tout en imposant progressivement une forte présence des tribunaux royaux, ultimes décideurs des relations privées. Si bien qu'en Angleterre une véritable institution judiciaire s'est développée et a fini, elle aussi, par prendre son indépendance vis-à-vis la royauté. Les tribunaux de l'État semblent donc être devenus le principal outil pour imposer la paix et la stabilité sociale.

Le Québec est en quelque sorte le produit de ces deux conformations sociales: il possède la structure constitutionnelle de l'Angleterre, mais un système juridique majoritairement civiliste. Il constitue presque, par son existence, la preuve que les deux systèmes, quoique différents, poursuivent le même objectif de stabilité. Comment expliquer autrement la viabilité de l'organisation sociale québécoise si le droit poursuivait un objectif différent de celui de l'État ? Le rôle du droit semble donc être intimement lié à celui de l'État, c'est-à-dire, rechercher à maximiser la stabilité sociale.

3. Conclusion

Nous avons vu que l'État anglais a été davantage un instrument de décision et de justice qu'un instrument législatif. Même si en Angleterre comme en France le rôle ultime de l'État semble avoir été d'apporter une stabilité à la société, les événements historiques auraient créé deux organes différents pour remplir ce rôle, chacun utilisant des méthodes différentes. Le droit français est parti de la législation, alors que le droit anglais est parti de l'administration de la justice. Il s'agit là, bien évidement d'une description simplifiée de chacun des systèmes car chacun, dès ses débuts, usait d'une source législative et d'une organisation judiciaire. Le fait est que, dans les deux systèmes - et là réside leur divergence -, l'accent a été mis sur une solution différente.

---

311 Comme nous l'avons vu (section B., b)), certaines de ces coutumes avaient même été compilées dans un texte, le « Code Canute ».

Il est aussi étonnant de constater que le rôle des intervenants est inversé. En effet, par ses prérogatives, le roi anglais aurait été un justicier, et le parlement anglais un législateur, alors que le roi français aurait plutôt été un législateur et les parlements français auraient été apparentés à des tribunaux de hautes instances[312]. Cependant, ils auraient ceci de commun que chacun des États a développé une prépondérance de ses activités dans le domaine d'action du roi, comme si l'État avait subrogé le roi. Chaque État a pris les pouvoirs du roi. L'État ne se serait donc pas développé parallèlement au roi, mais l'aurait simplement, progressivement, remplacé dans ses fonctions[313].

Le droit quant à lui a participé étroitement à la genèse de l'État. Il a pris un espace qu'il n'occupait auparavant et ce, à chacun des niveaux législatif, administratif ou judiciaire. L'objectif ultime semblant être la stabilisation d'une société, le droit aurait lui aussi muté afin de devenir moins variable. En France, les coutumes ont d'abord été rédigées pour être remplacées par la loi. En Angleterre, les tribunaux ont été institutionnalisés et centralisés.

En Angleterre, depuis la conquête de Guillaume 1er, le roi a instauré un pouvoir central fort, visant à limiter l'instabilité inhérente au régime féodal. Le droit dans ce contexte n'avait pas besoin de prendre beaucoup de place et l'aspect judiciaire de l'État a suffi à réduire les frictions. En revanche, le régime féodal français était profondément implanté. La puissance des seigneurs jaloux de leur prérogatives générait une instabilité intense et durable. Les décisions judiciaires, qui représentaient probablement un aspect du droit moins stable que la législation, n'auraient pas été suffisantes pour instaurer la paix dans le Moyen Âge français. La similarité historique avec l'Écosse (de tradition romano-germanique) apporte un argument supplémentaire à cette conclusion comme le montre un passage d'Hélène David:

---

312 En fait, il s'agissait de cours souveraines, ayant par ailleurs d'importants pouvoirs politiques.

313 Notons qu'en Grande-Bretagne et au Canada la reine est encore le chef de l'État. En théorie donc, la Couronne est encore active au sein des institutions de l'État. Toutefois, il ne s'agit plus de la personne physique du roi. À tel point que la question se pose régulièrement de savoir si ces États ne doivent pas s'affranchir du roi et aboulir définitivement la royauté.

> « Dès l'origine, l'Écosse ne connaît pas comme l'Angleterre, un pouvoir royal fort qui puisse imposer l'autorité d'une Cour de justice centrale; le Roi essaiera, avant tout, d'assurer la paix du royaume en envoyant ses « Justiciers » en mission dans le pays. Il édictera des lois que ceux-ci chercheront à faire appliquer »[314].

En Écosse comme en France, la paix du royaume semble devoir passer d'abord par une affirmation du pouvoir royal et une soumission des territoires autonomes à ses lois.

Il existerait donc dans les deux régimes juridiques de la France et de l'Angleterre une relation étroite entre l'État et le droit: « Le droit est ainsi l'ensemble des moyens à l'aide desquels un groupement humain se protège contre les troubles qui atteindraient sa conservation ou entraveraient son développement »[315]. L'État moderne se serait construit en s'appuyant sur le droit pris dans son ensemble, et inversement, le droit dans un système étatique moderne aurait trouvé un nouveau rôle. Didier Boutet dira que le droit s'est « institutionnalisé »[316].

Toutefois, comme nous l'avons dit dans l'introduction générale, il ne s'agit pas de voir dans le droit la seule explication de la naissance de l'État. Il serait en effet surprenant, étant donné l'importance de cette transformation sociale qu'une étude historique de la relation entre l'État et la philosophie, la religion, l'économie ou autre champ ne montre pas aussi un lien étroit entre ces autres domaines et la création de l'État[317]. Par exemple, Pierre Issalys explique la naissance de l'État gestionnaire des inégalités économiques comme la conséquence naturelle de l'État post-révolutionnaire[318]. Cela nous indique que le rôle de la loi a probablement lui aussi changé: « La loi est devenue l'instrument par excellence de cette conquête infinie

---

[314] H. DAVID, *Introduction à l'étude du droit écossais*, 1972, p. 36, précitée note 13.

[315] P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, 1951, p. 157, précité note 40; voir aussi: H. LÉVY-BRUHL, «droit et sociologie», (1937) 3-4 *Arch. de phil. du droit et de soc. jur.* 22.

[316] Didier BOUTET, *Vers l'État de droit. La théorie de l'État et du droit*, Paris: L'Harmattan, 1991, p. 104.

[317] À ce sujet, voir les Actes du colloque de Bielefeld dont les nombreux intervenants abordent la génèse de l'État en relation avec divers aspects tels l'économie ou la religion, Neithard BULST et Jean-Philippe GENET, *La ville, la bourgeoisie et la genèse de l'état moderne (XIIe-XVIIIe siècles)*, Actes du colloque de Bielefeld, Éditions du Centre national de la recherche scientifique (CNRS), Paris, 1988.

[318] « Ainsi la notion d'État de droit a-t-elle été traversée par l'aspiration à un État de droit social, tendant à maîtriser, voire à réduire les inégalités, et à accroître les libertés au-delà du champ des libertés formelles. Mais cet État n'a

d'un aménagement social juste et rationnel »[319]. Il cite deux auteurs éminents pour montrer que la loi serait en quelque sorte tributaire de l'État. Le premier est Georges Burdeau pour lequel: « (l)e prestige conféré à la loi par le rationalisme politique est mis au service de la décision politique »[320] et le second, François Ewald qui constate que la loi « n'est plus qu'*un* des modes d'expression de la norme sociale, mais un mode encore indispensable en raison de son assise étatique, garantie d'efficacité supérieure »[321]. Avec François Ewald, Pierre Issalys montre que la logique de la loi devient celle « du conflit social, essentiellement économique, qui appelle un traitement par transaction, par compromis, par création d'équilibres en vue de la conservation du corps social »[322]. Un nouveau rôle de l'État entraînerait un nouveau rôle de la loi. Nous devrons donc chercher les manifestations d'un esprit scientifique à un autre niveau que celui du rôle du droit.

Qu'est-ce que l'esprit scientifique ? Qu'est-ce que la science ? Peut-on envisager une influence sur le droit ? Autant de questions qui doivent recevoir leur réponse afin de comprendre et peut-être justifier une recherche des manifestations de l'un dans l'autre. Les deux sections qui suivent devront respectivement mettre en lumière les notions de science et d'esprit scientifique, et démontrer un développement des sciences à un point tel qu'elles seraient peut-être devenues un point fort de l'évolution sociale.

C. Avec la science vient l'esprit scientifique[323]

L'objectif de cette section est de saisir les caractéristiques principales de l'esprit scientifique, car c'est cette forme d'esprit dont nous chercherons, le cas échéant, les manifestations chez les juristes et les règles de la fin du 18e siècle. Il

---

pas cessé, au contraire, d'être un État de lois. Celles-ci se sont en fait révélées les vectrices efficaces de la politique sociale, d'une nouvelle rationalité sociale, d'une justice à préoccupations distributives. », *ibid.*.

319 *Ibid.*.

320 Georges BURDEAU, « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », (1939) 9 *Archives de philosophie du droit et sociologie juridique* 7, pp. 44-55.

321 François EWALD, *L'État providence*, Paris: Grasset, 1986, pp. 466-467 et 482-489.

322 *Ibid.*.

faudra essayer d'éviter le piège de définir la science selon des barèmes contemporains. Comme dit M.D.A. Freeman: « *Our conception of the natural sciences is not what it was when Mill and Comte tried to construct social laws.* »[324] Bien que cette affirmation puisse être elle-même nuancée[325], il est évident que la théorie des sciences a fait du chemin depuis le 18e siècle. Par conséquent, sans restreindre l'analyse aux auteurs de cette époque, nous tâcherons de comprendre les grands traits de l'esprit scientifique tels qu'ils furent perçus au sortir du siècle des Lumières.

1. À la recherche des caractéristiques d'un esprit scientifique

En ce début du 21e siècle, l'emploi du terme *science* prête souvent à confusion avec d'autres notions telles que: technique, technologie, technoscience. La confusion sera exploitée dans les prochaines lignes afin de mettre en évidence les caractéristiques dominantes de la science dans une société moderne.

La différence entre technique et science n'est pas toujours évidente aux yeux de tous et l'on emploie fréquemment l'expression *sciences et technologies* pour désigner un seul ensemble. Notons tout d'abord que selon sa signification étymologique, la technologie est la science qui étudie la technique. Le Petit Larousse définit la technologie comme «l'étude des outils, des procédés et des méthodes employés dans les diverses branches de l'industrie»[326]. La langue anglaise emploie régulièrement le terme *technology* pour parler indifféremment de science ou de technique. Le terme technologie entretient une confusion entre la technique et la science. Une bonne illustration de la confusion apparaît dans le Journal du Barreau du 15 avril 1996. L'expression de *preuves scientifiques,*

---

[323] Une partie de la réflexion relative à la notion de science est tirée de notre mémoire de maîtrise: *L'influence concurrente de la science et de la technique en droit de la santé*, Essai soumis à la Faculté de droit en vue de l'obtention du grade de Maître en droit, Université de Sherbrooke, 27 mai 1999, pp. 9-15.

[324] M.D.A. FREEMAN, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 7th ed., London: Sweet & Maxwell Ltd, 2001, p. 7

[325] Selon le professeur de Philosophie F.J. Thonnard, la philosophie positive d'Auguste Compte désigne « un système de connaissances universelles et scientifique. [...] scientifique, c'est à dire, où ne sont considérés comme valables que les seules réponses basées sur les faits, en d'autres termes, susceptibles d'être démontrées ou contrôlées par l'expérience et selon les méthodes de la science moderne [...] c'est-à-dire à l'observation des réalités mesurables [...]. », F.-J. THONNARD, *Précis d'histoire de la philosophie*, nouvelle éd., Paris: Desclée & Cie, Éditeurs Pontificaux, 1952, p. 711.

[326] *Petit Larousse illustré*, Librairie Larousse, 1980, p. 1004.

était employée pour désigner des tests d'ADN et autres analyses biochimiques[327], alors que ces analyses, utilisées à des fins de preuve, répondraient, selon nous, davantage à la définition de *preuves techniques* ou *technoscientifiques.* De même, Georges Ripert constate la création d'un «monde nouveau» issu des «découvertes scientifiques» où la «force et l'adresse de l'homme ne compte plus: la machine les a remplacées»[328]. Les changements dont il traite dans son ouvrage ne sont donc pas toujours des effets directs de la science, mais de la *technique.*

Dans les milieux scientifiques, la technique est souvent perçue comme le moyen qui permet à la science de s'exprimer et de se démontrer. Les propos écrits par Jacques Ellul en 1954 viennent contredire cette idée reçue:

> «Chacun sait que la technique est une application de la science, et, plus particulièrement, la science étant spéculation pure, la technique va apparaître comme le point de contact entre la réalité matérielle et le résultat scientifique, mais aussi bien comme le résultat expérimental, comme une mise en œuvre des preuves, que l'on adaptera à la vie pratique.
>
> Cette vue traditionnelle est radicalement fausse. Elle ne rend compte que d'une catégorie scientifique et d'un bref laps de temps: elle n'est vraie que pour les sciences physiques et que pour le XIXe siècle.
>
> (...)
>
> Sous l'angle historique, une simple remarque détruira la sécurité de ces solutions: historiquement, la technique a précédé la science, l'homme primitif a connu les techniques. Dans la civilisation hellénistique, ce sont les techniques orientales qui arrivent les premières, non dérivées de la science grecque»[329].

---

[327] Jean-François CAZAILLE, «La cote d'amour de l'ADN» et «L'analyse biochimique du comportement», *Le Journal du Barreau*, Cahier Spécial, 15 avril 1996, pp. 6-8.

[328] G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 1955, p. 34, précité note 10.

[329] Jacques ELLUL, *La technique ou l'enjeux du siècle*, Paris: Librairie Armand Colin, 1954, p. 1; voir aussi du

Quoi qu'il en soit de la relation historique entre science et technique, ce n'est pas cette relation qui nous intéresse, mais plutôt leurs différences. Ellul constate que la technique est apparue avant la science. Cela implique qu'il voit une distinction entre science et technique. Comment donc les distinguer ?

a) La découverte objective conduit à la connaissance

Pour partir, encore une fois, d'une conception populaire, la science est définie par le dictionnaire Larousse de la façon suivante: « Ensemble organisé de connaissances relatives à certaines catégories de faits ou de phénomènes. Ensemble des connaissances humaines sur la nature, la société et la pensée, acquise par la découverte des lois objectives des phénomènes, et leur explication »[330]. Cette définition ne reflète pas les différentes opinions relatives à la notion de science. Néanmoins, cette définition générale constitue un point de départ intéressant car elle énonce quelques caractéristiques généralement acceptées que nous devons mettre en évidence. Tout d'abord, la science relèverait de la *connaissance* et de la *découverte*.

La découverte contribue à la connaissance. Nous touchons ici une différence importante permettant de différencier la science de la technique. La progression de la connaissance scientifique s'appuie beaucoup sur des découvertes alors que l'avancée des connaissances techniques fait surtout appel à l'invention. Cela s'explique par le fait que la technique est essentiellement artificielle[331] alors que la science, en principe, dépend davantage d'une compréhension des phénomènes qui nous entourent: « La science consiste, pour la communauté scientifique, à partager des évidences et à décrire les lois de la nature »[332]; « le but de chaque science est d'arriver à la vérité ontologique dans

même auteur: *Le système Technicien*, Paris: Calmann-Lévy, 1977.

330 *Petit Larousse illustré*, 1980, p. 931.

331 «Dans un sens large, il y a innovation technique chaque fois que l'esprit humain invente un objet nouveau: porte-plume substitué à la plume d'oie, [...].», Philippe JESTAZ, «Intervention de Philippe Jestaz», dans: CENTRE DE RECHERCHES CRITIQUES SUR LE DROIT, *Le Droit au contact de l'innovation technologique*, Colloque de mai 1987, Université Jean Monnet, St-Étienne: C.E.R.C.R.I.D., 1989, p.139.

332 Michel CABANAC, *La quête du plaisir. Étude sur le conflit des motivations*, Montréal: Liber, 1995, pp. 8-9

les phénomènes qu'elle étudie »[333]. Les connaissances qui découlent des découvertes scientifiques visent à engendrer une perception relativement objective de l'univers. L'objectivité est assurée par une méthode expérimentale rigoureuse[334]. La *rigueur de la méthode* peut donc être vue comme une autre spécificité de la science: « Le tout est de procéder objectivement et non de se contenter d'intuitions comme la psychanalyse. Ce n'est pas l'objet étudié qui fait la science, mais la méthode »[335]. Chacun sait que l'objectivité n'est pas la principale qualité de la nature humaine. Cependant, une démarche objective signifie qu'une même méthode de travail employée par deux équipes de recherche différentes, voire concurrentes, devrait conduire aux mêmes résultats[336].

Lorsque nous ferons référence au caractère objectif ou à l'objectivité de certaines méthodes, il ne faudra pas comprendre cela comme un jugement de valeur sur d'autres moyens ou méthodes de connaissance. Nous ne valorisons pas l'objectivité comme une forme d'impartialité ou une meilleure approche vers la vérité. L'emploi du terme objectif fera référence au lien direct à l'objet en éliminant le plus possible toute autre considération.

Par ailleurs, qui dit méthode dit technique, il y a donc ici encore, un risque de confondre la science et la technique. La manière d'utiliser la technique peut dénoter soit de l'état d'esprit scientifique, soit de l'état d'esprit technique. Par exemple, un projet de recherche qui consiste à vérifier l'efficacité d'un nouveau médicament ou d'un nouvel appareil sur des sujets humains relèverait davantage de la technique que de la science. Dans cet exemple, l'aspect découverte ou avancement dans la compréhension de la connaissance scientifique n'est pas l'objectif principal. L'objectif majeur de ces recherches est surtout de fabriquer et valider un produit. En revanche, la méthodologie utilisée pour mettre au point le produit, puis pour le tester, est importante. Bien que la rigueur de la

---

[333] Paul COSMOVICI, « La logique juridique à la lumière du rapport entre la logique et les autres sciences », dans: Hubert HUBIEN, *Le raisonnement juridique*, Actes du congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale, Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1971, 459-469, p. 462.

[334] « la signification véritable de la science, c'est d'être une *méthode* de pensée et d'action. », Simone DAVAL et Bernard GUILLEMAIN, *Philososophie des sciences*, Paris: Presses Universitaires de France, 1959, p. 52.

[335] M. CABANAC, *La quête du plaisir. Étude sur le conflit des motivations*, p. 10, précité note 332.

[336] Pierre PAPON, *Le pouvoir et la science en France*, Éditions du Centurion, Paris, 1978, pp. 255-256.

méthodologie soit scientifique, l'objectif ultime du projet de recherche n'est fondamentalement pas de comprendre, mais de produire[337]. À l'inverse, lorsqu'une technique employée est importante, il ne faut pas conclure automatiquement, à un objectif technique. Un des objets de la recherche scientifique est sa contribution à la théorie de l'ensemble des connaissances scientifiques. Cette distinction est primordiale dans l'analyse historique de la place des techniques et des sciences au sein des sociétés[338]. En effet, une science très développée pourrait engendrer une technique développée. Dans un tel contexte, une étude centrée sur la technique semblera démontrer que la technique est au cœur du développement social, alors qu'en réalité cette technique est encore considérée comme l'outil.

En résumé, à cette étape de notre réflexion, la science pourrait être définie comme *la connaissance mise au jour grâce à une méthode objective.* Plusieurs caractères de l'esprit scientifique se cachent derrière cette définition sommaire. Nous les étudierons plus en détails dans les sections qui suivent. Mais avant cela, revenons sur la notion de connaissance scientifique, car elle implique une forme de savoir particulier. Bien entendu, tout le savoir n'est pas scientifique, car il n'est pas issu du processus scientifique. C'est la distinction que fait Michel Cabanac lorsqu'il distingue le su du connu:

> «Sur ce point il faut se souvenir de la différence entre le su et le connu. Tout le monde savait avant Archimède qu'on peut flotter sur l'eau, et avant Newton que les pommes tombent des pommiers. Tout le monde sait qu'une sensation peut être agréable. Ces savoirs ne recouvrent

---

337 « la technique, [...] se soucie peu de dépasser les apparences, pourvu que soit obtenu le but recherché. », S. DAVAL et B. GUILLEMAIN, *Philososophie des sciences*, 1959, p. 52, précité note 334.

338 Voir à ce sujet le débat concernnant la distinction entre la science (ou technoscience) et la technique relativement à l'indépendance de la connaissance: « Parler des sciences comme technologies intelletuelles pourrait faire croire à une réduction des sciences à l'utilitaire et à l'opératoire. Ce serait vrai si on séparait la technoscience de son caractère humain. Mais le savoir est, pour moi, une manière de mettre ensemble le langage, les choses partagées et les corps, de manière à construire un univers partagé, symbole de nos rencontres. Mais il est vrai que, pour cela, il est nécessaire de libérer les pratiques scientifico-techniques d'une dépendance exagérée de l'économique qui lui, instrumentalise le savoir. Reste que, dans notre culture, on peut percevoir deux visions qui s'affrontent. Certains (comme Habermas, 1973) insisteront sur la distinction à faire entre les intérêts scientifico-techniques et les intérêts liés à l'histoire et aux histoires humaines. D'autres (cf. les développements récents du Technology Assesment: Latour, 1989 - Callon, 1989 - Fourez, 1983 ou Kwaskin, 1991) insisteront sur l'impossibilité et le non-sens de séparer l'interprétatoire du technique, l'humain du matériel, l'esprit de sa corporéité, le corps comme langage du corps comme outil. », Gérard FOUREZ, *La construction des sciences*, 3e éd., Bruxelles: De Boeck-Larcier, 1996, p. 119.

pas nécessairement la connaissance des lois de la physique ou plus modestement, de la psychologie sensorielle»[339].

La connaissance scientifique aurait donc ceci de particulier qu'elle ne serait ni inventée, ni purement intuitive mais *découverte* selon une méthode qui vise l'objectivité. Cela n'empêcherait nullement l'esprit humain d'inventer de nouvelles théories quitte à le faire selon son intuition, mais ces connaissances ne deviendraient scientifiques que dans la mesure où elles seraient démontrées de façon objective et acceptées par la communauté scientifique. Cela nous amène au second caractère soit, la reconnaissance par les pairs; un processus lié à l'objectivation de la connaissance. Examinons plus en détails la relation entre la connaissance et son objectivation.

b) Organisation, universalité et objectivité: trois caractères de la théorie scientifique

Chaque élément de connaissance devrait en principe, pour être scientifique, être cohérent avec le reste de la connaissance scientifique établie. Les nouvelles découvertes peuvent remettre en question la connaissance établie à condition qu'elles apportent elles-mêmes une plus grande cohésion de l'ensemble. Cela nous amène à souligner deux autres caractéristiques importantes de la science: *l'organisation* et *l'universalité*. La connaissance scientifique se veut universelle. Elle fait appel à des lois naturelles qui s'appliquent à tout un univers connu. À cet égard la science et la philosophie ont un point commun: les deux ont souci d'universalité. Cependant, le terme ne recouvre pas la même définition dans l'un ou l'autre cas.

L'universalité philosophique transcende la nature pour inclure le divin et d'autres notions purement abstraites telles l'âme. La philosophie conduit à la métaphysique « ou philosophie première, (qui) à son tour, aborde la question de l'être en tant qu'être, elle est la connaissance par la raison des causes

---

[339] M. CABANAC, *La quête du plaisir. Étude sur le conflit des motivations*, p. 10, précité note 332.

absolument premières se rapportant à l'ordre naturel. (...) (L)a métaphysique n'a pas son sort lié à celui des sciences particulières, que les théories scientifiques peuvent changer sans que les fondements soient ébranlés »[340].

De son côté, l'universalité scientifique est restreinte non seulement à la connaissance empirique, mais en plus à la connaissance scientifique: « Au sens restreint et positif du mot, la science est la recherche et la connaissance des lois qui gouvernent le monde sensible et le monde de la quantité. Ces lois ont un caractère d'universalité. Elles s'imposent à tous parce qu'elles permettent de prévoir les phénomènes et d'agir sur ceux qui sont à notre portée »[341]. L'étendue de l'universalité scientifique est limitée en raison de la « relativité » des observations et donc des lois scientifiques[342]. Il s'agirait donc d'une forme d'universalité propre à la science, compartimentée et objective, différente d'une vision englobante de la philosophie.

L'universalité, limitée à un cadre restreint particulier, ne nous paraît pas être un caractère suffisant pour déceler la présence de l'esprit scientifique. L'organisation des connaissances semble être un deuxième élément qui en concomitance avec l'universalité imposerait sa rigueur au processus d'objectivation de la connaissance. Tout comme l'universalité, il serait à la fois une exigence et une conséquence de l'objectivité des connaissances scientifiques.

Depuis ses débuts, la science se serait développée dans le cadre de lois cohérentes les unes avec les autres. C'est ce que J. R. Oppenheimer appelle: « Le caractère cumulatif de la science »[343]. La science n'est pas anarchique, elle

---

340 Rémy COLLIN, *Message social du savant*, Paris: Albin Michel, 1941, pp. 221-222.

341 *Ibid.*, p. 161; Karl R POPPER, *la logique de la découverte scientifique*, traduit par Nicole Thyssen-Rutten et Philippe Devaux, Paris: Payot, 1973, p. 57.

342 François Grégoire (*Logique et philosophie des sciences*, Paris: Librairie Philosophique Vrin, 1953, pp. 250-251) vulgarise fort bien la relativité en mécanique avec l'exemple classique d'un objet qui tombe dans un wagon. Celui-là n'aura pas la même célérité selon le point vue de l'observateur. Il n'y a pas de « point de repère absolu ».

343 J. Robert OPPEINHEIMER, *La science et le bon sens*, trad. par Albert Colnat, Paris: Gallimard, 1955, p. 36; Thomas S. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, traduit par Laure Meyer, 2ème Éd., Paris: Flammarion, 1983, p. 82.

est organisée[344]. La connaissance, pour être scientifique devrait donc s'intégrer dans l'organisation des connaissances déjà objectivées. Ce principe comporte néanmoins d'importantes nuances. Par exemple, la science n'est pas statique; elle évolue soit avec l'ajout de nouvelles découvertes, soit avec la correction d'erreurs du passé. Il faut parfois conclure à l'abandon de l'application des théories qui ne cadrent plus avec la logique de l'ensemble, c'est-à-dire l'organisation universelle: « L'esprit scientifique, (écrit Gaston Bachelard), est essentiellement une rectification du savoir par l'élargissement des cadres de la connaissance. Il juge son passé historique en le condamnant. (...) Scientifiquement, on pense le vrai comme la rectification historique d'une longue erreur (...) »[345]. La connaissance scientifique serait donc réfutable.

La conceptualisation de la réfutabilité de l'esprit scientifique a été mise en lumière notamment en 1934, par Karl Popper, penseur d'origine autrichienne: « Pour être scientifique, une affirmation doit, selon Popper, pouvoir être réfutée. L'essai de réfutation est un test de vérité, une vérification de l'adéquation entre notre conception du monde et sa réalité »[346]. « (...) (U)ne théorie nouvelle pourra remplacer l'ancienne si elle peut expliquer quelque chose que l'ancienne théorie ne pouvait pas, et si elle peut prédire un nouveau type de phénomène que l'ancienne n'avait pas permis d'envisager »[347]. Ainsi l'esprit scientifique ne serait pas, en principe[348], attaché coûte que coûte à une théorie particulière.

Si Karl Popper a introduit, en 1934, la notion de réfutabilité de l'observation scientifique, la relativité[349] des concepts pouvait déjà être décelée dans la

---

[344] Pour une illustration d'une vision scientifique du monde et de ses effets en droit voir: Auteur inconnu, *Elements of the logical and experimental sciences considered in their relation to the practice of the law*, Londres: Henry Butterworth, 1835, 500 p.; T. S. KUHN, *ibid.*, p. 190.

[345] Gaston BACHELARD, *Le nouvel esprit scientifique*, 4ème éd., Paris: P.U.F., 1934/1991, p. 177; du même auteur: *La formation de l'esprit scientifique*, 10e éd., Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1977, p. 6.

[346] Jean-René ROY, *Les héritiers de Prométhée*, P.U.L., Ste-Foy, 1998, p. 60.

[347] *Ibid.*, p. 66.

[348] En astrophysique, par exemple, pendant longtemps les tenants de la théorie de l'univers en expansion (Big Bang) imposaient une véritable dictature sur les tenants d'un univers fixe.

[349] « Il y aurait donc, à ce qu'il semble d'abord, cette alternative posée par la querelle historique du réalisme et du nominalisme: la signification réelle des idées générales porte à la possibilité d'édifier la science au moyen de concepts; si, au contraire, les concepts ne sont que « *flatus vocis* » ou des constructions abstraites de l'entendement, la science rationnelle apparaît impossible. Mais la même question prend un aspect divers dès qu'on ne conçoit plus la science comme un savoir parfait et (en quelque partie au moins) complet, c'est-à-dire comme une possession de la vérité mais qu'on y voit qu'un effort pour la conquête de la vérité qui procède par extensions, corrections et approches successives dans la durée de l'histoire. Alors les essais de définition chez

philosophie du 18e siècle: « La relativité est invoquée par Hegel pour enlever toute autorité normative à une science qui serait acceptée comme un système de vérités absolues. Contre ce dogmatisme figé se dresse l'activité libre et créatrice de l'esprit que le philosophe voit se développer dans le progrès dialectique »[350]. D'ailleurs, même sans entrer dans la philosophie de la science, les découvertes de Newton ont notoirement écarté d'autres théories plus anciennes comme celles de Képler[351]. Déjà au 18e siècle et peut-être même avant[352], la relativité des lois scientifiques aurait donc été reconnue comme un trait de la science.

L'organisation scientifique se veut ouverte au changement. Cela est envisageable en théorie, dans l'idéal de l'esprit scientifique, car, en pratique, Thomas Kuhn, « physicien américain devenu historien des sciences »[353], montre que « le changement d'allégeance se fait sur une base complexe qui dépasse la logique simple, et ressemblerait même à une conversion religieuse ! »[354] Il est certain que, même avec un esprit ouvert, l'abandon d'une théorie qui nous est chère ne se fait pas sans réticence. Cependant, indépendamment des limites de la psychologie humaine, il n'empêche que la science semble vouloir proposer une vision objective de la réalité. Nous ne disons pas ici que la science détient l'exclusivité de l'objectivité. Thomas Kuhn, prenant appui sur les découvertes successives de l'optique, semble affirmer que l'objectivité n'a pas toujours été un caractère de l'esprit scientifique:

> « (...) (C)e processus n'était pas caractéristique de la période antérieure à l'œuvre de Newton, et c'est ce contraste qui nous

---

Socrate et Platon apparaissent déjà comme allant de la considération d'un groupe d'objets mal délimité à celle d'un groupe mieux délimité; et l'on peut dire, en général, que la construction de concepts scientifiques, sans que jamais ils puissent devenir adéquats en tous points à la vérité, tend cependant à adhérer toujours davantage à la réalité. », F. ENRIQUES, *La théorie de la connaissance scientifique de Kant à nos jours*, t. VII, Coll. Philosophie et Histoire de la pensée scientifique, Paris: Hermann & Cie, 1938, p. 30.

350 *Ibid.*, p. 33.

351 *Ibid.*, p. 6.

352 Cela fait appel à ce que François Russo appèle la *conception progressive du savoir*: « les Grecs savaient qu'ils laissaient des problèmes non résolus; en astronomie, dès le XVIe siècle et même à certains égards dès le XIVe siècle, l'idée commençait à s'imposer que l'image traditionnelle du monde n'était qu'approximative, que le progrès de la déduction et de l'expérimentation était susceptible de l'améliorer. », *Histoire de la pensée scientifique*, Paris: Éditions du Vieux Colombier, 1951, pp. 111-112.

353 J.-R. ROY, *Les héritiers de Prométhée*, 1998, p. 82, précité note 346.

354 *Ibid.*, p. 84.

intéresse maintenant. A aucun moment, de la haute Antiquité à la fin du XVIIe siècle, il n'y a eu de théorie unique généralement acceptée sur la nature de la lumière, mais au contraire plusieurs écoles et cénacles concurrents dont la plupart adoptaient telle ou telle variante de la théorie épicurienne, aristotélicienne ou platonicienne. (...) Chaque école puisait son autorité dans ses rapports avec une métaphysique particulière. (...) Cependant, quiconque jetterait un coup d'œil général sur l'optique avant Newton serait tenté de conclure que, bien que les spécialistes en ce domaine fussent des hommes de science, le résultat net de leur activité n'était pas encore de la science »[355].

Ici, Thomas Kuhn fait, en réalité, allusion à l'universalité des concepts scientifiques plus qu'à leur objectivité. Une universalité « trop large » semble biaiser la validité des affirmations en tout ou en partie. Plus loin il fera véritablement référence à une réelle objectivité: « Pour être accepté comme paradigme, une théorie doit sembler meilleure que ses concurrentes, mais il n'est pas nécessaire qu'elle explique (en fait elle n'explique jamais) tous les faits auxquels elle peut se trouver confrontée »[356]. On constate encore avec les paradigmes[357] de Thomas Kuhn que l'objectivité des concepts scientifiques serait intimement liée à leur universalité.

En bref, retenons les deux propriétés *d'organisation* et *d'universalité* car elles semblent toutes deux étroitement associées à la science et à la mentalité scientifique. Les deux cumulées ont ceci de particulier qu'elles impliqueraient

---

355 T. S. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, 1983, pp. 32-33, précité note 343.

356 *Ibid.*, pp. 38-39.

357 T. Kuhn circonscrit le paradigme de la façon suivante: « En le choisissant, je veux suggérer que certains exemples reconnus de travail scientifique réel - exemples qui englobent des lois, des théories, des applications et des dispositifs expérimentaux - fournissent des modèles qui donnent naissance à des traditions particulières et cohérentes de recherche scientifique, celles par exemple que des historiens décrivent sous les rubriques d'« Astronomie de Ptolémée » (ou de Copernic), « Dynamique aristotélicienne » (ou newtonienne), « Optique corpusculaire » (ou optique ondulatoire), etc. C'est l'étude des paradigmes, dont beaucoup sont bien plus spécialisés que ceux que je viens d'énumérer, qui prépare principalement l'étudiant à devenir membre d'une communauté scientifique particulière avec laquelle il travaillera plus tard. [...] Les hommes dont les recherches sont fondées sur le même paradigme adhèrent aux mêmes règles et aux mêmes normes dans la pratique scientifique. Cet engagement et l'accord apparent qu'il produit sont des préalables nécessaires de la science normale, c'est-à-dire de la genèse et de la continuation d'une tradition particulière de recherche. », *ibid.*, p. 30.

autant une acceptation des connaissances acquises qu'une rectification des erreurs du passé. Cela conduit à maximiser l'objectivité de la connaissance.

Cela nous amène à réfléchir sur la connaissance elle-même et son objectivité. En effet, l'organisation des connaissances, dans un cadre universel restreint, ne serait reconnu comme scientifique que si ces connaissances théoriques sont rattachées d'une façon quelconque à la réalité. La science recherche d'abord une explication du réel. C'est ici qu'entre en jeu l'induction.

c) L'induction établit le lien entre la théorie et la réalité

Nous avons mentionné que le savoir technique, en vertu de son caractère appliqué, semblait lié à l'invention. L'imagination serait donc un trait majeur de la technique, et la méthode objective serait secondaire. On associe souvent technique et science car les découvertes scientifiques sont à l'origine de nouvelles techniques, de nouveaux procédés. Le dictionnaire Larousse, nous l'avons vu, définit la technique dans les termes suivants: «Ensemble des procédés d'un art, d'un métier »[358]. Dans le langage courant, la technique s'attarde donc au procédé et s'inquiète moins de l'avancement des connaissances[359]. Cela n'empêche nullement les inventions de comporter elles aussi, leur part de mystère sur la façon dont elles vont être utilisées par la société et sur l'étendue de leurs applications. Un des avantages de la technique sur la science pourrait résider dans le fait que les inventions peuvent être utilisées immédiatement. Cela impliquerait une certaine rapidité et donc une forte efficience entre l'investissement et le résultat. Accroître l'efficacité et, en bout de ligne, l'efficience[360], est d'ailleurs un des objectifs principaux de la technique. Cela impliquerait aussi souvent une certaine spécificité et particularité du produit. Le fait d'apporter une réponse particulière à un problème précis tiendrait, selon nous, de l'essence même de la technique.

---

[358] *Petit Larousse illustré*, 1980, p. 1004.

[359] P. PAPON, *Le pouvoir et la science en France*, 1978, p. 256, précité note 336.

[360] Nous faisons référence ici a des notions bien connues en économie. L'efficacité traduit la relation entre une action et son résultat, alors que l'efficience, plus large est le rendement obtenu entre l'investissement et le résultat.

De son côté, la science recherche une explication; elle essaye de décrire l'organisation du réel. En cela elle peut aussi inventer des modèles et, sous cet aspect, s'apparenterait à la technique. Toutefois, elle devrait en plus se rapporter systématiquement aux faits. C'est ce qui rend la théorie réelle. La science semble être une forme d'explication du réel; elle rechercherait une perception objective de l'univers; ce serait donc le réel qui limiterait l'universalité scientifique.

Il s'ensuit deux mentalités différentes entre technique et science. La technique ne cherche pas à expliquer le réel; elle ne théorise pas. L'invention technique semble pouvoir s'appliquer tant à la théorie, à l'abstrait qu'au réel, sans pour autant être obligée de faire un lien entre les deux pour conserver sa qualité. En revanche, la mentalité scientifique inciterait à *théoriser*, c'est-à-dire, maintenir un certain recul purement intellectuel et théorique, abstrait afin de comprendre la logique de l'ensemble du *réel*[361]. Gaston Bachelard expose les deux caractères indissociables de l'esprit scientifique: rationaliste et réaliste[362]. Il semble même aller plus loin en affirmant: « (t)outefois le sens du vecteur épistémologique nous paraît bien net. Il va sûrement du rationnel au réel et non point, à l'inverse, de la réalité au général comme le professaient tous les philosophes depuis Aristote jusqu'à Bacon »[363]. Nous assimilons le processus scientifique que décrit Gaston Bachelard à une forme *d'induction*[364] qui impose la présence de concepts

---

361 « Aussi bien, puisque le concret accepte déjà l'information géométrique, puisque le concret est correctement analysé par l'abstrait, pourquoi n'accepterions-nous pas de poser l'*abstraction* comme démarche normale et féconde de l'esprit scientifique. [...] Puisque la première représentation géométrique des phénomènes est essentiellement une *mise en ordre*, cette première mise en ordre ouvre devant nous des perspectives d'une abstraction alerte et conquérante qui doit nous conduire à organiser rationnellement la phénoménologie comme une théorie de l'*ordre pur* ». G. BACHELARD *La formation de l'esprit scientifique*, 1977, pp. 5 et 6, précité note 345; À titre d'illustration, voir: Auteur inconnu, *Elements of the logical and experimental sciences considered in their relation to the practice of the law*, 1835, p. 355, précité note 344; « La science est d'abord une démarche intellectuelle visant à comprendre et à expliquer le monde. », J.-R. ROY, *Les héritiers de Prométhée*, 1998, pp. XI-XII, précité note 346.

362 « Quel que soit le point de départ de l'activité scientifique, cette activité ne peut pleinement convaincre qu'en quittant le domaine de base: *si elle expérimente, il faut raisonner; si elle raisonne, il faut expérimenter* ». G. BACHELARD, *Le nouvel esprit scientifique*, 1934/1991, p. 7, précité note 345.

363 *Ibid.*, p. 8.

364 Pour avoir une définition de base de la notion d'induction, il faut remonter à Aristote. Sa conception a, par la suite, été élargie. Dans la théorie d'Aristote: « L'induction est l'acte par lequel l'esprit passe du concret à l'abstrait; des objets et des faits observés, aux concepts et aux jugements universels. [...] L'induction scientifique proprement dite qui [...] part de nombreux faits d'expérience est un véritable raisonnement dont les procédés varient avec les diverses sciences. Aristote lui assigne pour but d'établir par des recherches plus spéciales, les définitions et les principes qui serviront de point de départ aux syllogismes. », F.-J. THONNARD, *Précis d'histoire de la philosophie*, 1952, p. 93 et p. 94, précité note 325; F. GRÉGOIRE, *Logique et philosophie des sciences*, 1953, p. 290, précité note 342.

abstraits éclairant la réalité concrète. Ce processus semble être associé à l'esprit scientifique d'aussi loin que remonte la science:

> « Toute chose, pensée comme possible, doit trouver sa place dans une zone, proche ou lointaine, du domaine accessible à notre expérience. Ainsi, la pensée devient la vigie qui de loin scrute l'inconnu. En théorisant, elle ne se repaît pas d'abstractions, mais au contraire elle s'efforce d'enrichir la réalité, en amplifiant ses limites. Le principe qui entre en jeu ici a reçu de Leibniz le nom de « raison suffisante » et il est facile de voir que ce principe a dominé le progrès de la science depuis les temps les plus reculés jusqu'à nos jours »[365].

Les mathématiques, cependant, offrent peu de place à l'induction. Il s'agit d'un domaine principalement déductif. Il s'agit donc d'une objection importante à ceux qui ne voudraient reconnaître une valeur scientifique qu'aux raisonnements inductifs. Retenons aussi les mises en garde de Jean-René Roy, astrophysicien et professeur au département de physique de l'Université Laval, contre une perception inductive simpliste de la science: « Bien des attitudes à l'égard de la science reflètent simplement une ignorance du processus scientifique et témoignent, tout au moins, d'une vision fort incomplète. Je schématise: d'une collection de faits, le chercheur passe par une analyse logique aux lois scientifiques. (...) Cette façon de voir, que nous appellerons inductivisme, est obsolète; la science ne fonctionne pas comme cela »[366]. Jean-René Roy soutient ensuite que la science est plus que de l'induction simple. Pour résumer ses arguments, disons que non seulement les données devraient être découvertes selon une démarche la plus rigoureuse possible, mais qu'en plus, elles devraient révéler ou confirmer une théorie cohérente avec le reste de l'univers connu; une théorie précise et réfutable (le cas échéant)[367]. Toutefois, il n'est pas certain, qu'au 18e siècle, la société ait été consciente de cette particularité de l'induction scientifique.

---

365 F. ENRIQUES, *Signification de l'histoire de la pensée scientifique*, t. I, Coll. Philosophie et Histoire de la pensée scientifique, Paris: Hermann & Cie, 1934, p. 26.
366 J.-R. ROY, *Les héritiers de Prométhée*, 1998, p. 42, précité note 346.
367 *Ibid.*, pp. 47-56.

Au bout du prisme, Karl Popper rejette toutes les formes de *logique* inductive[368] qui conduiraient le scientifique vers une théorie vraie ou même probable. Il ne nie pas tout contact entre la théorie et la réalité, mais leur imputer une relation différente voire opposée à celle d'une logique inductive: « La théorie que je vais développer dans les pages suivantes s'oppose directement à tous les travaux tentant d'utiliser les notions de la logique inductive. On pourrait la décrire comme la *méthode déductive de contrôle* ou comme la conception selon laquelle une hypothèse ne peut-être que *soumise à des tests* empiriques et seulement *après* avoir été avancée »[369]. Karl Popper fait allusion ici au test de réfutation dont nous avons fait mention plus haut. Il s'agit de « mettre les théories à l'épreuve dans un esprit critique »[370]. Plus loin, il ajoute: « Or, je prétends que les théories scientifiques ne peuvent jamais être tout à fait justifiées ou vérifiées mais qu'elle peuvent néanmoins être soumises à des tests. Je dirai donc que *l'objectivité* des énoncés scientifiques réside dans le fait qu'ils peuvent être intersubjectivement *soumis à des tests* »[371]. Bien que nous soyons entièrement en accord avec la position de Karl Popper, nous devons nous placer dans le contexte du 18e siècle. À cette époque, il n'est pas certain que les scientifiques et encore moins la population en général aient acquis consciemment un tel degré de rigueur pour délimiter ce qui est scientifique et ce qui ne l'est pas. Encore en 1941, certains auteurs semblaient

---

368 « Il est courant d'appeler « inductive » une inférence si elle passe d'*énoncés singuliers* (parfois appelés aussi énoncés particuliers), tels des comptes rendus d'observations ou d'expériences, à des *énoncés universels*, telles des hypothèses ou des théories. [...] On peut encore rendre explicite le problème de l'induction en disant qu'il correspond à la question de savoir comment établir la vérité d'énoncés universels fondés sur l'expérience, tels les hypothèses et systèmes théoriques des sciences empiriques. [...] Sans doute, ceux qui disent d'un énoncé universel que nous connaissons sa vérité par expérience, veulent-ils habituellement dire que l'on peut, d'une certaine façon, ramener la vérité de cet énoncé universel à celle d'énoncés singuliers et que nous connaissons par expérience la vérité de ces derniers, ce qui revient à dire que l'énoncé universel est fondé sur l'expérience inductive. Il apparaît ainsi que la question de savoir s'il y a des lois naturelles connues comme vraies n'est qu'une autre version de celle de savoir si les inférences inductives sont logiquement justifiées. [...] Personellement, je considère que les diverses difficultés attachées à la logique inductive, esquissées ici, sont insurmontables. Insurmontables également, je le crains, sont celles que suscite la doctrine, si largement répandue aujourd'hui, selon laquelle l'inférence inductive - quoique non valide au sens strict - *peut atteindre un certain degré de « véridicité » ou de « probabilité »*. Suivant cette doctrine, les inférences inductives sont des « inférences probables » », K. R POPPER, *la logique de la découverte scientifique*, 1973, pp. 23-25, précité note 341.

369 *Ibid.*, p. 26.

370 « Nous pouvons, si nous le voulons, distinguer quatres étapes différentes au cours desquelles pourraient être réalisée la mise à l'épreuve d'une théorie. Il y a, tout d'abord, la comparaison logique des conclusions entre elles par laquelle on éprouve la cohérence interne du système. En deuxième lieu s'effectue la recherche de la forme logique de la théorie, qui a pour objet de déterminer si celle-ci a les caractéristiques d'une théorie empirique ou scientifique ou si elle est, par exemple, tautologique. Il y a en troisième lieu, la comparaison de la théorie à d'autres théories, dans le but principal de déterminer si elle constituerait un progrès sceintifique au cas où elle survivrait à nos divers tests. Enfin, la théorie est mise à l'épreuve en procédant à des applications empiriques des conclusions qui peuvent en être tirées. », *ibid.*, p. 28.

concevoir la science comme une recherche de la vérité[372]. Karl Popper lui-même décrit des théories très populaires qui soutenaient que l'inférence inductive permettait la démonstration des énoncés scientifiques[373]. La chose est importante car nous cherchons à comprendre l'influence de l'esprit scientifique sur les juristes du 18e siècle[374].

Compte tenu de ces ajustements, nous conserverons l'*induction* dans un sens large comme une caractéristique de l'esprit scientifique car elle est omniprésente dans la plupart des domaines scientifiques[375]. Le mot induction sera conservé car, en dépit des commentaires de K. Popper et même si elle n'est pas toujours pleinement logique (au sens strict de ce terme[376]), la science, quelle que soit l'époque concernée, vise à émettre des théories et conserve un lien étroit entre le général (théorie) et le particulier (concret); de même qu'entre l'objectif

---

371 K. R POPPER, *la logique de la découverte scientifique*, 1973, p. 41, précité note 341.

372 « [À] côté du groupe des sciences positives ou *conquérantes* suivant la terminologie de M. Jean Perrin, il existe le groupe des sciences *humaines*, et que les hommes qui dévouent leurs soins aux unes ou aux autres ont une ambition commune, celle de découvrir la vérité. [...] Pour être qualifiées de scientifiques, une notion ou une proposition doivent présenter ce caractère fondamental d'être vérifiables. », R. COLLIN, *Message social du savant*, 1941, p. 146 et p. 160, précité note 340.

373 K. R POPPER, *la logique de la découverte scientifique*, 1973, pp. 23-26, précité note 341.

374 Il n'est pas exclu, toutefois, que l'esprit scientifique en se rafinant pousse le juriste vers des avenues nouvelles. Par exemple, en conclusion d'un collectif sur l'internormativité, Jean-Guy Belley fait un rapprochement entre « le nouveau rationalisme scientifique [qui] donne les moyens d'une connaissance générale et unifiée de tous les phénomènes chimiques actuels et virtuels » et l'ouverture du droit vers l'élaboration d'une « théorie des mélanges et des rapports de la normativité juridique avec les autres espèces de la normativité sociale. [...] [L]a notion d'internormativité a précisément pour avantage d'obliger à pratiquer l'interdisciplinarité par laquelle peut s'acquérir la conviction qu'une autre science du droit, panjuridique c'est-à-dire générale et unifiée, est désormais possible et souhaitable. », Jean-Guy BELLEY, « Un nouvel esprit scientifique pour l'internormativité », dans: Jean-Guy BELLEY (dir.), *Le droit soluble - Contributions québécoise à l'étude de l'internormativité*, Paris: L.G.D.J., 1996, 273-278, pp. 274 et 275.

375 « C'est ainsi qu'on signale, comme ayant pour domaine d'application propre les sciences mathématiques (sciences des nombres et des figures), la méthode de démonstration par la déduction strictement logique, en partant de définitions *a priori*, construites par génération immuables, rigides, nécessaires, universelle (définitions géométriques), complétées par des axiomes et des postulats, sur lesquels s'échafaudent les théorèmes, dans un enchaînement rigoureux et pleinement convaincant pour l'esprit. À l'inverse, la méthode inductive, dans ses traits vraiment caractéristiques, semble plus spécialement réservée aux sciences physiques (entendue comme sciences des phénomènes des corps bruts et non organisés), lesquelles, partant de l'hypothèse, suggérée par l'observation prime-sautière, et cherchant à la vérifier au moyen d'une observation plus profonde, mieux encore de l'expérimentation proprement dite, s'efforcent de saisir et d'isoler la cause efficiente des phénomènes (en reconnaissant, par des méthodes appropriées, la *coïncidence solidaire*), pour la généraliser suivant le principe des lois, puis, combinant les résultats de leurs découvertes, imaginent, afin de les représenter ou de les expliquer dans leur ensemble, des hypothèses générales, ou théories, tendant, en dépit de leur symbolisme inévitable, à préciser leurs formules jusqu'à la notation strictement quantitative. », F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, 1914, pp.168-169, précité note 1.

376 Neil MacCormick (*Raisonnement juridique et théorie du droit*, traduit par Jérôme Gagey, 1ère éd., Paris: Presses Universitaires de France, 1978/1996, pp. 43-44) fait état de deux acceptions du terme « logique » en droit. Le premier sens, technique, ferait référence à « la logique déductive »: « un argument est logique s'il respecte les exigences de la logique, c'est-à-dire si sa conclusion découle nécessairement des prémisses ». Le deuxième sens ferait plutôt appel à un sens général, c'est-à-dire une expression courante voulant exprimer par exemple le sens qu'on accorde à une action ou une idée vis-à-vis d'autres référents que la logique déductive.

et le subjectif (l'un dépendant de l'autre). Or contrairement à la déduction, ici c'est la théorie qui, à la suite de la comparaison, dépendrait de l'expérience[377] pour pouvoir être qualifiée de scientifique. Bref, le terme induction exprime le fait que la science semble être un mélange nécessaire de rationnel et de réel objectivement démontré. Thomas Kuhn en fait une description lorsqu'il décrit les « travaux de la science normale »:

> « Ils ((les savants)) travaillent à la fois sur les faits et sur la théorie, et leur travail ne fournit pas seulement de nouveaux renseignements mais aussi un paradigme plus précis, débarrassé des ambiguïtés qu'il avait encore dans sa version originale. (...) Ces trois classes de problèmes - détermination des faits significatifs; concordance des faits et de la théorie; élaboration de la théorie - couvrent, me semble-t-il, l'ensemble de la littérature de la science normale, tant empirique que théorique. »[378]

En résumé, l'organisation refléterait la logique des théories entre elles et des faits entre eux. Les théories se trouveraient, certes, limitées par le cadre réel, mais auraient néanmoins une application universelle à l'intérieur de ce cadre. Reste le processus inductif qui permettrait de faire un lien entre la théorie et la réalité objectivement démontrée; ce qui rendrait la théorie, par le fait même, elle aussi relativement objective. Une nuance concernant l'objectivité s'impose par le fait que les scientifiques ont indépendamment de leur volonté une part de subjectivité. Cela nous amène, dans les prochaine lignes, à nuancer plus encore notre description de la « logique » scientifique qui, comme nous le verrons, peut s'avérer quelque peu naïve, même si elle donne, selon nous, un reflet relativement juste de l'idéal scientifique.

---

[377] « Tant qu'une théorie résiste à des tests systématiques et rigoureux et qu'une autre ne la remplace pas avantageusement dans le cours de la progression scientifique, nous pouvons dire que cette théorie a « fait ses preuves » ou qu'elle est « corroborée ». », K. R POPPER, *la logique de la découverte scientifique*, 1973, p. 29, précité note 341.

[378] T. S. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, 1983, p. 59, précité note 343.

2. Science unique ou sciences multiples: complément sur une évolution contemporaine de l'esprit scientifique.

Nous ne saurions en rester sur ces critères bruts, sans apporter quelques nuances. Nous avons énoncé certains traits de la science afin d'identifier grossièrement une forme d'esprit qui aurait crû en popularité dès la fin du 18e siècle. Il ne s'agit, cependant, que d'un abrégé de l'esprit scientifique. Celui-ci, comme le montre Gaston Bachelard, n'a cessé d'évoluer dans des subtilités. Il n'est certes pas le seul à avoir réfléchi sur la question de la science. Il est pourtant l'auteur principal auquel nous nous référerons, car il ne s'agit ici que d'illustrer les possibles subtilités d'une conception de la science lorsqu'on tente de pousser la réflexion au delà des grandes lignes[379]. Nous ajouterons aux mises en garde de Gaston Bachelard une réflexion incontournable autour de l'évolution de la science contemporaine que certains qualifient désormais de technoscience.

a) Développements de Gaston Bachelard sur les conséquences de la physique mathématique

Dans son ouvrage *Le nouvel esprit scientifique*[380], Bachelard expose que « pendant deux mille ans, la géométrie reçoit sans doute des adjonctions nombreuses, mais la pensée fondamentale reste la même et l'on peut croire que cette pensée géométrique est le fond de la raison humaine. C'est sur le caractère immuable de l'architecture de la géométrie que Kant fonde l'architectonique de la raison »[381]. Or, dès la fin du 18e siècle, se développe en parallèle à la géométrie euclidienne d'autres théories géométriques indépendantes, non-euclidiennes. Bachelard qualifie cette tendance de « nouvelle liberté mathématique »[382]. Par la suite cependant, ces tendances théoriques prirent pied dans la réalité euclidienne grâce à des démonstrations concrètes. Le nouvel esprit scientifique empreint de liberté intellectuelle aurait donc permis, selon Bachelard, d'essaimer de nouvelles théories. L'une d'elles ne

---

379 Voir par exemple: F. ENRIQUES, *La théorie de la connaissance scientifique de Kant à nos jours*, t. VII, 1938, précité note 349.
380 G. BACHELARD, *Le nouvel esprit scientifique*, 1934/1991, précité note 345.
381 *Ibid.*, p. 24.

serait pas rattachée à l'ensemble de la connaissance scientifique. Bachelard constate, en effet, que la théorie de la relativité (non newtonienne) est « un effort de nouveauté totale. On suit donc une induction transcendante et non pas une induction amplifiante en allant de la pensée classique à la pensée relativiste »[383]. La physique et les mathématiques du 20e siècle auraient fait éclater la pensée scientifique traditionnelle. La méthode de perception du réel a trouvé de nouvelles voies, plus efficaces, mais aussi beaucoup plus complexes. Bachelard évoque le Calcul Tensoriel où « dans le détail même du calcul, veille une sorte de conscience de la totalité »[384], de même pour les mécaniques ondulatoires et quantiques avec, par exemple, l'équation de Schrôdinger ou le calcul matriciel (les mathématiciens et les physiciens comprendront sûrement à quoi Bachelard fait allusion ici). Toutes ces méthodes de physique mathématique seraient des « appuis indispensables de la pensée. Sans leur intermédiaire la pensée scientifique apparaîtrait comme une simple juxtaposition de connaissances empiriques »[385]. Devant la complexité des nouvelles méthodes, l'esprit scientifique se serait doté de nouveaux outils intellectuels, mathématiques. Cela aurait aussi conduit les savants vers de nouvelles façons de percevoir le concret: le temps est de l'espace; la matière est de l'énergie; la couleur est du mouvement; l'instabilité des électrons est un chiffre. Nous nous arrêterons là dans l'exposé de Bachelard car nous pensons peu probable que, devant une telle complexité, la société du 20e siècle ait suivi ce nouvel esprit de façon aussi étroite qu'elle aurait pu le faire avec l'esprit scientifique traditionnel. Nous ne voulons pas dire en cela que la nouvelle mentalité scientifique n'a pas eu d'impact sur la forme de pensée du 20e siècle, mais tel n'est pas l'objet de notre thèse.

Nous constatons que les commentaires de Bachelard, malgré les remises en question qu'ils impliquent, conservent les caractères de base que nous avons choisis afin de mettre en évidence l'esprit scientifique. Ainsi la science, pour répondre à ce nom, semble toujours devoir être composée d'une part de

---

382 *Ibid.*, p. 26.

383 *Ibid.*, p. 46. Notons que l'induction amplifiante à laquelle fait allusion G. Bachelard consiste à développer la connaissance scientifique à partir des théories acquises. L'axiome de base est amplifié.

384 *Ibid.*, p. 60.

385 *Ibid.*, p. 61.

réalisme et d'une part de rationalisme, quand bien même ces deux aspects seraient traduit sous une forme mathématique. L'invention d'une loi ne serait pas scientifique sans la découverte qui y est associée. La science tenterait toujours de comprendre l'organisation du monde. La science semble encore vouloir apporter des solutions universelles dans un cadre restreint. Bref, si Bachelard constate une remise en question du contenu et de l'approche scientifique du concret, il ne semble pas remettre en question les caractères principaux de la science. Ajoutons, que la période de l'histoire qui nous intéresse n'a pas connu ce renouvellement de perspective: « Pour les savants du XIX[e] siècle aussi bien que pour Descartes, les bases rationnelles du mécanisme étaient inébranlables »[386].

b) La notion de science évolue-t-elle?

La notion de science a évolué avec l'histoire de l'humanité[387]. Par exemple, nous avons vu que quelques particularités de l'induction moderne n'étaient pas forcément un concept à la portée des scientifiques du 18[e] siècle. La science n'a pas, non plus, toujours existé comme nous le constations plus haut avec Jacques Ellul. François Russo écrit que la science n'existait au 6[e] siècle avant J.-C.[388]:

> « Dans la civilisation orientale avant les Grecs, on ne saurait reconnaître un comportement scientifique dans les techniques empiriques du calendrier, de l'arpentage ou de la construction; quant au savoir concernant les nombres, il n'est pas assez abstrait, malgré les apparences de symbolisme, pour être qualifié d'algèbre et demeure une arithmétique grossière. Nous ne pouvons pas non plus considérer comme relevant de la science les cosmogonies des civilisations orientales ou même de l'époque grecque archaïque: si elles empruntent quelques éléments à l'expérience, elles restent des mythes religieux, et à leur élaboration ne préside pas ce minimum d'esprit

---

386 *Ibid.*, p. 166.

387 « Aussi choquante que puisse paraître à première vue l'idée d'une transformation historique des critères et des méthodes du savoir, elle n'en est pas moins démontrée. La conception de la science fait partie des éléments d'une civilisation, et se trouve liée à ses autres aspects matériels et culturels. », S. DAVAL et B. GUILLEMAIN, *Philososophie des sciences*, 1959, p. 55, précité note 334.

388 Nous présumons qu'il fait référence à Jésus-Christ et non à Julien Cabanac.

d'analyse et de sens de la régularité des phénomènes qu'implique la démarche scientifique »[389].

F. Russo semble tout de même reconnaître une valeur scientifique aux travaux des chercheurs des époques qui ont suivi, de même qu'il n'hésite pas à concéder ce qualificatif aux découvertes de Galilée ou d'Archimède. Mais, quels sont les traits des premiers balbutiements de l'esprit scientifique. Quels caractères les scientifiques de l'Antiquité possédaient-ils que leurs prédécesseurs ne semblaient pas avoir ? François Russo, énumère quatre grands traits fondamentaux chez les scientifiques grecs: 1) « un étonnant appétit de savoir »; 2) « le désintéressement », c'est-à-dire la rationalité pure; 3) la « synthèse », c'est-à-dire: « d'une vue d'ensemble des choses, d'un savoir constitué en totalité »; 4) « la qualité de la pensée rationnelle », soit: « une méthode de raisonnement et une logique. L'esprit grec a dégagé les processus de déduction et d'induction. »[390].

On retrouve, dans ces traits, quelques uns des éléments qui nous ont permis d'identifier l'esprit scientifique: l'appétit de savoir s'apparente à la connaissance, alors que le désintéressement et la pensée rationnelle s'apparentent à la théorisation de la réalité. La synthèse s'apparente à l'organisation et à l'universalité, quoique l'universalité des Grecs avait sans doute une grande part de métaphysique. Finalement, la méthode d'induction et de déduction s'apparente à une recherche d'objectivité selon une méthode moderne[391] qui n'a réellement changé que par l'importance accordée à l'induction depuis le 17e siècle. La science des Grecs semblait avoir une forte composante mathématique, donc essentiellement rationnelle et déductive: « L'extraordinaire essor de la pensée mathématique en Grèce entre le Ve et le IIIe siècle avant J.-C. est un des faits majeurs de l'histoire de la pensée scientifique »[392]. Le faible intérêt pour d'induction est une lacune qui aurait limité par la suite la portée scientifique

---

389 F. RUSSO, *Histoire de la pensée scientifique*, 1951, p. 13, précité note 352.
390 *Ibid.*, pp. 15-17.
391 « à la fin du IIIe siècle avant J.-C., Archimède emploie des méthodes assez proches de celles que Leibniz et Newton inventeront à la fin du XVIIe siècle. », *ibid.*, p. 19.
392 *Ibid.*, p. 17; Voir aussi: F. GRÉGOIRE, *Logique et philosophie des sciences*, 1953, p. 40, précité note 342.

de leurs théories car ces théories rationnelles n'auraient pas été adaptées aux constatations empiriques[393].

D'un autre côté, dans les même époques (vers la fin du 5e siècle av. J.-C.), Hippocrate aurait incarné un courant empiriste qui devait défendre les faits contre les attaques d'une rationalité dominante[394], mais il ne semblait s'agir encore que d'observation des faits. « C'est seulement avec Galilée, notamment dans son admirable travail sur la chute des corps, que la science accède au raisonnement expérimental »[395].

Loin de nous l'idée de passer en revue toute l'histoire de la science afin de comprendre, chaque étape de l'évolution de l'esprit scientifique. Nous ne saurions sur ce point faire concurrence à François Russo ou d'autres auteurs tout aussi éminents[396]. Nous irons donc directement aux conclusions de cet auteur. Dans la conclusion de son ouvrage, François Russo écrit que la science moderne inductive laissant une large place à l'expérience « ne date que du XVIIe siècle: alors seulement se fit jour une connaissance de la nature systématiquement interrogée en fonction d'une idée théorique que vérifie l'expérimentation »[397]. Nous constatons donc - non sans un certain soulagement - que le 18e siècle, dans lequel se place notre réflexion, semblait avoir intégré, depuis un siècle, tous les traits de l'esprit scientifique mis en avant plus haut. Il n'y manquait que la rigueur qui aurait commencé s'affirmer seulement à la fin du 17e siècle « tant dans l'observation que dans la théorie qui a conduit à l'« univers de la précision »,

---

393 « Qu'Aristote ait été un observateur remarquable, ceci ne saurait être contesté. Son œuvre offre un nombre considérable d'observations, d'ailleurs, dans une large mesure, organisées en ensembles cohérents. Mais nous n'y rencontrons pas une attitude expérimentale, c'est-à-dire l'institution, à partir d'une idée théorique, d'une expérimentation où cette idée est soumise à vérification. Il ne s'agit pas de faire grief à Aristote d'une lacune qui ne devait être comblée qu'au XVIIe siècle, mais elle mérite d'être notée, encore que déjà chez Archimède se dessine l'attitude expérimentale moderne. », F. RUSSO, *Histoire de la pensée scientifique*, 1951, pp. 22-23, précité note 352.

394 « Dans le Traité de l'ancienne Médecine, que la critique moderne a rendu à Hippocrate, nous lisons cette déclaration significative: « Il en est qui disent, médecins et sophistes, que ne peut savoir la médecine celui qui ne sait pas ce qu'est l'homme... Je professe que l'on ne connaîtra sur la nature de l'homme rien de scientifique sinon par la médecine. [...] » Et dans la suite du texte, l'auteur critique les grandes théories déductives, qui partent de principes arbitraires et imaginaires, et insiste sur la nécessité de l'étude de faits aussi bien choisis que possible. », *ibid.*, p. 25.

395 *Ibid.*, p. 106.

396 Voir par exemple: F. GRÉGOIRE, *Logique et philosophie des sciences*, 1953, précité note 342; Maurice DAUMAS, *Histoire de la science*, Librairie Gallimard, Paris, 1957; Pierre ROUSSEAU, *Histoire de la science*, Librairie Arthème Fayard, Paris, 1945.

397 *Ibid.*, p. 105.

élaboré par la science moderne. » Ce trait, s'il est essentiel à la science moderne, ne nous semble toutefois pas un caractère fondamental dont l'absence permettrait d'écarter certaines observations relatives à l'esprit scientifique.

La société des 17e et 18e siècles a, elle aussi, été témoin de grandes découvertes qui ont modifié la vision de notre univers et quelques caractéristiques de la science elle-même. Toutefois, d'après ce que nous avons vu, il semble que les caractères fondamentaux définissant la science (universalité, organisation de la connaissance, induction/déduction) existaient depuis l'Antiquité. Ce qui distingue les sciences de l'antiquité des sciences de la modernité, résiderait dans l'importance accordée à certains traits tel l'induction. Les Lumières les auraient reconnu à leur juste valeur et leur auraient conféré un plus grand rôle au sein du processus de découverte.

Avant de conclure nous devons nous pencher brièvement sur un phénomène récent; celui du développement, sans précédent, des moyens techniques. De nos jours, ces développements connaissent une telle ampleur que la science, un peu comme avec les outils mathématiques de Gaston Bachelard, en deviendrait dépendante à tous les niveaux. Ce nouveau phénomène doit-il remettre en question la représentation de la science dont nous avons fait état plus haut ? Pour terminer avec les traits de l'esprit scientifique, nous tâcherons, dans la prochaine section, d'éclaircir ce point.

c) La technoscience, aperçu sur une nouvelle culture

Bien que la notion de technoscience soit encore neuve, elle fait déjà l'objet d'opinions contradictoires[398]. Le terme *technoscience* vient de Gilbert Hottois:

> « Le terme techno-science nous a paru le mieux convenir pour désigner l'entreprise en marche de ce qu'on appelle la recherche scientifique

[398] Jacques PRADES, *La technoscience. Les fractures des discours*, Éditions L'Harmattan, Paris, 1992, 288 p., pp. 9-15.

contemporaine, dont la technique, (...) constitue le milieu naturel de développement et aussi le principe moteur »[399].

Depuis, Le Petit Larousse (1991) a "consacré" le terme: «ensemble de recherches et d'applications qui mettent en jeu certaines sciences et certaines techniques». En 1992, Jacques Prades a proposé la définition sommaire suivante: «ensemble institutionnalisé de mise en valeur systématique de la recherche et d'applications scientifiques et techniques»[400]. La technoscience, comme son nom l'indique, correspond au développement de la science dans un esprit technique et du développement de la technique suivant un modèle scientifique. Si bien que les deux disciplines seraient dorénavant dépendantes l'une de l'autre, se fondant en une seule. Les conceptions traditionnelles que l'on avait jadis de la science et de la technique deviendraient de plus en plus désuètes dans la réalité[401]. Ainsi, la science et la technique qui avaient auparavant des modes de fonctionnement différents, des cultures différentes, se retrouveraient en une seule culture[402], soit la *culture scientifique et technique*[403], ou plus simplement dit, la *culture technoscientifique*. En raison de ce nouveau courant, la distinction entre science et technique deviendrait à la fois plus ardue et plus essentielle.

On pourrait prétendre que ce phénomène existe, plus subtilement cependant, depuis les premiers pas de la science. En effet, la science a, depuis toujours, étroitement côtoyé la technique. Tout réside justement dans l'ampleur du phénomène; il serait peut-être risqué de prétendre que la technique occupait

---

399 Gilbert HOTTOIS, *Le signe et la technique: la philosophie à l'épreuve de la technique*, Aubier, Paris, 1984, p. 59 cité dans: Louise BOUCHARD et Guy ROCHER, «L'institutionnalisation de la procréation artificielle: étude monographique d'une clinique de fécondation *in vitro*», dans CÔTÉ, René et ROCHER, Guy, *Entre droit et technique: enjeux normatifs et sociaux*, Les Éditions Thémis, Montréal, 1994, pp. 39-74.

400 J. PRADES, *La technoscience. Les fractures des discours*, 1992, p. 11 à la note 21, précité note 398.

401 «Aussi, afin de prévenir et de dénoncer les perspectives archaïques sur la science qui continuent d'assimiler celle-ci à un projet logothéorique - de représentation théorique et discursive -, utilisons-nous volontiers le terme de «technoscience» pour désigner ce qu'on appelle d'une façon trop peu marquée «la science contemporaine» ou la "science moderne".», Gilbert HOTTOIS, «Évaluer la technique et/ou (ré)évaluer l'éthique? En guise d'introduction», dans: Gilbert HOTTOIS, *Évaluer la technique. Aspects éthiques de la philosophie de la technique*, Librairie Philosophique J. VRIN, Paris, 1988, 9-12, p. 10.

402 Michael MENSER et Stanley ARONOWITZ, «On Cultural Studies, Science, and Technology», dans: ARONOWITZ, Stanley, MARTINSONS, Barbara et MENSER, Michael, *Technoscience and Cyberculture*, Routledge Inc., New-York, 1996, 323 p., pp. 7-28; «L'évolution contemporaine des sciences et des techniques a contribué à rapprocher de plus en plus science et technologie dans leurs rapports avec la société, si bien qu'il est difficile de les séparer. », P. PAPON, *Le pouvoir et la science en France*, 1978, p. 263 à la note 17, précité note 336.

403 Philippe BRETON, Marc-André RIEU et Franck TINLAND, *La techno-science en question, éléments pour une*

depuis toujours une telle place dans le processus scientifique. Par exemple, en 1687, les théories d'Isaac Newton sur l'attraction universelle, ont été facilitées par les moyens techniques de son époque, mais la technique ne semblait pas moins demeurer secondaire au développement de la pensée de Newton. Le nouveau phénomène de technoscience - abondamment mis en lumière par Jürgen Habermas[404] - décrit une véritable dépendance, presque une limite, imposée par les moyens techniques (non par leur absence) sur le développement de nouvelles théories.

Étant donné l'émergence relativement récente de ce phénomène, nous ne pensons pas nécessaire de remettre en question fondamentalement le portrait de l'esprit scientifique ébauché jusqu'ici. Retenons, encore une fois, que l'esprit scientifique ne semble pas correspondre exactement, dans la réalité, à la description que nous en avons donnée. Dans les faits, l'esprit scientifique serait influencé par la subjectivité de la personne et serait aussi, jusqu'à un certain point, tributaire des moyens techniques dont il dispose. Néanmoins, les caractères de l'esprit scientifique développés plus haut seront conservés tels quels, car ils restent assez représentatifs et suffisamment clairs pour nous permettre de distinguer cette forme d'esprit d'une rationalité pure ou d'un esprit technique. Il semble même que les traits fondamentaux de l'esprit scientifique auraient été présents, si ce n'est depuis l'Antiquité, au moins depuis plusieurs siècles avant les Lumières[405].

Pour conclure, nous dirons que cette partie a permis d'établir une distinction entre la science et plusieurs autres notions telles que la technologie, la technique et la technoscience. Précisons que cette thèse ne s'intéressera qu'à la *science* afin de mettre en lumière certains signes de la présence d'un esprit scientifique dans le droit. Les manifestations de cette forme d'esprit pourront se percevoir à travers trois traits dont la concomitance nous semble caractéristique soit: *l'universalité, l'organisation* et *l'induction* (*l'action de théoriser en partant des faits*

---

archéologie du XXe siècle, Champ Vallon, Seyssel, 1990, 250 p., pp 162-172.

404 J. HABERMAS, *La technique et la science comme idéologie*, 1973, précité note 11.

405 « Tout en conservant de façon constante ces idéaux, ces qualité, ces principes que nous venons de décrire, l'esprit scientifique a pourtant évolué au cours des siècles: immuable dans son contenu essentiel, ses « formes extérieures », si on peut dire, se sont transformées peu à peu, par contre-coup et sous l'influence de l'image de l'Univers toujours nouvelle et plus perfectionnée que donnait à l'homme le progrès même de la science. », F. GRÉGOIRE, *Logique et philosophie des sciences*, 1953, p. 50, précité note 342.

concrets ou en s'y arrimant). La présence simultanée de ces trois concepts impliquerait, comme nous l'avons vu, un regard objectif et donc la *capacité de critiquer et de rejeter les concepts désuets ou l'organisation désuète des concepts*, c'est-à-dire lorsque la théorie (rationalité) ne correspond plus à la réalité.

La mise en lumière de quelques grands traits de l'esprit scientifique nous permettent maintenant d'observer la présence ou l'absence de cette forme d'esprit chez les juristes ou dans leurs œuvres (loi, jurisprudence, doctrine). Notre analyse se limitera toutefois à une période déterminée de l'histoire du droit, soit: la fin du 18e siècle et le début du 19e siècle. À cette époque, on peut observer des changements dans le droit tels que les codifications ou les remaniements de l'organisation des tribunaux. Or, à la même époque l'esprit scientifique semble avoir acquis une popularité d'une ampleur jamais vue auparavant.

La dernière section de cette partie mettra l'accent sur certains événements historiques soulignant le fait que les sciences se seraient développées de façon fulgurante tout le long du 18e siècle, à tel point que les mentalités de la société occidentale de cette période semblent en avoir été transformées.

D. La science devient populaire

L'État moderne semble non seulement avoir instauré la paix, mais il aurait aussi remplacé l'ancien système et ce qu'on pourrait appeler la vision gréco-romaine d'une philosophie de l'ordre. Il s'en serait suivi un développement social différent, avec des possibilités nouvelles. Ainsi, l'apparition de l'État est concomitante avec d'autres phénomènes. Pierre Chaunu, dans son exposé encyclopédique des changements philosophiques et scientifiques du siècle des Lumières (1680-1780) écrit:

> « Au XVIIIe siècle, un cadre de vie et un système de pensée relativement indépendants: la fondamentale modification des pensées, de 1620 à

> 1650, a été le fait d'un tout petit nombre d'hommes, dans un espace réduit; la petite Europe scientifique se confond avec la petite Europe politique, moins la Méditerranée qui après Galilée, sort pratiquement du jeu. Jamais la civilisation du langage mathématique, n'avait atteint un tel degré d'autonomie. (...) Cette large autonomie de la pointe entraînante de la pensée découle d'une part d'un saut irréversible dans l'abstraction, de l'autre de la sage parenthèse cartésienne. (...) 1630 a fait éclater le petit monde clos d'Aristote »[406].

« La fondamentale modification des pensées » de P. Chaunu est peut-être une conséquence de la naissance de l'État (un siècle plus tôt). Il n'est pas impossible qu'une société organisée à partir de l'État soit moins réticente aux idées nouvelles que l'ancien système où tout semblait être régi par une philosophie de l'ordre. Inversement, il n'est pas exclu que le développement de l'État ait été favorisé par « un saut irréversible dans l'abstraction ». En effet, nous avons vu qu'une des principales propriétés de l'État était son caractère abstrait. Il est difficile de savoir lequel des deux phénomènes est à l'origine de l'autre, si tant est que les deux ne soient pas tout simplement complémentaires.

Nous verrons dans les prochaines lignes comment la science a pris son essor. L'exposé se fera logiquement en deux étapes; la première mettra l'accent sur quelques événements soulignant l'importance du développement des sciences; la seconde montrera pourquoi l'on peut envisager que la science ait eu un impact sur les mentalités.

1. Le développement des sciences au 18e siècle: du jamais vu!

Cette section se propose d'envisager la science d'après les propriétés que nous avons développées dans la section précédente. Afin d'illustrer l'importance accrue accordée à la science à la fin des Lumières, l'exemple de quelques

---

[406]Pierre CHAUNU, *La civilisation de l'Europe des lumières*, Paris: Arthaud, 1993, p. 209 et 266; voir aussi l'ouvrage de Michel BASTIT, *Naissance de la loi moderne*, Paris: P.U.F., 1990, où il est montré qu'à partir des nominalistes de Duns Scot à Suarez (1548-1617) le droit passe d'une conception fondée sur la chose (res) à une conception purement abstraite de la raison et la volonté.

domaines scientifiques particuliers suffiront. Nous pensons qu'il ne sera pas nécessaire d'entrer dans le détail de l'évolution de chacune des disciplines scientifiques. Le développement historique des sciences est souvent traité dans la littérature de deux façons: a) d'une façon qualitative, par l'évolution de la pensée scientifique (des théories scientifique) et b) d'une façon quantitative, par l'essor social des sciences.

a) L'évolution de la pensée scientifique au 18e siècle

Jacques Franeau est un des quelques auteurs à avoir traité l'évolution historique de la pensée scientifique. Son exposé est essentiellement consacré aux sciences physiques, mais, comme il le dit dans son introduction: « une analyse analogue peut se faire dans le domaine des sciences de la vie, c'est-à-dire de la physiologie et de la biologie. L'évolution est parallèle et les conditions semblables »[407]. D'ailleurs, nous nous attarderons plus bas sur les sciences médicales. Nous suivrons l'évolution de l'exposé de J. Franeau, reprenant souvent pour nous mêmes son texte, dont le contenu est assez limpide.

Jacques Franeau, montre une évolution de la méthodologie conduisant les scientifiques vers « une science objective après des siècles d'un savoir essentiellement subjectif »[408]. Il remonte pour cela à l'Antiquité et ses observations ne sont pas sans intérêt. Ainsi chez les Grecs, du 6e siècle av. J.C. au 2e siècle ap. J.C., de Thalès à Ptolémée, « (s)cience et philosophie ne faisaient qu'un et avaient l'ambition d'expliquer le monde »[409]. Les Grecs auraient conçu la science sur le modèle des mathématiques. Or « la raison, et la raison seule, avait construit des théories mathématiques d'une rigueur quasi parfaite. (...) Il ne s'agissait pas de découvrir un domaine inconnu mais plutôt de rendre la nature conforme à la

---

407 Jacques FRANEAU, « L'évolution historique de la pensée scientifique - l'émergence de la connaissance objective », dans Jacques FRANEAU (dir.), *Science, Expérience et Raison*, Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 1988, 11-42, p. 11. L'auteur nous réfère à Jean BRACHET, « Unité et diversité du monde vivant », dans: Jacques NAISSE (dir.), *Affronter la complexité*, Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 1985, 25 et ss.

408 J. FRANEAU, *ibid.*, p. 11.

409 *Ibid.*, p. 12.

raison »[410]. Nous constatons que, ici encore, le lien entre la théorie et les observations objectives semble quelque peu absent:

> « (...) les philosophes grecs allaient façonner le monde, au lieu de le découvrir; ils allaient l'interpréter d'une façon logique mais à partir de principes subjectifs et qualitatifs. (...) lorsque les Grecs abordaient les sciences de la nature, ils espéraient ou plutôt, ils voulaient y retrouver l'ordre et l'harmonie de certaines propriétés mathématiques. À partir des observations les plus élémentaires et les plus évidentes, ils échafaudaient un monde comme un livre de géométrie. La terre semblait immobile; c'était donc les astres qui tournaient autour d'elle et, pour des raisons de symétrie et de perfection, ils admettaient que les mouvements des corps célestes étaient circulaires et uniformes »[411].

L'induction des Grecs était donc très sommaire. La mentalité de l'époque ne semblait pas non plus exiger de rentrer dans les détails et « les savant de l'Antiquité ne s'arrêtaient guère aux discordances éventuelles; ils n'y voyaient que des aspects imparfaits des phénomènes ou des questions de détail sans importance »[412]. La civilisation grecque fut ensuite « recouverte » par celle des Romains. Les Romains ont conservé la culture grecque jusqu'à l'avènement du christianisme en 380 ap. J.-C., par l'Édit de Théodose[413]. À partir de cette époque, Jacques Franeau constate un « désintérêt, tant philosophique que scientifique » en raison d'une emprise qu'aurait exercé la religion chrétienne dans tous le monde occidental; celle-ci aurait imposé ses dogmes et submergé tout ce qui n'était pas elle. L'effort intellectuel semblait surtout consacré à l'étude des textes sacrés et se transformait en mysticisme. De cet étouffoir philosophique, l'occident ne serait sorti péniblement qu'à la fin du Moyen âge. Les explications de Jacques Franeau présentent peut-être une vision quelque peu exagérée de l'hégémonie du christianisme, mais cette perception reflète, selon nous, à cette

---

410 *Ibid.*, p. 13.
411 *Ibid.*, p. 14.
412 *Ibid.*, p. 19.
413 Pendant presque trois cents ans après la mort de Jésus, les chrétiens furent persécutés par les romains. Cela dura jusqu'aux Édits de Milans (313), sous le règne de Constantin, « proclamant la paix de l'Église ». En soixante-dix ans le christianisme devint même une religion dominante une religion d'État (Édit de Théodose, 380). Voir:

époque, la présence d'une dominante métaphysique et religieuse. « De la période romaine, jusqu'au 13e siècle environ, la science occidentale n'a rien été ou presque »[414]. Les textes grecs traduits en arabe auraient fait le tour de la Méditerranée et par la suite, furent traduits de nouveau en latin. « Après le travail de traduction, commençait le travail d'assimilation et d'interprétation: l'époque de la scolastique »[415]. Avec la scolastique, la science aurait très peu évolué. Jacques Franeau utilise le terme de « léthargie » pour décrire l'évolution de la science pendant la période scolastique.

Par la suite du 12e au 15e siècle, plusieurs innovations techniques auraient ouvert les horizons à la méthode scientifique. J. Franeau fait allusion à la fabrication du papier et à l'arrivée de l'imprimerie, en passant par l'invention des verres optiques et des lunettes, de même qu'aux laboratoires des alchimistes. « La fin du Moyen âge contribuait donc, sans le vouloir peut-être mais beaucoup plus qu'on ne le croit généralement, à préparer les bases qui devaient permettre à la science de prendre un nouveau départ, définitif cette fois. (...) Pendant le 16e siècle et surtout le 17e siècle, la méthode suivie par la science allait se modifier progressivement mais aussi fondamentalement. Cette évolution ou, plutôt, cette révolution allait être l'œuvre d'une pléiade de savants dont émergent les noms, devenus célèbres, de ceux qui apportèrent une contribution importante et souvent décisive: Copernic, Galilée, Kepler, Huygens, Newton. Toutefois, à côté de ceux-ci, il y en eu beaucoup d'autres qui contribuèrent à ce lent dégagement d'une méthode vraiment scientifique »[416]. Copernic (1473-1543) en proposant un système héliocentrique allait « à l'encontre des idées reçues ». Son apport aurait été d'introduire « le libre examen des postulats d'une théorie. (...) (Il) avait apporté l'esprit critique »[417]. Avec Galilée (1564-1642) et Kepler (1571-1630) seraient nés l'expérimentation et le quantitatif. Chez ces deux savants, « la science devenait quantitative, c'est-à-dire qu'elle faisait intervenir les mesures de

---

Jean et Blandine CHELINI, *Histoire de l'Église. Nos racines pour comprendre notre présent*, Paris: Centurion, 1993, p. 75.

414 J. FRANEAU, « L'évolution historique de la pensée scientifique - l'émergence de la connaissance objective », 1988, p. 20, précité note 407.

415 *Ibid.*, p. 21.

416 *Ibid.*, pp. 23 et 24.

417 *Ibid.*, pp 26 et 27.

certaines grandeurs physiques (espace, temps, vitesse,...). (...) d'autre part, Galilée introduisait une démarche nouvelle, extrêmement importante, celle de la vérification expérimentale. Ces deux aspects nouveaux, relations quantitatives et recours à l'expérience, étaient un pas essentiel vers la science objective. À propos du recours à l'expérience, (...) Francis Bacon (...), en Angleterre et à peu près à la même époque, proposait une méthode qui devait allier expérience et raison. (...) (M)ais il n'a rien fait pour mettre en pratique la méthode qu'il défendait, ne fût-ce que pour illustrer de quelques exemples concrets »[418]. En somme, c'est vers le début du 17e siècle que semblent se trouver réunis tous les caractères de l'esprit scientifique moderne tel que nous l'avons circonscrit. « Le mouvement qui s'amorçait ainsi au début du 17e siècle ne devait plus s'arrêter. Tout était à faire et la méthode apparaissait prometteuse. Sur la voie ainsi tracée, nous trouvons l'Italien Torricelli, disciple de Galilée, les Français Pascal et Mariotte, l'Anglais Boyle, le Hollandais Huygens, tous à peu près contemporains. La science devenait universelle et chacun travaillait à l'édifier (...). Ainsi, la fin de ce fameux 17e siècle voyait la synthèse du grand savant anglais Newton (...) »[419]. Parlant de Newton, Condorcet écrivait: « Il apprit aux hommes à ne plus admettre, dans la physique, que des théories précises et calculées, qui rendissent raison non seulement de l'existence d'un phénomène, mais de sa qualité, de son étendue »[420].

Jacques Franeau traite séparément de Descartes, car « sa méthode était impeccable, sauf dans la recherche des principes où il n'a pas aperçu le rôle essentiel de l'expérience, il envisageait l'observation directe du monde qui l'entourait; il ne pensait guère à l'expérimentation systématique »[421]. Or, nous l'avons vu, le lien entre la théorie et la réalité objective était un des aspects fondamentaux de la science dès le 17e siècle. « En réalité, la méthode scientifique est une succession de raisonnements inductifs et déductifs et dans celle de Descartes, il n'y avait pas assez de place pour l'aspect inductif.

---

418 *Ibid.*, p. 33.
419 *Ibid.*, pp. 34-35.
420 Monique et François HINCKER, *Condorcet - Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*, Paris: Éditions Sociales, 1971, p. 230.
421 J. FRANEAU, « L'évolution historique de la pensée scientifique - l'émergence de la connaissance objective », 1988, p. 38, précité note 407.

Descartes ne découvrait pas ses principes d'une manière progressive; il les posait par un raisonnement direct: c'était du rationalisme quasi pur »[422]. Sa méthode rationnelle appliquée à la philosophie a par la suite été durement décriée par Voltaire en raison de son irréalisme[423]. Néanmoins, comme nous le verrons plus loin, sa méthode a eu une grande influence (y compris pour Voltaire) pour sevrer les sciences de la philosophie. « D'autres sont venus après lui qui ont modifié celle qu'il proposait, en y introduisant ce qui manquait: l'expérimentation »[424].

Remettons quelque peu en perspective, la popularité des découvertes de Newton et les polémiques de la physique au 18e siècle.

Pierre Brunet a consacré un ouvrage entier à l'introduction des théories de Newton en France au 18e siècle. Il y décrit une lutte forcenée entre les tenants de la physique cartésienne et les tenants des théories de Newton en émergence. Pierre Brunet décrit l'importance des objections de Newton de la façon suivante:

> « La physique cartésienne venait à peine de s'installer solidement en France, sous l'action prépondérante de Rohault, de Régis et de Fontenelle[425], lorsque les premières répercussions des *principia mathematica philosophiae naturalis* (1687) vinrent jeter quelque doute sur la valeur de l'explication tourbillonnaire du monde, et par conséquent sur l'ensemble même de l'œuvre scientifique de Descartes, qui s'y trouvait intimement lié. (...) (Les cartésiens) adoptèrent aussitôt vis-à-vis des théories newtoniennes une attitude de réserve prudente, plus même, de défensive un peu jalouse, qui n'allait pas tarder à s'accentuer en une opposition de plus en plus vive. Est-ce à dire que le newtonianisme n'ait pas pénétré en France, dès le premier tiers du XVIIIe siècle, malgré ces résistance? Il y aurait erreur à le penser, et la vivacité même de cette défense des cartésiens serait la meilleure

---

422 *Ibid.*, p. 39.
423 Simone GOYARD-FABRE, *La philosophie des Lumières en France*, Paris: Librairie C. Klincksieck, 1972, p. 101 et 147.
424 J. FRANEAU, « L'évolution historique de la pensée scientifique - l'émergence de la connaissance objective », 1988, p. 40, précité note 407.

> preuve qu'ils considéraient le problème comme posé en des termes précis et l'introduction des théories newtoniennes non comme une possibilité, comme une éventualité plus ou moins lointaine, mais comme un fait actuel »[426].

Ainsi, en dépit d'une forte opposition, la doctrine de Newton ne tarde pas à prendre de plus en plus d'importance. Elle aurait été respectée même par certains opposants qui reconnaissaient ouvertement la valeurs d'autres aspects de ses découvertes. C'est le cas par exemple de Fontenelle dont les remarques dans l'*Éloge de Newton* (1704) « témoignent d'une admiration sans réserve » de l'optique newtonienne. Fontenelle reconnaissait particulièrement la supériorité de la méthode expérimentale de Newton. Notons que l'expérimentation a ainsi été reconnue, dès le début du 17e siècle, comme un caractère incontournable du développement des sciences[427]. Toutefois, les « théories de Descartes furent jalousement gardées par ses disciples (notamment: « Fontenelle, Remond de Montfort, Cassini, Saurin, Saulmon, puis Dortous de Mairan, Privat de Molière et Réaumur). Il a fallu plus d'un demi-siècle, nous apprend Maupertuis, pour apprivoiser les Académies du continent avec l'attraction »[428]. Peu à peu cependant, tous ces cartésiens auraient subi, le plus souvent inconsciemment, l'influence du « newtonianisme ». Pierre Brunet montre par exemple, comment « Dortous de Mairan, qui, déjà en 1719, à l'occasion de son rapport sur la seconde édition latine de l'*Optique* de Newton, avait émis une théorie acoustique, imitée de la théorie newtonienne de la lumière (...) »[429]. Il en fit d'ailleurs lui-même le constat en 1737.

---

[425] ROHAULT, *Traité de physique*, 1671. Cet ouvrage atteignait déjà sa quatrième édition en 1682 et en était à sa douzième en 1708; RÉGIS, *Système de philosophie*, Paris, 1690; FONTENELLE, *Entretiens sur la pluralité des mondes*, Paris, 1686.

[426] Pierre BRUNET, *L'introduction des théories de Newton en France au XVIIIe siècle - avant 1738*, Genève: Slatkine Reprints, 1970, pp. 1 et 7.

[427] « [Q]uand on voudra interroger la nature par les expériences et les observations, il la faudra interroger comme M. Newton, d'une manière aussi adroite et aussi pressante. Des choses qui se dérobent presque à la recherche par être trop déliées, il les sait réduire à souffrir le calcul, qui ne demande pas seulement le sacoir des bons géomètres, mais encore plus une dextérité particulière. », Bernard Le Bouyer de FONTENELLE, *Histoire de l'Académie des sciences*, Paris: Fayard, 1727, p. 222.

[428] P. BRUNET, *L'introduction des théories de Newton en France au XVIIIe siècle - avant 1738*, 1970, p. 9, précité note 426.

[429] *Ibid.*, p. 338.

Toutefois, avec le recul du temps, Helmut Pulte, dans une participation à un collectif sur la philosophie et la science au 18e siècle, souligne que Descartes, Newton, Leibniz, Huygens, Euler, d'Alembert, Lagrange et autres peuvent tous être classés dans ce qu'on appelle de nos jours la mécanique classique; chacun y ayant contribué à sa façon[430]. Si bien qu'à « la fin du 18e siècle nous avons un (et *seulement* un) système qui représente l'ensemble des 'principes mathématiques de la philosophie naturelle': la *Mécanique Analytique* de Lagrange (nous traduisons) »[431]. Toutefois, selon H. Pulte, durant la première moitié du 18e siècle, il s'est établi une sorte de compromis entre la pensée cartésienne purement rationnelle et l'induction newtonienne:

> « *What characterises rational mechanics above all in the second third of the eighteenth century is an inflation of principles (...). They were not 'deduced' from higher principles, nor 'deduced' from phenomena (in Newton sense), but revealed their relevance by their (possibly limited) explanatory power. In a word: Their status as a 'principle' was not due to metaphysical or empirical foundation, but to the deductively proceeding practice of mathematical physics alone* »[432].

Les principes auraient représenté le médium idéal pour théoriser les problèmes de la physique et auraient été justifiés par leur application à des situations particulières. Il ne semblait donc pas y avoir de pleine objectivité, mais plutôt une sorte d'empirisme de grande qualité. Cependant, le même auteur poursuit en décrivant la théorie de Lagrange comme ce qui semble être un système purement rationnel: « *the whole system is held together by logical coherence rather than by material truth. This is what happened in eighteenth-century rational mechanics, this is what later happened in geometry.* » Pourtant ce ne semble pas être un système purement rationnel. Lagrange semble avoir construit son

---

430 « *The three first mentioned tried to establish fundamentally different sciences of mechanics, driven by different systems of 'scientific metaphysics' and therefore based on different basic concepts and different 'first' law motion.* » Helmut PULTE, « Order of Nature and Orders of Science », dans: Wolfgang LEFÈVRE (dir.), *Between Leibniz, Newton, and Kant. Philosophy and Science in the Eighteenth Century*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2001, 61-92, p. 64.

431 *Ibid.*, p. 65.

432 *Ibid.*, p. 73.

système sur les concepts ou principes de ses prédécesseurs[433]. Il se serait donc inscrit dans les connaissances scientifiques objectives déjà établies. Bien que son apport fut, semble-t-il, essentiellement théorique, il ne semblait pas détaché de la réalité pour autant. Les bases auraient simplement été démontrées par d'autres. On trouve en Lagrange un caractère scientifique incluant tous les autres, celui du souci de l'organisation des connaissances scientifiques. D'ailleurs, sous la plume de Condorcet, assez représentative de la perception de la science à la fin du 18e siècle, il semble évident que l'expérience occupait, à cette époque, une place importante dans la physique et les autres sciences telle la chimie:

> « La physique, se délivrant peu à peu des explications vagues introduites par Descartes, comme elle s'était débarrassée des absurdités scolastiques, ne fut plus que l'art d'interroger la nature par des expériences, pour chercher à en déduire ensuite par des calcul, des faits plus généraux. (...) (Les) chimistes cédèrent peu à peu à la philosophie mécanique de Descartes, qui, rejetée elle-même, fit place à une chimie vraiment expérimentale. L'observation des phénomènes qui accompagnaient les compositions et les décompositions réciproques des corps; la recherche des lois de ces opérations; l'analyse des substances en éléments de plus en plus simples, acquirent une précision, une rigueur toujours croissante »[434].

La théorie scientifique semble donc désormais soumise à la rigueur du calcul et de l'expérience. Les innovations intellectuelles devraient se rattacher d'une façon ou d'une autre à l'ensemble des connaissances établies.

b) Aperçu de l'essor des sciences au 18e siècle: le point de vue quantitatif

Les découvertes de Newton semblent avoir été la bougie d'allumage du développement fulgurant de la popularité des sciences au siècle des Lumières.

---

433 « *To sum up: Lagrange's main concern is a deductive organisation of the different laws, not the discovery of new ones.* », *ibid.*, p. 80.

En Angleterre par exemple: « *In the light of the discoveries of Newton and Locke, there no longer seemed a great disproportion between the complexity of the world and man's feeble understanding. The public interest in the works and names of these men, and the place which they soon were given in the popular imagination, showed the growing attraction of the conception of "science". Like Darwin in the nineteenth century, Newton and Locke became symbols - and highly popular symbols - of the new science Even before his death in 1727, Newton had become a national hero, and in the half-century, his fame was everywhere* »[435]. La popularité des œuvres de Newton ne tarda pas à s'implanter aussi en France (quoiqu'avec davantage de réticence comme nous l'avons vu plus haut). Ainsi, l'Académie des Sciences de Paris n'a « pas hésité à faire de Newton un de ses associés étrangers »[436] dès 1699. Et la popularité de la physique n'aurait pas été seulement le fait de la mécanique ou l'optique: « C'est l'époque en effet où le concept de *physique* a une acception très large, étymologique en somme: la physique est la science de la nature, aussi bien vivante que matérielle »[437]. Ainsi, les autres domaines scientifiques ont aussi profité de cette popularité.

Dans un autre registre, les sciences médicales sont notoirement parmi celles qui ont le plus bouleversé le monde moderne et ce, en raison de leur impact sur la santé des populations. Pourtant, la volonté de soigner les maladies humaines remonte aux premiers siècles des civilisations, mais la véritable médecine aurait vu le jour lorsque l'homme a commencé à prendre le dessus sur la maladie. Même s'il n'en accorde pas tout le crédit à Jenner (1749-1823), l'historien Yves-Marie Bercé voit tout de même dans le vaccin contre la variole, reconnu par les pairs en 1796, le premier pas d'une médecine qui commence à guérir de façon efficace[438]. Si Jenner, par sa publication dans la *Bibliothèque britannique*[439],

---

[434] M. et F. HINCKER, *Condorcet - Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*, 1971, pp. 231 et 232, précité note 420.
[435] Daniel J. BOORSTIN, *The mysterious science of the law*, Harvard: Harvard University Press, 1941, pp. 13-14.
[436] P. BRUNET, *L'introduction des théories de Newton en France au XVIIIe siècle - avant 1738*, 1970, p. 8, précité note 426.
[437] S. GOYARD-FABRE, *La philosophie des Lumières en France*, 1972, p. 172, précité note 423.
[438] Yves-Marie BERCÉ, *Le chaudron et la lancette. Croyances populaires et médecine préventive (1798-1830)*, Presses de la renaissance, Paris, 1984, 335 p., pp. 19-44.
[439] série Sciences et Arts, Genève, 1796-1815.

périodique très lu sur le continent et publié à Genève, a réussi à faire accepter le vaccin, ce n'est cependant pas lui qui en fut l'instigateur. Le procédé de la variolisation fut introduit à Londres en 1720, mais, comme la plupart des grandes découvertes, ne fut définitivement accepté que bien plus tard, soit en 1796. La science médicale comportait donc déjà au début du 18e siècle son lot d'adeptes. Mais il a fallu attendre la fin du siècle, avec l'implantation sociale du vaccin contre la variole, pour assister à l'émergence d'une confiance générale en la médecine. Une fois enracinée dans la confiance sociale, la science médicale a vu se succéder de nombreux esprits savants qui, à leur façon, ont contribué aux bouleversements des connaissances. Ce fut le cas de Claude Bernard (1813-1878) qui fut le père de la médecine expérimentale en définissant les principes fondamentaux de toute recherche scientifique[440].

D'une manière plus générale pour la biologie, l'historien Maurice Dumas voit lui aussi un changement catégorique à partir du 19e siècle:

> « La biologie du XIXe siècle se distingue nettement de celle du XVIIIe siècle. Elle s'étend considérablement; elle atteint les formes et les structures élémentaires de la Vie, transformant ainsi les problèmes généraux et en posant de nouveaux. Elle achève de s'affranchir des conceptions anciennes et des fantômes métaphysiques, ne se laissant guider que par l'observation et l'expérimentation »[441].

L'essor des sciences au 18e siècle a aussi été marqué par leur implantation dans les milieux d'enseignement français pendant la période révolutionnaire[442]. Condorcet (1743-1794) demandait: « pour l'étude des sciences, la priorité sur celle des lettres, et surtout sur celle des langues anciennes, plus nuisibles qu'utiles

---

[440] Claude BERNARD, *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, Garnier-Flammarion, Paris, 1966; voir aussi: René LECLERQ, *Histoire et avenir de la méthode expérimentale*, Masson et Cie, Paris, 1960, pp. 85-91.

[441] Maurice DAUMAS, *Histoire de la science*, 1957, p. 1204, précité note 396.

[442] P. PAPON, *Le pouvoir et la science en France*, 1978, p. 12-14, précité note 336; En ce qui à trait au Québec: «L'évolution des institutions médicales, institutions d'enseignement et institutions professionnelles, révèle l'émergence progressive, depuis l'aube du XIXe siècle jusqu'au tournant de 1900, d'une médecine de plus en plus dissociée des savoirs populaires et de plus en plus proche des sciences de laboratoire modernes comme la biologie et la chimie. », Luc CHARTRAND, Raymond DUSCHESNE et Yves GINGRAS, *Histoire des sciences au Québec*, Boréal, Montréal, 1987, p. 106.

affirmait-il »[443]. Cet appel a dû porter fruit, car L'historien Pierre Rousseau constate:

> « Enfin, si, pour l'enseignement primaire, la mise en vigueur de la réforme demanda près d'un siècle, si, du côté littéraire, elle n'aboutit pas avant 1808, du côté scientifique elle fut puissamment réalisée dès 1795(nous soulignons) »[444].

Parallèlement à la multiplication des découvertes et de l'augmentation des moyens mis à la disposition de la science, pendant les dernières années du 18e siècle on assista, dans tous les pays, à une soudaine expansion de la presse scientifique qui fut le premier pas de l'ample prolifération poursuivie jusqu'à nos jours[445].

L'accroissement des sciences que nous venons d'illustrer, a possiblement eu un impact sur l'ensemble du développement social. Pierre Chaunu, déclare que le siècle des lumières (1680 à 1780) met la table pour un nouvel essor social qu'il appelle « take off », mais que d'autres pouvaient appeler « révolution industrielle »[446].

> « Une fois le processus enclenché, la nouvelle connaissance appelle la nouvelle connaissance, le succès, le succès. Voilà le multiplicateur, la boule de neige. Le multiplicateur dépend d'abord du volume global des communications, entendez du nombre des hommes, qui double de 1680 à 1780 et, pour l'essentiel, de 1730 à 1780. (...) Mais la structure de la population se modifie aussi: plus d'adultes, donc plus d'hommes doués de longue mémoire. Le frein le plus insurmontable à la transmission du savoir est que tout se trouve chaque fois compromis par la mort, l'acquisition recommence, avec chaque homme, de zéro; voilà pourquoi l'effet d'un prolongement de dix ans de la vie humaine dans le secteur de la vie adulte est, de toutes les pièces du multiplicateur, la

---

443 Pierre ROUSSEAU, *Histoire de la science*, 1945, p. 407, précité note 396.
444 *Ibid.*, p. 407.
445 M. DAUMAS, *Histoire de la science*, 1957, pp. 108-109, précité note 396.
446 P. CHAUNU, *La civilisation de l'Europe des lumières*, 1993, p. 22, précité note 406.

plus efficace. Le XVIII[e] siècle, qui se trouve au début du processus de l'allongement (un gain de vie adulte est d'abord allongement, avant d'être vieillissement), en recueille tous les avantages, et seulement les avantages »[447].

On pourrait retrouver ici l'importance des découvertes de Jenner et du développement des sciences médicales. La science semble donc, durant les Lumières, voir son développement s'accroître considérablement. Quelle est l'origine de ce développement ? Nous n'avons pas l'ambition de répondre à cette question. Néanmoins, il est possible qu'il ait eu un effet sur les mentalités. Jürgen Habermas place même la science au cœur d'une nouvelle idéologie sociale[448]. Nous examinerons, dans la section qui suit à quel point la science aurait pu inspirer tant la philosophie que la politique.

2. La science, une perspective nouvelle

L'essor des sciences est une particularité de la modernité. À ce titre, la société lui aurait accordé une attention particulière[449]. On pourrait faire un rapprochement avec la théorie des «trois états» d'Auguste Comte dans laquelle, ce père de la sociologie envisage l'évolution de l'esprit humain selon trois dominantes ou trois états: « L'état positif doit supplanter définitivement l'état métaphysique,

---

447 *Ibid.*, p. 215.

448 «Son apport au processus de modernisation est bien plutôt de nature indirecte. La physique moderne a induit une interprétation philosophique qui rend compte concurremment de la nature; elle a, pour ainsi dire, induit la vision mécaniste du monde du XVIIe siècle. C'est dans ce cadre qu'a été entreprise la reconstruction du droit naturel classique. Ce droit naturel moderne a été à la base des révolutions bourgeoises des XVII[e], XVIII[e] et XIX[e] siècles, qui ont définitivemnt aboli les légitimations anciennes de la domination. [...] Depuis le dernier quart du XIX[e] siècle, on assiste à deux évolutions tendancielles dans les pays les plus avancés du capitalisme: 1°) un accroissement de l'activité interventionniste de l'État, qui doit assurer la stabilité du système, et 2°) une interdépendance croissante de la recherche et de la technique qui fait que les sciences représentent maintenant la force productive la plus importante. Ces deux tendances détruisent le type des relations entretenues par le cadre institutionnel et les sous-systèmes d'activité rationnelle par rapport à une fin et qui jusqu'à présent faisaient l'orginalité du capitalisme libéral», J. HABERMAS, *La technique et la science comme idéologie*, 1973, pp. 35 et 36-37, précité note 12.

449 « *The most striking features of the present age undoubtedly are, the rapid progress of scientific discovery, and the universal participation of all ranks of society, from the highest to the lowest, in knowledge and political power. Since the commencement of the present century, scientific discovery has advanced with a speed quite unexampled in former ages, and it evidently still proceeds with a greatly accelerated pace* ». Auteur inconnu, *Elements of the logical and experimental sciences considered in their relation to the practice of the law*, 1835, p. 1, précité note 344.

successeur de l'état théologique »[450]. Nous ne sommes donc pas en terrain vierge. D'ailleurs, Gaston Bachelard n'hésitait pas à parler de « l'état scientifique » en mentionnant la période partant de la fin du 18e siècle jusqu'au début du 20e siècle[451]. Comme il n'est pas question de produire un travail de sociologie, nous prendrons quelques exemples dans la philosophie, la politique ou le commerce afin de montrer que la science a pu avoir un impact dans la société à la fin des Lumières.

a) La science et l'histoire de la philosophie

L'histoire de la philosophie occidentale semble pouvoir être divisée en trois grandes parties: l'époque grecque et romaine (6e av. J.-C. - 6e ap. J.-C.), l'époque patristique et médiévale (2e - 16e siècle) et l'époque moderne (17e - 20e siècle). L'époque moderne se subdiviserait elle-même en deux étapes principales: l'esprit cartésien et baconien (17e - 18e siècle) et l'esprit Kantien (19e - 20e siècle)[452]. D'après ce que nous avons vu du développement de la science, nous pouvons supposer qu'il a pris son essor si ce n'est dans le cadre de l'esprit cartésien, à tous le moins à la même époque. Par exemple, la philosophie de Locke tranchait déjà avec une philosophie classique métaphysique:

> « Locke (...) tournait le dos à un style de philosophie, il proposait une nouvelle méthode d'investigation et de réflexion et ce renouvellement de l'acte de penser auquel il invitait apparut comme salutaire. On n'hésita pas à le suivre, c'est-à-dire à censurer ce qu'une longue tradition avait révéré. Bien avant Kant, dont l'œuvre peut être considérée comme la synthèse de tout ce que les Lumières, peu à peu, ont éclairé, Hume, dans son Enquête sur l'entendement humain, en 1748, faisait le vœu de détruire "la fausse métaphysique adultérée" »[453].

---

[450] F.-J. THONNARD, *Précis d'histoire de la philosophie*, 1952, p. 708, précité note 325.

[451] Bachelard considérait que cette période faisait suite à la « première période représentant l'état préscientifique » comprenant « à la fois l'Antiquité classique et les siècles de renaissance et d'efforts nouveaux avec le XVIe, le XVIIe et même le XVIIIe siècles ». G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique*, 1977, p. 7, précité note 345.

[452] F.-J. THONNARD, *Précis d'histoire de la philosophie*, 1952, précité note 325.

[453] S. GOYARD-FABRE, *La philosophie des Lumières en France*, 1972, pp. 97-98, précité note 423.

Il est, toutefois, difficile d'établir l'impacte la science dans l'œuvre des philosophes du début du 18e siècle. Seule la concordance dans le temps et la popularité de Newton nous conduisent ici à faire un lien avec ce que Simone Goyard-Fabre appelle « une déclaration de guerre à la métaphysique »[454]. Cela est aussi le cas de la pensée de David Hume dont le projet « de science de la nature humaine est nouveau, non seulement par son objet, mais plus encore par l'idée de la science fonctionnant comme modèle: ce ne sont plus les mathématiques auxquelles s'identifiait la philosophie comme mathesis, mais la philosophie expérimentale de la nature de Newton. »[455] Ainsi, même si « le rapport de Hume à Newton n'est pas facile à déterminer », Yves Michaud montre la similarité entre leur mode de pensée[456].

En raison de son synchronisme, l'esprit scientifique aurait peut-être eu un effet plus prononcé dans l'esprit Kantien, partant de la fin du 18e siècle. Dans son *Précis d'histoire de la philosophie*, F.-J. Thonnard écrit que Emmanuel Kant, dont la philosophie marqua les deux siècles qui lui ont succédé, « fut initié aux sciences modernes, et spécialement au système astronomique de Newton qui l'impressionna au point de lui fournir un second fait, aussi évident et indiscutable que celui de la morale: l'existence d'une science positive nécessaire et universelle »[457]. Plus loin, F.-J. Thonnard ajoute que « (l)e kantisme est un puissant effort de philosophie critique destiné à fonder définitivement la valeur de la *science*, au sens moderne, et à délimiter la valeur de la métaphysique, en échappant au rationalisme de Leibniz comme au phénoménisme de Hume »[458]. La lecture de ces extraits permet de constater chez Kant et peut-être aussi dans

---

454 *Ibid.*, p. 97.

455 Yves MICHAUD, *Hume et la fin de la philosophie*, Paris: Presses Universitaire de France, 1983, p. 33.

456 « Dans la formation de l'entreprise humienne, l'appel à la manière expérimentale de raisonner, le refus des hypothèses, le primat de l'observation ont le même sens que chez Newton et la référence à l'analyse ne fait pas défaut. », *ibid.*, p. 39.

457 F.-J. THONNARD, *Précis d'histoire de la philosophie*, 1952, p. 620, précité note 325; « *The preface of Kant's Metaphysical Foundation of Natural Science is perhaps the best articulated representation of a classical concept of science as distinct from a modern one to be found in the whole history of philosophy of science. Apodictical certainty, a priori principles, systematic order and the necessity of a metaphysics of nature as well as mathematics in order to establish such a science are the main feature of this concept. Kant borrowed it from the mathematical physics of his time, and he aimed at a philosophical foundation which the scientists themselves were unable to provide. Newton's mechanics was his main object, but his attempt to gain a sufficient foundation also relied on Leibniz, Euler and other philosopher-scientists of the Age of Enlightenment.* », H. PULTE, « Order of Nature and Orders of Science », 2001, 61-92, p. 81, précité note 430.

458 F.-J. THONNARD, *Précis d'histoire de la philosophie*, 1952, p. 623, précité note 325.

la philosophie des 19e et 20e siècles, le souci d'une vérité conforme à la science. L'époque de Kant pouvait raisonnablement avoir été marquée par les nouvelles *théories* scientifiques de Isaac Newton et une forme d'*universalité*: « Pour Kant, comme pour tous les modernes, les sciences (au sens moderne) ont uniquement pour objet les phénomènes qu'il s'agit de réduire en lois mathématiques »[459]. Nous retrouvons ici quelques caractéristiques de la science telles qu'elles ont été circonscrites plus haut.

Néanmoins, entre 1781 (*Critique de la raison pure*) et 1797 (*Les premiers Principes métaphysiques de la doctrine*), période durant laquelle Emmanuel Kant développe longuement et abondamment son système, il semble manquer dans sa philosophie un élément fondamental de la science; celui de la relativité des principes. La relativité consiste à admettre la faillibilité des connaissances, des théories ou des concepts. Les *a priori* de Emmanuel Kant ne semblent pas pouvoir être remis en question par l'expérience. Il ne faut pas conclure pour autant que l'esprit scientifique n'aurait pas eu d'impact dans la pensée des Lumières. Comme nous l'avons vu, Hegel, malgré son idéalisme, avait développé « l'hypothèse fondamentale de l'« universelle relativité » »[460]. Il ne s'agissait pas encore, chez Hegel, de la réfutabilité de Karl Popper, mais cela marquait néanmoins la présence d'un sens critique récurrent. Même si leur pensée sort des sentiers de la méthode scientifique, les travaux de ces philosophes peuvent être des indices d'un impact de l'esprit scientifique sur les mentalités. Par ailleurs, il est possible qu'en raison de sa nature la philosophie soit le domaine le moins touché par la science. F. Enriques va plus loin en affirmant que la philosophie du 19e siècle est « en grande partie dérivée d'une réaction contre la science »[461]. Si la philosophie semble fuir les limites vers lesquelles l'entraîne la science, l'esprit scientifique peut néanmoins avoir eu un certain effet. Enriques décrit un lien étroit entre la rationalité des Lumières et la science:

---

459 *Ibid.*, p. 633.
460 F. ENRIQUES, *La théorie de la connaissance scientifique de Kant à nos jours*, t. VII, 1938, pp. 32-33, précité note 349.
461 *Ibid.*, p. 41.

« On ne saurait comprendre le rationalisme du XVIII[e] siècle, sans le rattacher aux triomphes de la science, dus à Copernic, à Galilée et à Newton: C'était le triomphe de la pensée critique, apanage d'un très petit nombre d'intelligences supérieures sur l'inertie d'une tradition millénaire ancrée à un enseignement qu'on prétendait divin. Voltaire et les encyclopédistes, esprits doués d'une sensibilité extraordinaire pour la valeur des idées, avaient pour but essentiel la réforme de la société selon l'esprit scientifique »[462].

Or, « l'esprit scientifique » auquel réfère F. Enriques, semble bien correspondre à celle que nous avons mis en avant plus haut: « *Il existe une vérité objective*, au sujet de laquelle tous les hommes peuvent se mettre d'accord; on y atteint par la *coordination rationnelle, logiquement et intuitivement claire, des données de l'expérience* »[463]. On y retrouve, en effet, l'organisation (coordination rationnelle) et l'universalité (au sujet de laquelle tous les hommes peuvent se mettre d'accord), l'induction (coordination rationnelle, logiquement et intuitivement claire, des données de l'expérience) et un regard objectif critique (une vérité objective).

Par ailleurs, la position de Enriques soutenant un rejet de la science par la philosophie est mal accordée avec des philosophies telles que le positivisme d'Auguste Comte. La philosophie positive inventée par A. Comte est réellement inspirée d'une conception scientifique dans tous les sens du terme, comme le confirme Thonnard:

« Une telle philosophie est, non seulement indépendante de la foi (ce qui est normal), mais elle se « *spécifie* » par la double prétention de remplacer la foi, et de s'en tenir comme source de vérité à la seule expérience, au sens moderne, c'est-à-dire à l'observation des réalités *mesurables*, et par conséquent des seuls faits matériels et corporels, dont les lois peuvent se préciser en formules mathématiques, comme on le voit par exemple en chimie et en astronomie ».

---

462 *Ibid.*.
463 *Ibid.*.

La philosophie d'Auguste Comte ne va donc pas en réaction contre la science. Au contraire elle justifie le raisonnement scientifique et le déclarer supérieur. Cette philosophie de la première moitié du 19e siècle semble contenir ici encore tous les caractères de l'esprit scientifique.

Auguste Comte a été grandement influencé par les théories du marquis de Condorcet (1743-1794). Cet auteur dans sa célèbre *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*, écrite en prison la dernière année de sa vie, explique l'évolution des sciences dans l'humanité. « Il distingue dix périodes en cette évolution qui va, selon lui, se perfectionnant sans cesse en se dégageant toujours plus de la tutelle religieuse et dogmatique, pour aboutir à l'essor des sciences expérimentales inauguré au XVIe siècle. Ces sciences, du reste, ont devant elles un champ d'action illimité et leurs progrès ne finiront jamais »[464]. Condorcet n'était pas seulement un intellectuel, il fut président de l'assemblée législative, puis député à la Convention. Il fut aussi l'organisateur de l'Instruction publique[465]. Considérant l'implication sociale de Condorcet, sa compréhension des sciences nous apparaît révélatrice de l'importance accordée aux sciences dans la France révolutionnaire.

En bref, l'esprit scientifique aurait commencé à imprégner la philosophie dès le début des Lumières. Son impact semble être allé en augmentant de la fin du 17e siècle à la fin du 18e siècle. Notre exposé cependant ne veut ni ne peut prétendre être une démonstration rigoureuse d'une présence marquée de la science dans la philosophie de cette époque. Nous ne pouvons que constater qu'on retrouve chez quelques auteurs influents tels que Emmanuel Kant, Auguste Comte et Condorcet des indices que la science a pu avoir une influence sur leur œuvre. Toutefois, ces grands personnages, à eux trois, semblent avoir eu suffisamment d'influence en philosophie, en sociologie et en politique (en particulier par Condorcet comme nous le verrons plus bas) pour nous laisser entrevoir une influence des sciences et d'esprit scientifique sur le milieu intellectuel de la fin du 18e siècle.

---

464 F.-J. THONNARD, *Précis d'histoire de la philosophie*, 1952, p. 558, précité note 325.

465 Voir à ce sujet: M. et F. HINCKER, *Condorcet - Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*, 1971, pp. 7-59, précités note 420.

Nous verrons dans les prochaines lignes si la science a pu devenir populaire dans d'autres champs que celui des intellectuels à la même époque.

b) La science et la société à la fin du 18e siècle

La Révolution française apparaît à une étape précise de la réflexion philosophique. D'après Pierre Issalys, la période révolutionnaire française serait, elle aussi, inspirée du rationalisme cartésien[466] en puisant à même l'esprit positiviste[467] de Montesquieu (1689-1743), de Rousseau (1712-1778) et des Idéologues[468]. Si la pensée rationnelle de Descartes figure parmi les fondements de la Révolution, à cette époque, c'est surtout à travers sa tendance positiviste qu'elle s'exprime[469] dans les ouvrages de Montesquieu, Rousseau, Hume, Bentham, etc..

Il est vraisemblable que la transformation des règles à l'échelle de la société soit l'effet d'un mouvement multifactoriel. Par exemple, F.-J. Thonnard explique que la pensée moderne serait née d'un « esprit de révolte de l'individu contre toute autorité: on revendique l'indépendance absolue de chacun, le droit de n'obéir qu'à soi (libéralisme) et spécialement l'indépendance vis-à-vis de l'Église (laïcisme). Ce caractère de réaction violente contre la tutelle de l'Église est le trait commun des écrivains du XVIIIe siècle: tous poursuivent le même but: détruire l'influence de l'ordre surnaturel pour établir le règne de la raison pure »[470]. Ainsi, il

---

466 « Avec lui s'affirme la conviction que par un raisonnement rigoureux inspiré des mathématiques, il est possible de parvenir à la compréhension objective et à la maîtrise du monde ». P. ISSALYS, «La loi dans le droit: tradition, critique et transformation», 1993, p. 195, précité note 158.

467 Le positivisme est un des traits caractéristiques de l'esprit moderne, spécialement de la pensée philosophique du XIXe siècle et l'on en considère Auguste Compte comme le vrai fondateur. Cependant, F.-J. Thonnard élargit ce courant d'idée en établissant son origine, dès le 17e siècle, « dans la troisième partie du cartésianisme qui explique le monde corporel par le pur mécanisme », F.-J. THONNARD, *Précis d'histoire de la philosophie*, 1952, p. 533, précité note 325.

468 En parlant du début du 19e siècle, Pierre Papon écrit: «Il serait, sans nul doute, exagéré de parler, en étudiant cette époque, d'une politique scientifique au sens où nous l'entendons aujourd'hui, mais il faut cependant souligner qu'un certain nombre de scientifiques eurent alors des relations étroites avec le pouvoir politique, en particulier sous l'Empire, Napoléon ayant compris, tout comme Colbert, l'intérêt que représentaient, pour le pays, son potentiel scientifique et ses savants.», P. PAPON, *Le pouvoir et la science en France*, 1978, p. 15, précité note 336.

469 « [...] nos philosophes, et d'Alembert en tête, ne veulent retenir de Descartes que son rationalisme et, dans sa postérité intellectuelle, c'est à Spinoza plutôt qu'à Malebranche que vont leurs préférences. », R. COLLIN, *Message social du savant*, 1941, p. 76, précité note 340.

470 F.-J. THONNARD, *Précis d'histoire de la philosophie*, 1952, p. 693, précité note 325; « Le déclin de Dieu constitue la révolution copernicienne du XVIIIe siècle. En effet, au théocentrisme qui jusqu'alors avait caractérisé

serait hasardeux d'attribuer tous les changements sociaux à l'influence de la science et tel n'est pas l'objet de cette section.

Néanmoins, dans le passage suivant, la science occupe véritablement l'avant plan:

> « Le mouvement des Idéologues, sorte de réseau interdisciplinaire, aspire à mettre la loi au service du progrès moral et social[471]. Son optimisme fondamental, caractéristique d'une communauté intellectuelle où scientifiques et techniciens sont bien représentés, le distingue à la fois de Rousseau - peu confiant dans les capacités de régénération morale des sociétés européennes - et de Montesquieu - pour qui le progrès des Lumières s'accomplit sur un fond de décadence cyclique des civilisations. L'optimisme des Idéologues s'appuie naturellement sur les progrès des sciences naturelles depuis l'éclosion de la philosophie rationaliste, et sur la croyance que les sciences humaines - et notamment celle du gouvernement et de la législation - peuvent et doivent s'inspirer des mêmes principes »[472].

L'esprit scientifique à travers les idéologues semble donc occuper un place importante dans le mouvement révolutionnaire. La popularité de la science semble se manifester aussi dans d'autres secteurs de la société[473]:

> « Le long XVIII[e] siècle scientifique, de 1680 à 1825, inventorie, occupe le terrain, n'en finit pas d'exploiter, d'organiser, de tirer vanité de

---

la spéculation philosophique, se substitue un anthropocentrisme pour lequel, selon le mot de Locke, l'homme se réduit à l'homme. », S. GOYARD-FABRE, *La philosophie des Lumières en France*, 1972, p. 86 et pp. 85-88, précité note 423. À ce sujet nous sommes d'accord avec Michel Villey qui expliquait l'anthropocentrisme par l'arrivée du nominalisme (voir notamment: M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, 1983-1998, précité note 25).

471 G. GUSDORF, *La conscience révolutionnaire - Les Idéologues*, Payot, Paris, 1978, pp. 30-33, 110-122; voir aussi X. MARTIN, «Révolution française et socialisation de l'individu», dans MAZAURIC C. (dir.), *La révolution française et les processus de socialisation de l'homme moderne*, Messidor, Paris, 1989, pp. 215-222

472 P. ISSALYS, «La loi dans le droit: tradition, critique et transformation», 1993, p. 198, précité note 158.

473 « Je voudrais donc tracer deux esquisses de la scène où s'est produite l'évolution de notre siècle. L'une est l'image du monde matériel qui commença à prendre forme entre la naissance de Descartes et la mort de Newton, dura pendant tout le XVIII[e] siècle, et qui, avec d'immense enrichissements et acquisitions, demeurait encore l'image fondamentale au début de notre siècle. La seconde esquisse concerne les méthodes, les espoirs, le programme et l'esprit que la science des XVII[e] et XVIII[e] siècles inspira aux intellectuels et aux hommes d'affaires avec quelques-uns des traits spéciaux à cette période des lumières, qui, nous nous en apercevons aujourd'hui, ont

l'élargissement fabuleux du domaine de la pensée devenue hargneuse qui s'ébroue sans obstacle et sans limite »[474].

La science était tellement présente que Marcel Deschoux, après avoir décortiqué les différentes formes de savoirs et de connaissances et ce, dans une perspective historique, donne raison à Auguste Comte en parlant de l'avènement d'un « âge scientifique »:

> « On ne peut plus parler d'elle ((la science)) comme d'une simple activité à laquelle il est louable de se livrer, pour peu que l'on possède les aptitudes souhaitables. Il s'agit en fait d'un phénomène historique de dimension inégalée, puisqu'il est en passe de conquérir la terre entière. C'est avec raison qu'Auguste Comte la décrivait d'emblée comme un état ou un âge de l'Humanité. Et l'on peut ajouter, avec le P. Teilhard de Chardin, que cet âge réalise une véritable « mutation » de l'homme. Loin de demeurer l'affaire d'un groupe restreint de spécialistes, il affecte les hommes dans leurs conditions d'existence, dans leur mentalité, dans leur façon d'agir, dans leur être même »[475].

L'effet de la science sur la société n'aurait pas toujours eu cette importance. Marcel Deschoux convient que les germes de cette influence datent de Descartes. Doit-on faire remonter la popularité des sciences à Descartes ? Nous ne le pensons pas car les mentalités prennent du temps à changer, ainsi que le constate Rémy Collin:

> « Les idées sont comme les germes des maladies contagieuses, elles ont une période d'incubation. Celle de la *primauté de la science* sur les autres modes du savoir a mis plus d'un siècle à éclore, mais cette lente germination donna enfin naissance à un ferment d'une puissance

---

imprégné si profondément notre tradition, et nous paraissent à la fois si nécessaires et si insuffisantes. », J. R. OPPEINHEIMER, *La science et le bon sens*, 1955, p. 20, précité note 343.

474 P. CHAUNU, *La civilisation de l'Europe des lumières*, 1993, p. 244, précité note 406.

475 Marcel DESCHOUX, *Philosophie du savoir scientifique*, Paris: Presses Universitaires de France (P.U.F.), Collection « Lysis », 1968, p. 233; « L'enthousiasme est général, le phénomène est contagieux et prend non seulement l'aspect sérieux des travaux de Swammerdam ou de Leuwenhœck, mais également des formes aussi amusantes qu'inattendues: on collectionne des papillons, des plantes, des coquillages. Les rois eux-mêmes jouent

redoutable. Ce ferment fait lever la pâte de l'*Encyclopédie*, « dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers », et d'Alembert et Diderot ne font que refléter une opinion devenue commune en mettant toute leur foi dans les *progrès* d'une science dont l'objectif sera désormais restreint à la nature sensible »[476].

C'est donc plus de cent ans après Descartes qu'apparaissent, selon Rémy Collin, les marques d'un esprit scientifique[477].

Les prochaines lignes illustreront, à travers Condorcet et Voltaire, la présence de la science au sein de la société occidentale.

En France, le Marquis de Condorcet, mathématicien, homme politique influent et grand administrateur était sans doute avec Voltaire un des plus ardents promoteur de la science:

> « Condorcet ne croit pas au génie solitaire. Pour aboutir à une découverte importante, il faut faire une multitude d'observations modestes, souvent pendant plusieurs générations. Puis les découvertes d'une science font progresser les autres: d'où l'idée d'un programme des sciences, sorte de planification dans la recherche scientifique, proposé par un organe centralisateur, dans lequel Condorcet voit, dans les années 1780, le despote éclairé »[478].

Il décrit dans son *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain* (1793) une science expérimentale s'imposant dans toutes les préoccupations intellectuelles: la physique, la chimie, la biologie (minéraux, végétaux, animaux), l'homme physique (anatomie, physiologie). Il montre aussi à quel point les sciences ont eu une influence sur les arts au sens large, soit: l'art de construire, et

---

les explorateurs de la nature: l'un est collectionneur, l'autre botaniste. », S. GOYARD-FABRE, *La philosophie des Lumières en France*, 1972, p. 172, précité note 423.

476 R. COLLIN, *Message social du savant*, 1941, p. 76, précité note 340.

477 « L'époque moderne commence en réalité avec la Réforme et avec la Renaissance, la science moderne avec Galilée et Descartes, mais c'est au XIXe siècle que celle-ci a exercé sur les esprits la plus grande séduction et c'est précisément au XIXe siècle qu'ont pris naissance et se sont développés les mouvements sociaux qui s'affrontent aujourd'hui dans le désordre, dans l'angoisse et dans le deuil d'une grande partie du monde civilisé. », *ibid.*, p. 91

478 M. et F. HINCKER, *Condorcet - Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*, 1971, p. 27, précité note 420.

de naviguer, les arts mécaniques (machines et métiers), l'architecture, les arts économiques (culture, élevage), la chirurgie et la pharmacie, la médecine (« qui, dans la pratique, doit être considérée comme un art »[479]). Cela lui permettrait de constater que les sciences ne sont plus accessibles à un nombre restreint de savants, mais à une communauté: « Jusqu'à cette époque les sciences n'avaient été que le patrimoine de quelques hommes; déjà elles sont devenues communes, et le moment approche où leurs éléments, leurs principes, leurs méthodes les plus simples deviendront vraiment populaires »[480]. S'il semble concéder le manque de popularité des sciences à son époque, il constate néanmoins la facilité d'accès aux connaissances scientifiques par l'enseignement, la présence grandissante des dictionnaires, des abrégés, des journaux, ou des livres[481].

En ce qui concerne Voltaire, Gustave Lanson a magistralement décrit la vie et l'œuvre de ce personnage. Son *Voltaire*, écrivait l'éditeur René Pomeau en note préliminaire, « est en passe de devenir un classique »[482]. Cet ouvrage est aussi un des seuls a avoir consacré un chapitre entier à l'influence de Voltaire. Gustave Lanson souligne la difficulté de saisir l'influence qu'a pu avoir un auteur aussi insaisissable que Voltaire. Peu nous importe de savoir si Voltaire a influencé son époque ou s'il en a été seulement un témoin privilégié; l'essentiel est de comprendre quelle place la science occupait dans les esprits de la fin du 18e siècle. Notons qu'il était déjà beaucoup lu de son vivant: « De 1740 à 1778 il se fit 19 recueils des œuvres, sans compter les éditions séparées, très nombreuses pour les principaux écrits »[483]. Après sa mort Voltaire demeurait encore très populaire: « De 1778 à 1815, Quérard indique 6 éditions des œuvres complètes, sans compter deux éditions incomplètes et déjà copieuses. (...) (L)'abondance même de l'offre, de la part des éditeurs, indique une demande considérable de l'opinion libérale »[484]. Pour comparer avec Rousseau dont l'influence est notoire, « (d)'un rapport officiel qui fut analysé par les journaux, il résulte que de 1817 à

---

479 *Ibid.*, pp. 236-238.
480 *Ibid.*, p. 244.
481 *Ibid.*.
482 Gustave LANSON, *Voltaire*, éd. revue et mise à jour par René Pomeau, Paris: Hachette, 1960.
483 *Ibid.*, p. 204.
484 *Ibid*, pp. 204 et 205.

1824, douze éditions de Voltaire se sont imprimées, formant un total de 31 600 exemplaires et de 1 598 000 volumes. En même temps, 13 éditions de Rousseau donnaient 24 500 exemplaires et 480 500 volumes »[485]. Simone Goyard-Fabre n'hésite pas à le qualifier de « chef de file du mouvement philosophique européen »[486].

En dépit d'une attitude désinvolte et parfois presque cabotine à l'égard les idées qu'il désapprouvait, Voltaire « conseillait l'étude sérieuse et l'exposé véridique des faits. (...) En général, Voltaire agit sur son temps par le développement de l'esprit critique dans le public »[487]. Parmi les nombreuses croisades de Voltaire il en est une qui nous intéresse particulièrement et dont Gustave Lanson ne fait pas état. Voltaire aurait mis son sens critique au service de la science moderne newtonienne contre la rationalité désincarnée de la philosophie classique, comme l'explique Simone Goyard-Fabre:

> « Tout au long de son œuvre, Voltaire s'élève contre « les vaines spéculations » et les supercheries de la métaphysique. (...) L'erreur de toutes les philosophies classiques réside, montre Voltaire, dans la démarche qu'elles ont suivie: elles sont allées des postulats et des axiomes à leurs conséquences, n'obéissant somme toute qu'à une règle élémentaire de logique; elles ont posé des concepts et ont cru pouvoir aller, à partir d'eux, jusqu'aux faits. Elles ont donc inversé l'ordre même de la pensée que l'analyse newtonienne a si bien su rétablir: Newton part des phénomènes, qui sont le donné et se hausse aux idées et aux principes. Au lieu de reconnaître que l'observation est à la racine de toutes nos idées, de notre langage et même de nos croyances, les philosophes de la tradition se sont égarés de la façon la plus sublime (...) »[488].

En fait ce passage montre que Voltaire semblait conscient de l'importance du fait scientifique ou, aurait pu dire François Gény, « du donné ». Sans nier toute valeur

---

485 *Ibid.*, p. 205.
486 S. GOYARD-FABRE, *La philosophie des Lumières en France*, 1972, p. 88, précité note 423.
487 G. LANSON, *Voltaire*, 1960, pp. 207 et 213, précité note 482.

à la philosophie, il semblait vouloir rétablir l'équilibre entre les idées et la réalité, « ce faisant, il rend gloire au travail scientifique accompli depuis Galilée dans la voie de la recherche expérimentale »[489]. Voltaire semble donc être à la fois un témoin et un des plus ardents promoteurs de la science. La promotion qu'il fait de l'œuvre de Newton s'inscrit dans toute une mouvance sociale:

> « L'hommage rendu au grand savant expérimental qu'est Newton est général. Non seulement les *Élements de la philosophie de Newton*, que Voltaire publie en 1738, s'évertuent à mettre en pleine lumière l'importance extraordinaire que les canons scientifiques et philosophiques proposés par Newton sont appelés à revêtir, mais des hommes de science comme Maupertuis ou D'Alembert prennent également parti pour la physique, contre la métaphysique. Condillac, dans son *Traité des systèmes*, en 1749, condamne sans réserve l'esprit de système qui, au XVIIe siècle, a vicié selon lui toutes les théories de la connaissance. De façon générale, tous les auteurs suivent le programme de recherche théoriques élaboré par Newton dans les conclusions de son *Optique*. »[490]

Voltaire semble donc avoir non seulement popularisé la science expérimentale et les travaux de Newton, mais il l'aurait fait au détriment de la métaphysique. Le siècle des Lumières semble donc avoir reconnu, notamment grâce à certains personnages populaires tel que Voltaire, une certaine valeur aux caractères de la science.

E. Conclusion

Cette partie a été l'occasion d'établir la base conceptuelle de cette thèse. Ce travail était nécessaire d'une part, pour conserver une certaine régularité dans

---

[488] S. GOYARD-FABRE, *La philosophie des Lumières en France*, 1972, p. 88 et 91, précité note 423.
[489] *Ibid.*, p. 92.
[490] *Ibid.*

l'utilisation des termes et l'analyse des données, d'autre part, pour décrire nos observations avec le plus de précision possible.

Dans un premier temps, il fallait mettre au clair certaines notions relatives au droit telles que la règle juridique, la loi ou le droit qui évoque lui-même plusieurs conceptions. Par exemple, un droit à forte composante subjective est une conception très présente dans l'Antiquité et au Moyen Âge. Ce droit se réalise grâce à une vision philosophique de la vie et d'une recherche de la place de l'homme dans son environnement. Cette conception nous a semblé incomplète pour décrire un droit moderne essentiellement normatif, c'est-à-dire dans lequel la règle occupe la place centrale. La règle juridique a aussi été qualifiée de conduite (de faire ou de ne pas faire) qui s'impose à un ensemble de citoyens, dont la sanction est assumée par une autorité selon un processus équitable. Le droit se reconnaissait donc par son aspect contraignant avec la possibilité d'imposer une sanction. Il restait à faire une démarcation entre la règle et la loi: la loi a été définie comme une règle de droit permanente proclamée par l'autorité souveraine et exprimée dans une formule écrite. Ainsi, toute loi aurait contenu des règles juridiques, mais toute règle juridique ne serait pas une loi.

Ces définitions, réduites au plus simple, nous ont semblé suffisantes pour les fins de cette thèse. Nous aurons, par ailleurs, l'occasion d'approfondir certains concepts au cours de la réflexion.

Ces clarifications opérées, il fallait ensuite comprendre le contexte dans lequel le droit avait évolué avant le développement des sciences. L'État étant au cœur de la définition du droit, tant par la loi que par la justice, toute l'attention a été portée sur le rôle du droit dans l'État. En France comme en Angleterre il a été constaté que l'État se serait formé en réponse à un besoin de stabilité sociale. La même situation a été observée au Québec. En revanche, les circonstances socio-politiques pourraient expliquer que la France aurait généré un droit principalement législatif, pendant que l'Angleterre aurait produit un droit fondamentalement jurisprudentiel. Le Québec, comme la France, malgré l'influence marquée de l'Angleterre, aurait produit un droit essentiellement législatif (quoique certains préfèrent le décrire comme un droit mixte). Ainsi, bien

que le droit semble jouer le même rôle dans ces structures étatiques, il accomplirait sa fonction de façon différente. Sans ces éclaircissements relatifs au rôle du droit et ses fonctions dans l'État, il aurait été difficile de justifier et d'effectuer une recherche exploratoire visant à observer certains changements dans quelques aspects du droit, et de chercher dans ces changements la présence des caractères de l'esprit scientifique.

Pour cette même raison, la science devait être traitée pour en saisir les contours, mais aussi pour entrevoir l'importance de son accroissement, puis de sa popularité. Plusieurs traits importants ont été associés à l'esprit scientifique. Ainsi, l'esprit scientifique se démarquerait par sa tendance à ce que nous avons qualifié d'induction, c'est-à-dire: établir un lien entre la théorie et les faits objectivement démontrés. À cela s'ajouterait un souci d'organiser la théorie selon la même logique que les faits objectifs et d'appliquer cette théorie (devenue elle aussi objective) de façon universelle à l'ensemble du cadre factuel en question. Rajoutons que l'objectivité de l'esprit scientifique se manifesterait, selon Karl Popper, par une remise en question systématique des faits; ce qu'il appelle « la réfutabilité ».

Il restait à comprendre *pourquoi* cette forme d'esprit était susceptible de se retrouver dans le droit.

Premièrement, tout le long du 18e siècle, la science semble avoir connu un accroissement sans précédent. Elle aurait réalisé de nombreuses découvertes qui, à leur tour, auraient eu certains effets sur la société. Par exemple, la médecine s'est mise à devenir efficace, permettant aux personnes de vivre plus longtemps et donc de véhiculer plus longtemps le savoir. La popularité des nouvelles théories de Descartes, puis de Newton ont permis d'entrevoir un impact des sciences sur la philosophie de cette époque.

Si les sciences ont eu un impact sur le droit à l'image de ce que nous avons entrevu dans cette partie, à quel type de changements pourrait-on s'attendre ? Bien sûr, il y a l'influence due aux applications des découvertes. Par exemple, la compréhension du système immunitaire a permis de développer des

médicaments, d'engendrer tout un commerce et de produire des règles particulières de la propriété intellectuelle. La médecine a engendré tout un droit médical relatif à l'organisation et la déontologie professionnelles et à la responsabilité des intervenants. D'autres domaines de la science tels les découvertes en sciences physique, mathématique, génétique et biologie moléculaire ont aussi remis en question des principes du droit. Les applications de ces découvertes ont engendré des comportements sociaux nouveaux appelant des règles juridiques nouvelles. Mais ce ne sont pas là des matières sur lesquelles nous porterons notre attention. Nous croyons que la science, non contente d'engendrer des sources de préoccupation nouvelles, possède un état d'esprit, une mentalité caractéristique. Cette forme de pensée scientifique, à son image, pourrait se retrouver dans le droit.

Nous consacrerons les deux prochaines parties de notre thèse à rechercher la présence de cette forme d'esprit dans quelques aspects du droit. Elles seront consacrées respectivement, à l'examen de la mentalité des juristes et l'examen des règles de droit.

PARTIE II. LA THÉORIE DU DROIT ET L'ESPRIT SCIENTIFIQUE

« Le développement des idées et des théories sont si inextricablement lié à celui de la loi et de la jurisprudence que l'on est tenté de se demander si la doctrine n'en est qu'un simple reflet ou si, au contraire, elle n'est pas véritablement l'âme de la loi et de la jurisprudence, le cœur même de la vie du droit »[490]. Cette citation de Claude Dubouchet introduit bien notre deuxième partie. Après avoir identifié les grands traits de l'esprit scientifique, nous verrons maintenant si ceux-ci apparaissent dans quelques aspects de la doctrine juridique et de la théorie du droit.

L'analyse effectuée dans la première partie a mis en lumière trois particularités dont la présence concomitante nous permet de qualifier l'esprit scientifique et éventuellement retrouver dans nos observations la marque d'une influence. Ces trois particularités sont: *l'induction* qui fait le lien entre la théorie et la réalité objectivée; *l'universalité* qui s'inscrit dans un cadre à visée objective; et *l'organisation* qui propose une coordination logique des faits entre eux et des idées entre elles. La preuve de l'absence de ces caractéristiques est toute aussi importante que la preuve de leur présence, car nous voulons explorer la présence d'une influence éventuelle de la science à une époque particulière.

Envisager la présence accrue d'une influence à une époque donnée implique d'envisager la présence d'autres influences ou d'autres tendances intellectuelles avant cette époque. Ces autres influences pouvaient regrouper des caractéristiques différentes de celles d'universalité, d'induction et d'organisation. Peut-être aussi, auraient-elles contenu une de ces propriétés sans avoir les deux autres. Ainsi, à observer chaque caractéristique l'une après l'autre, nous serons préparés à la possibilité de détecter leur présence, dans le droit, à des époques autres que la fin du 18e siècle. Si cette situation se présente, il faudra alors vérifier si les trois caractéristiques sont aussi présentes en même temps.

La perception du droit qu'est susceptible d'engendrer la forme scientifique de l'universalité sera le premier objet de nos observations. La seconde partie

---

[490] Paul DUBOUCHET, *Sémiotique juridique: introduction à une science du droit*, 1990, p. 20, précité note 5.

examinera l'induction pour une possible contribution à l'objectivation[491] de la théorie juridique. Enfin, nous terminerons avec l'organisation scientifique qui pourrait engager le juriste dans une logique positiviste.

A. L'UNIVERSALITÉ: UNE NOUVELLE PERCEPTION DU DROIT?

Nous avons dit dans la première partie que la connaissance scientifique semblait impliquer une vision particulière de l'universalité. Dans l'universalité scientifique, les lois naturelles s'appliqueraient à tout un univers connu, mais rarement infini. Ce terme associé à la science désignerait donc un cadre limité. Par exemple, certaines règles de la biologie qui s'appliquent aux animaux sont valables pour les animaux sauvages, mais pas pour les animaux en captivité. Pour prendre un autre exemple, chacun sait que l'eau se solidifie à 0°C et entre en ébullition à 100°C. Ces règles ne sont plus vraies lorsque la pression change.

De son côté, l'universalité de la philosophie semble être plus étendue en faisant appel à une métaphysique; c'est-à-dire qu'elle s'étendrait au delà de la connaissance concrète. Les règles philosophiques s'appliqueraient à tout le champ de l'abstraction sans restriction. Il est donc aisé d'imaginer qu'un droit vraisemblablement habitué à développer sa théorie selon une universalité philosophique, puisse se concevoir différemment avec les paramètres d'une universalité scientifique. Nous examinerons dans les prochaines lignes quelques différences entre deux perceptions possibles du droit; l'une selon une universalité philosophique et l'autre selon une universalité scientifique.

---

[491] Nous voulons préciser que la notion d'objectivité ne doit pas être comprise ici comme une plus grande neutralité ou impartialité ni une plus grande vérité. Nous utilisons le terme d'objectivité par opposition à subjectivité, c'est-à-dire qui se détache de la compréhension individuelle ou personnelle des choses.

1. Observations sur quelques traits de l'universalité philosophique des Romains et la perception du droit

On peut concevoir le fait que la codification napoléonienne ait eu un effet sur les méthodes de travail des jurisconsultes. Une des critiques de l'Allemand Savigny à l'endroit des codes fut de dénoncer leur aspect statique: « Les codes fixent le droit à l'état où il se trouve au moment où on le codifie, ils l'immobilisent, et le privent ainsi des améliorations successives qu'amènent naturellement les progrès de la science »[492]. Placée dans le contexte des jurisconsultes romains, cette critique en serait peut-être atténuée. Nous aborderons le contexte du droit romain, non pour faire une démonstration rigoureuse de la présence d'une universalité philosophique dans l'Antiquité, mais pour montrer qu'une telle perspective est envisageable, laissant de ce fait possible l'observation d'un lien entre des changements dans la théorie du droit et la venue d'une nouvelle universalité.

François Laurent, et il est rejoint en cela par Michel Villey, montre que les Romains auraient eu tendance à se fonder sur un esprit philosophique de justice où la règle de droit n'aurait pas eu la même importance qu'elle en a aujourd'hui. Dans le cadre des décisions de justice, la règle aurait été moins centrale et plus aléatoire si elle ne s'appliquait pas *proprio motu*:

> « À Rome, les jurisconsultes étaient les organes du droit populaire, pour nous servir des expressions de Savigny[493]. Le droit se formait, se développait dans la conscience nationale; mais ce n'était pas le législateur qui interprétait et qui formulait ce travail latent, c'étaient les jurisconsultes. Par cela même, ils participaient à la création du droit. Leur rôle ne se bornait pas à expliquer et à en faire l'application aux cas nouveaux qui se présentaient; ils innovaient, ils créaient. Il y a très peu de lois; les jurisconsultes n'étaient donc pas enchaînés par des textes; ils jouissaient d'une liberté presque illimitée. Cela est si vrai qu'ils

---

[492] SAVIGNY, *Traité de droit romain*, traduit pas Guenoux, Tome 1er, p. 45.
[493] *Ibid.*, p. 81 et ss.

ne se croyaient pas liés par les principes qu'eux-mêmes enseignaient. (...) Sous l'ancien régime, les jurisconsultes français avaient aussi des allures très-libres. Dans les pays de droit écrit, le droit romain était un droit traditionnel plutôt qu'un droit législatif. Dans les pays coutumiers, il n'y avait généralement qu'une autorité de raison; dès lors la raison le pouvait discuter, et au besoin s'en écarter. C'est ce que Pothier fait à chaque instant au nom de l'équité. (...) La mission des interprètes sous nos codes, est donc plus modeste qu'elle ne l'était jadis. Ils ne se rendent pas compte de cette profonde révolution. Quand ils voient les jurisconsultes romains manier librement les principes, sans autre guide, sans autre lien que la raison ou la conscience générale, ils sont tentés d'imiter leur exemple. (...) Nous n'avons pas le droit d'innover; il ne nous est pas permis de corriger, de perfectionner nos codes. (...) Non, l'interprète peut et doit signaler les lacunes, les imperfections, les défauts de la législation qu'il est appelé à expliquer. Et ces travaux préparent le progrès que le législateur a pour mission de réaliser »[494].

La raison universelle des Romains aurait donc été un idéal à atteindre dont chaque décision juridique devait s'imprégner. « Ainsi, à Rome, le préteur n'appliquait pas la loi, quand il la croyait contraire à l'équité naturelle »[495]. On pourrait utiliser le terme d'omniprésence pour expliquer la perception romaine du droit. Le droit aurait été une sorte de conscience omniprésente de la droite raison. « Il s'agit (selon Cicéron), au sens large, de juger le fait selon le Droit, donc de ne jamais rien placer au-delà du bien et du mal, même la politique (...). Les institutions existantes ne valent qu'autant qu'elles se rattachent à la ratio qui gouverne le monde ou qui, même si elle n'existe pas, devrait le gouverner »[496]. Nous reprenons, ici, un ouvrage de Didier Boutet car il est un des rares auteurs à sortir d'une analyse cloisonnée et descriptive du système romain. Didier Boutet rappelle le reproche qui fut fait à Cicéron:

---

494 F. LAURENT, *Principes de droit civil*, 1887, pp. 42-43, précité note 63.
495 PORTALIS, « Corps législatif », 14 décembre 1801, p. 128, précité note 46.
496 A. MICHEL, *Histoire des Doctrines Politiques à Rome*, Paris: PUF, 1971, p. 34, cité dans: D. BOUTET, *Vers l'État de droit. La théorie de l'État et du droit*, 1991, p. 52, précité note 316.

« On a reproché à Cicéron de ne pas être allé au bout de sa pensée. Après avoir exalté et placé au premier plan la loi éternelle naturelle, immuable et antérieure, il ne s'interroge pas sur les relations, les correspondances que doivent entretenir ces affirmations de principe avec les réalités positives du Droit. Il n'a pas introduit la dichotomie, qui en fait se trouvait au bout de sa pensée: l'obligation d'obéissance imposée à la nature humaine face à la loi naturelle entraînait la relégation au second plan de la protection de l'individu. Si le droit de l'État et celui de la société civile sont les mêmes, il n'y a pas alors à prévoir de droit spécifiquement destiné à protéger l'individu. Il n'y a donc ni droit public, ni droit privé. Il y a le droit de l'État »[497].

Didier Boutet semble confirmer ici l'importance, chez Cicéron, de la « loi naturelle, immuable et antérieure ». Il montre aussi que cette raison universelle aurait eu des effets sur la conception de l'État et de l'individu dans l'État.

Dans l'Antiquité, la notion même d'individu semblait être différente. Chacun aurait été reconnu par sa fonction ou sa place hiérarchique dans la cité. Michel Bastit expose qu'à cette époque, contrairement au droit moderne, on ne semblait pas envisager et définir les personnes comme un tout:

« En droit moderne, les personnes sont des atomes sociaux identiques, sujets transcendants doués de pouvoirs. En elles, aucune diversité ni dans le temps, ni dans l'espace: elles sont la traduction juridique de l'immuable essence humaine. Au contraire, chez Gaius, les personnes changent, elles reçoivent en partage des places différentes dans les relations de la cité. La mutabilité des personnes est claire. L'esclave peut être affranchi, les affranchis latins peuvent devenir romains, on peut être adopté. (...) Il est encore possible de changer momentanément de « *personae* » lorsque l'on prend le rôle d'un autre

---

[497] D. BOUTET, *ibid.*, pp. 52-53. Nous pensons que ce reproche fut formulé dans un contexte moderne où l'État est une entité autonome. Le reproche ne tient plus avec le constat que l'État romain n'est pas celui de notre conception moderne mais un ensemble d'individus, un ensemble d'institutions, rien de plus. L'État s'incrit

pour telle ou telle opération. (...) Ces mutations sont possibles parce que les « *personae* » sont divisées en plusieurs catégories différentes »[498].

Il en serait de même pour l'État où le point commun (juridique) réunissant tous les Romains ne serait pas l'État mais la conscience du bien et du mal. Ainsi, la seule obéissance serait vouée, non pas à l'État, mais à la droite raison, valeur philosophique commune. Celle-ci s'applique à tous comme à un seul; elle est universelle. « Ce qui fonde l'État romain, c'est le désir des citoyens de respecter le droit en ce qu'il protège leurs intérêts. D'où l'importance de la structure juridique dans l'État romain »[499].

La même logique semble se répéter avec la loi; comme pour la droite raison, la loi serait l'affaire de tout le peuple:

> « Les Romains appelaient loi (*lex*) toute mesure spéciale ou générale, transitoire ou permanente, votée par le peuple, et il n'est pas aisé de savoir dans quel sens les magistrats ont appelé et dirigé d'abord l'intervention populaire »[500].

Dans ce passage, l'aspect démocratique (au sens strict du terme) de la mesure semble être une forte caractéristique de la loi des Romains, à l'époque de la République. Il ne reste plus grand chose en commun avec la loi telle que nous l'avons définie. Il semble, par conséquent, que nous soyons en présence de deux réalités distinctes.

Bien que l'État soit souvent au centre des analyses du système romain, son statut juridique semblerait être en fait la conséquence d'une perception philosophique du droit. Le droit pourrait être défini comme la recherche d'un équilibre et d'un

---

ensuite dans une *réalité* (le cosmos grec) plus vaste et elle aussi très réelle. Voir à ce sujet: M. VILLEY, Le droit et les droits de l'homme, 1983-1998, p. 119, précité note 25.

[498] Michel BASTIT, « La diversité dans les institutes de Gaius », (1978) 23 *Archives de Philosophie du Droit* 333-342, p. 334-335.

[499] D. BOUTET, *Vers l'État de droit. La théorie de l'État et du droit*, p. 60, précité note 316.

ordre naturel universel. On semble retrouver la même perception philosophique dans la définition romaine de la *prudence* (jurisprudence): « (...) elle est une disposition à déterminer ce qui est bon et utile, en opérant des prévisions et des calculs dans le champ du possible et du changeant. (...) Par ailleurs, puisqu'elle n'est pas science, elle ne s'enseigne pas, mais s'acquiert par l'expérience portant sur des cas particuliers, et s'applique aux principes inférieurs à la différence de la science qui, elle, s'applique aux principes premiers »[501]. La jurisprudence des Romains pourrait donc être vue comme une méthode qui permettrait de concrétiser leur métaphysique universelle. D'ailleurs pour être cohérente avec l'ordre universel des Romains, la jurisprudence serait autant l'affaire des juges et des jurisconsultes que des législateurs: « En effet, en suivant fidèlement la pensée d'Aristote - comme ils le font dans cette matière - les Anciens admettent que la jurisprudence est aussi une méthode législative, et pas seulement judiciaire ou politique (au sens restreint de « l'administration de la cité ») »[502]. Le droit romain ne semble donc pas correspondre à la vision moderne d'une discipline quasi autonome et indépendante visant à corriger les injustices.

Didier Boutet va peut-être un peu trop loin lorsqu'il fait allusion à une « structure juridique dans l'État romain ». En effet, nous n'avons pas trouvé de loi constitutive des institutions romaines comparable aux constitutions des États modernes. Par exemple, en ce qui concerne l'administration de la justice, le droit public semble provenir essentiellement des édits de la magistrature (administration) qui a émis ses propres règles de fonctionnement[503]. Elles se comparent plutôt aux règles de

---

[500] André BOUCHÉ-LECLERCQ, *Manuel des institutions romaines*, Librairies Ernest Leroux, Paris, 1931, p. 118; voir aussi CICÉRON, *De Legibus*; Paul Frédéric GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 6e éd., Paris: Rousseau et Cie, 1918, p. 34.

[501] Christophe GRZEGORCZYK, « Jurisprudence: phénomène judiciaire, science ou méthode ? », (1985) 30 *Archives de Philosophie du Droit* 35-52, pp. 37-38.

[502] *Ibid.*, p. 38.

[503] Sous la république, « [l]es édits sont des communications adressées au public, qui d'après l'étymologie (*ex dicere*), ont d'abord été orales et qui, dans le sens postérieur du mot, sont en outre publiées par voie d'affiche. [...] Seulement les édits ainsi entendu ne sont pas une source du droit. C'est par le développement d'une de leurs variétés, des édits d'entrée en charge, que les édits de certains magistrats chargés de la justice civile, sont devenus, à partir d'un événement législatif déterminé, à partir du vote de la loi Aebutia, une source du droit très abondante, celle qui a mis le droit prétorien à côté du droit civil. Les magistrats romains d'un certain rang, les consuls, les censeurs, les préteurs, les gouverneurs de province par exemple, avaient coutume de publier à leur entrée en charge une espèce de manifeste où ils se présentaient à leurs administrés en leur faisant part de leurs titres et de leurs projets. », P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 1918, p. 38, précité note 500. La loi Aebutia accordait au préteur un certain pouvoir discrétionaire sur le déroulement de la justice et l'application de la loi,

la procédure judiciaire et ne semblent pas avoir de valeur structurante, comme le sont, par exemple, nos lois d'organisation des tribunaux[504]. De même, contrairement à ce que l'on retrouve dans notre droit moderne (ex: *Loi sur la justice administrative*[505]), aucun texte ne dispose des pouvoirs des magistrats romains.

Une autre critique, pouvant être adressée à Didier Boutet, réside dans le fait qu'il semble prêter toute son attention au droit comme source du système romain. Il ne traite pas de la religion qui occupait tout de même une place importante, si ce n'est centrale. Par exemple, au milieu du 5e siècle av. J.C., les pontifes (chef religieux) avaient beaucoup d'influence et de pouvoir tant en politique qu'en économie[506]. Il ne traite, d'ailleurs, pas non plus des finances et de l'économie. Pourtant, le *cens* (unité socio-économique) était à la base des réformes de Julius Tullius instaurant la République[507]. Il ne semble voir ces aspects que comme des sources de droit: « Que le droit trouve son origine dans la pratique religieuse ou le rite familial n'est pas déterminant à nos yeux. Ce qui l'est par contre, c'est que la notion antique de l'État se définit d'abord comme une association humaine réunie par l'acquiescement au droit »[508]. Accorder plus d'attention aux autres domaines aurait peut-être permis de comprendre comment la société romaine pouvait être structurée sans l'intervention du droit.

« [e]t c'est précisément l'exercice de ce pouvoir [...], qui a donné une importance nouvelle à son édit d'entrée en charge, manifeste technique et précis dans lequel il expose le programme de son administration judiciaire. En moins d'un siècle ce programme appelé *edictum perpetuum*, - c'est-à-dire édit permanent, rendu pour toute l'année d'exercice, par opposition aux *edicta repentina*, motivés par des circonstances accidentelles, - est devenu une longue ordonnance affichée auprès du tribunal du magistrat, sur des tables de bois blanc (*album*). Le magistrat y donne, d'une part, les modèles concrets des moyens qui pourront lui être demandés (*formulae*) et, d'autre part, il y indique dans quelles conditions il les accordera ou les refusera [...]. », *ibid.*, pp. 39-40; I. HUARD, « L'édit: un héritage du droit romain », (15 mars 2002), précité note 191.

504 Édouard Cuq décrit l'Édit perpétuel, c.-à-d. un texte officiel rédigé quelques années avant la mort d'Hadrien en 138, dans les termes suivants: « On distingue quatre partie dans l'édit: la première comprend les règles relatives à la marche du procès jusqu'à l'organisation de l'instance (tit. 1-13); la quatrième, les règles sur l'exécution des sentences et les recours en cassation (tit. 36-42). Il est plus difficile de déterminer les critérium de la distinction de la deuxième et de la troisième partie: on a conjecturé que la seconde (tit 14-24) se rapporte aux procès soumis au rectum actus, la troisième (tit 25-35) aux voies de droit plus rapides. Chaque partie comprend des édits et des formules pour des actions créées par le Préteur; des formules d'actions seulement pour les actions civiles. L'Édit se termine par un appendice (tit. 43-45), contenant des formules d'interdit, d'exceptions et de stipulations prétoriennes. », Édouard CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, 2e éd., Paris: L.G.D.J., 1928, pp. 22-23.

505 L.R.Q., c. J-3.

506 E. PETIT, *Traité élémentaire de droit Romain*, 1925, précité note 22.

507 *Ibid.*; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 1918, p. 17, précité note 500.

508 D. BOUTET, *Vers l'État de droit. La théorie de l'État et du droit*, p. 61, précité note 316.

Nous retiendrons de Boutet son éclairage sur la conception individuelle du droit romain où les citoyens semblent partager la même vision du droit comme valeur universelle: « Telle est la grandeur de Rome, comme à la République et à l'Empire: reconnaître le divin dans l'humain, la transcendance dans l'action, la liberté dans la servitude »[509]. Il s'agirait d'une universalité *transcendante* (dans le sens philosophique du terme). Le droit était important car il devait incarner la vision que les individus avaient du monde. Le droit philosophique de l'Antiquité devait donner son sens à la société.

On pourrait faire l'objection que cette société philosophique, où l'État ne semblait pas être une personne juridique, correspondait aux premiers siècles des Romains et, comme Basile Éliavichevitch, que sous l'Empire (périodes classique et Bas-Empire) l'État avait fini par acquérir une personnalité juridique[510]. En acceptant cela, il faudrait aussi admettre que cette notion d'État et de personne juridique aurait, par la suite, disparu en Occident pour réapparaître au 16e siècle. Pourtant le droit romain semblait encore être pratiqué notamment en Italie, en Occitanie (partie Sud de la France) et en Espagne longtemps après la chute de l'Empire d'Occident (476). Ces régions « avaient également (...) promulgué des codifications des lois romaines: Chez les Burgondes (vallée du Rhone), la *lex romana Burgundionum* ou Papien, de Gondebaud (480-500). Chez les Visigoths (pyrrénnées et Espagne), la *lex romana Visigothorum* ou Bréviaire d'Alaric (506). Chez les Ostrogoth, l'*Edictum Thoedorici* de Théodoric (vers 500 ou 511-515) »[511]. Par ailleurs comment concevoir le fait que l'État ait pu être doté d'une personnalité juridique pendant que le droit privé ignorait ce concept ?

---

509 A. MICHEL, *Histoire des Doctrines Politiques à Rome*, 1971, p. 117, précité note 494.

510 Basile ELIACHEVITCH, *La personnalité juridique en droit privé romain*, Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1942; cet auteur admet que la personnalité juridique était inexistante dans le droit privé romain. La chose était valable, dans toute la période romaine de Gaius à Justinien. L'État républicain romain ne possédait pas non plus de personnalité juridique: « Ainsi, la condition juridique de l'État républicain romain, quant à ses rapports patrimoniaux, diffère radicalement de celle de l'État moderne. L'État moderne se soumet dans son activité juridique aux règles et formes du droit privé. Ses droit patrimoniaux sont les mêmes que ceux des particuliers. [...] C'est ce que la doctrine exprime par la formule: L'État est une personne juridique du droit privé. Le *populus Romanus* [État romain sous la République] entretretien également les relations juridiques par les particuliers. Mais il occupe ici une position exorbitante du droit commun. [...] Le *populus* agit d'après les règles qu'il a établies lui-même, et qui, en principe, ne peuvent être violées par lui. Dans l'état des choses que nous trouvons dans la Rome république l'idée même de la personnalité juridique de l'État ne pouvait pas naître. » (pp. 28, 29 et 31).

511 Paul COLLINET, *La genèse du Digeste, du Code et des Institutes de Justinien*, Paris: André Lesot, 1952, p. 30

Basile Eliachevitch construit sa démonstration sur le fait que des institutions, telles les *municipes,* faute de reconnaissance en tant qu'organe public se seraient vues appliquer à leur égard le droit privé. Elles seraient ainsi devenues l'égal juridique des individus; munies d'une personnalité juridique. Pourtant, le droit privé romain (comme nous le verrons dans notre troisième partie) ne semble pas avoir considéré les individus comme un objet juridique unique. Comment les municipes auraient-elles pu devenir des sujets de droit si, comme Michel Villey l'a montré[512], les individus ne l'étaient pas eux-mêmes ? En fait Basile Eliachevitch semble répondre à cette question lorsqu'il écrit: « la construction juridique qui n'était pour les juristes romains qu'un moyen technique qui devait ouvrir à des groupements de personnes la possibilité de participer au commerce juridique s'est transformée, dans la théorie moderne, en nouveau êtres. » En d'autres mots, la personnalité juridique présente sous l'Empire romain démontrée par B. Eliachevitch ne serait pas la même que celle des juristes modernes. Ils se serait agit encore, chez les Romains, d'une simple technique juridique et non d'une nouvelle logique du droit. Le fait d'appliquer le droit privé à un ensemble d'individus n'enlèverait rien au fait que ce droit puise son essence dans la philosophie ou la religion.

Comme pour confirmer cela, selon Paul Collinet, les nombreuses interpolations de l'œuvre de Justinien ne proviendraient pas d'un examen minutieux de la pratique du droit, mais de la doctrine[513]. La « codification » justinienne lorsqu'elle n'a pas calqué les œuvres des anciens tel que Gaius, aurait directement emprunté de la doctrine. La réalité du droit vécu aurait donc été superposable avec la doctrine des juristes Romains. Cette façon d'envisager le droit ne semble pas avoir changé pendant les siècles du règne des Romains.

Or, une telle conception du droit et de l'État fondée sur une universalité ne correspond pas, selon nous, à la conception du droit des États modernes. Chez

---

[512] M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, 1983-1998, pp. 69-79, précité note 25.

[513] « Ce n'est pas à la pratique que l'œuvre de Justinien a emprunté les innovations si nombreuses [...]. Nous soutenons que les changements infinis subis par les voies de droit entre l'époque classique et l'époque de Justinien viennent, non de la pratique, mais de la doctrine. [...] Et c'est, parce que les commissaires avaient trouvé la besogne la plus dure (l'ajustement des textes classiques), aux trois quarts faite par les professeurs du V[e] siècle, qu'ils purent aller si vite en besogne. », P. COLLINET, *La genèse du Digeste, du Code et des Institutes de Justinien*, 1952, pp. 38, 39 et 57, précité note 511.

les juristes modernes, le droit n'est plus une idée dans laquelle chacun se reconnaît presque religieusement. La conception moderne du droit semble faire appel à une notion plus restreinte. Cette nouvelle conception n'est peut-être pas étrangère à la popularité d'une autre forme d'universalité. Cette nouvelle universalité et son rapport au droit seront les objets d'analyse de la section qui suit.

2. D'une universalité philosophique à une universalité scientifique

En principe, l'universalité scientifique est, en quelque sorte, « limitée » à l'organisation scientifique, c'est-à-dire que les lois scientifiques seraient universelles dans un univers démontré. Or, comme nous le verrons, dès la fin du 18e siècle, les règles juridiques semblent avoir été considérées, notamment par Montesquieu puis Rousseau, comme universelles dans une société donnée; dans le cadre d'une constitution (écrite ou non). Cette universalité des règles juridiques leur donnerait une importance qu'elles n'avaient peut-être pas auparavant.

L'universalité de l'Antiquité semblait pouvoir s'appliquer à l'ensemble du droit. De cette universalité semblait donc dépendre l'existence même du droit. Toutefois, comme nous l'avons vu, les Romains pouvaient avoir une vision différente du monde et du droit. À cette époque et peut-être même durant les siècles qui ont suivi[514], toutes sortes d'arguments: loi, coutume, rhétorique, jurisprudence, etc., semblaient tous s'intégrer à la recherche d'une « juste proportion ».

Après l'époque des Lumières, cet état de chose semble différent tant dans les systèmes de « *common law* », que dans les systèmes « civilistes ». Nous verrons

---

[514] Les juristes semblaient avoir considéré la loi, jusqu'au 18e siècle, comme une source juridique ordinaire, égale à la coutume et à la jurisprudence. Et toutes ces sources seraient possiblement entrées au même plan dans une méthode de création du droit par l'argumentation, héritage de la dialectique de l'Antiquité: « C'est à l'ensemble de la littérature romanistique, dans ses genres les plus divers, que s'est pratiqué l'art de l'argumentation médiévale, qui prenait en partie sa source dans l'Antiquité gréco-romaine. Loin de se cantonner aux oeuvres de pure discussion, comme les Questiones et les Dissenssiones, il a envahi tous les secteurs y compris ceux de l'exposition et de la démonstration, et leur a imprimé sa marque particulière. Aussi, n'a-t-il laissé place, pour trancher les problèmes de droit qu'à des solutions, souvent incertaines, s'inspirant des raisons les plus probables et les meilleures, plutôt que découlant d'une manière évidente de principes généraux incontestés. », G. CHEVRIER, « Sur l'art de l'argumentation chez quelques Romanistes médiévaux au XIIe et au XIIe siècle », (1966) 11 *Archives de Philosophie du Droit* 115-148, p. 148.

dans les prochaines pages, que la conception moderne d'universalité du droit romano-germanique a peut-être participé à générer une nouvelle organisation.

a) L'importance de la loi en droit « romano-germanique »

Nous avons vu qu'en France, l'État s'était servi de la législation pour imposer et affermir sa présence. Le caractère universel de la science devrait donc se faire sentir sur la loi en premier lieu, tant sur sa structure que sur son rôle au sein du système juridique. Dans un premier temps, la conception de la loi sous l'ancien régime sera examinée en passant en revue, chronologiquement, quelques grands auteurs, témoins de la conception du droit de leur époque. Ce travail sera effectué jusqu'à ce qu'un des auteurs propose une définition de la loi qui corresponde à celle d'un droit limité à la réalité sociale concrète. Dans un deuxième temps, la volonté d'accorder davantage d'espace aux valeurs dites universelles dans le droit sera mise en relief en confrontant cette interprétation avec d'autres explications sur certains changements du droit.

- L'ancienne conception du droit, vestige d'une universalité philosophique

Au 14e siècle, Marsile de Padoue, figure éminente de son époque, ne concevait la loi que d'une façon assez minimale: « le précepte coercitif assorti de sanctions:

Regula praeceptiva et transgressorum coactiva. »[515] Toutefois, il serait facile de voir en lui un positiviste lorsqu'il écrit:

> « (...) aucun jugement, autant que possible, ne doit être confié à l'arbitraire du juge, mais doit être déterminé par la loi et prononcé conformément à la loi. (...); c'est en elle qu'est défini de façon presque parfaite le juste ou l'injuste, l'utile ou le nuisible à l'égard de toute l'action humaine civile. Or, une telle définition ne peut être faite d'une manière aussi satisfaisante par un homme, quelque perspicace qu'il soit. Car ni un seul homme, ni peut-être tous les hommes d'une seule époque ne pourraient découvrir ou retenir tous les actes civils définis dans la loi; bien plus, ce qu'en ont dit les premiers inventeurs de la loi ainsi que tous les hommes d'une époque déterminée, observateurs de telles lois, se réduisit à peu de chose, bien imparfaite; dans la suite on l'a complété par addition de leurs successeurs »[516].

En réalité la loi de Marsile de Padoue ne correspond pas à notre définition du texte de loi car elle fait appel à une gamme plus étendue de sources: « sous cette acception de loi, sont comprises les règles du juste et de l'utile dans la cité établies par l'autorité humaine, comme les coutumes, statuts, plébiscites, décrétales, et toutes règles semblables fondées, nous l'avons vu, sur l'autorité humaine »[517]. Il s'agirait donc du droit normatif pris dans son ensemble[518] et non pas seulement la loi.

Cette époque semble d'ailleurs sous une influence importante de la religion. Par exemple, en ce qui concerne la législation royale: « (l)a Bible toute entière - et non pas seulement les Évangiles - a largement nourri l'inspiration des rédacteurs. Par exemple, l'ordonnance, pourtant fort technique, concernant la coutume de Vermandois, (...), emprunte à l'Évangile selon saint Luc. Trente ans plus tôt, les

---

[515] J. QUILLET, *Marsile de Padoue: le défenseur de la paix*, 1968, p. 40 et p. 99, précitée note 84.
[516] *Ibid.*, pp. 102-103.
[517] *Ibid.*, p. 100.
[518] Michel Bastit montre que Duns Scot (?-1308) semblait lui aussi ne pas faire de distinction entre loi et droit, M. BASTIT, *Naissance de la loi moderne*, 1990, p. 229, précité note 403.

lettres accordées à l'Université de Paris (1341) étaient truffées de réminiscences de l'ancien Testament. (...) L'étendue des emprunts aux collections canoniques (a duré) du milieu de XIIIe siècle jusqu'à la fin du Moyen Âge et au delà »[519]. Au 15e siècle et peut-être même au 16e, le droit ne semblait pas encore sevré de la théologie et des croyances religieuses. La notion d'universalité juridique semblait attachée à l'universalité métaphysique de la religion.

La conception large de la loi du 14e siècle semble être restée inchangée avec la naissance de l'État, deux siècles plus tard. Pourtant l'État aurait entretenu, comme nous l'avons vu, une relation étroite avec la loi. Mais, la loi ne répondait toujours pas à la description qu'elle prendra, par exemple, lors de l'avènement du positivisme juridique[520]. Ainsi, malgré son ouverture d'esprit sur la fonction de l'État, à la fin du 16e siècle, « Bodin n'(avait) rien d'un positiviste avant la lettre. Il ne (concevait) jamais le pouvoir législateur de l'État sans référence à la « loi de Dieu et de nature »[521] »[522]. Simone Goyard-Fabre montre bien que le contexte de l'époque ne pouvait encore engendrer notre conception positiviste de la loi:

> « S'il est vrai que le pouvoir de donner et de casser la loi constitue l'axiome de base ou le principe fondamental, général et abstrait, de la République des temps modernes, c'est en juriste nourri de droit romain et de philosophie médiévale pétrie de tradition ecclésio-politique que Bodin considère les marques de la souveraineté (nous soulignons) »[523].
>
> « Mais la loi, (...), n'est pas la loi positive qu'édicte et promulgue l'autorité compétente. La loi, c'est alors le droit. Elle correspond à la fois aux principes transcendants fixés par la volonté divine, et selon Gratien, à la

---

519 A. GOURON, « Les ordonnances royales dans la France médiévale », 2000, p. 95, précité note 184.

520 Le positivisme juridique est défini par René Sève dans les termes suivants: «la reconnaissance comme source unique du droit des normes posées volontairement par un législateur humain», René SÈVE, «Qu'est-ce que le positivisme?» dans: Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, *Droit, nature, histoire: "Michel Villey, Philosophe du Droit"*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Marseille, 1985, 109-119, p. 110

521 «Si la justice est la fin de la loi, et la loi oeuvre du prince, le prince est image de Dieu; il faut, par suite de même raison, que la loi du prince soit faite au modèle de la loi de Dieu», et «[...] les lois humaines ni les statuts et privilèges des Princes ne peuvent déroger à la loi de Dieu et de nature, [...]», J. BODIN, *Les six Livres de la République*, 1583, p. 161 et 483, précité note 89.

522 S. GOYARD-FABRE, *Jean Bodin et le droit de la république*, 1989, p. 99, précité note 85.

523 *Ibid.*, p. 99.

règle humaine de la consuetudo, c'est-à-dire aux coutumes qu'un peuple s'est peu à peu forgées »[524].

En 1625, la description que fait Hugo Grotius de la loi semble, elle aussi, empreinte de philosophie: « Il y a un troisième sens du mot de *Droit*, selon lequel il signifie la même chose que celui de *Loi*, pris dans sa plus grande étendue, c'est-à-dire lorsqu'on entend par la loi une règle des actions morales, qui oblige à ce qui est bon et louable »[525]. Il est, encore ici, difficile de distinguer la loi, la morale et le droit chez Grotius dont l'œuvre eut un grand retentissement. Pourtant cette dernière définition est celle qui se rapproche le plus de la pratique quotidienne, mais elle reste encore dans le domaine de la rationalité pure[526]. Ainsi, comme l'écrit Blandine Barret-Kriegel, le type de texte sous forme de code tel que nous le connaissons, c'est-à-dire un ensemble coordonné de principes juridiques; textes que l'on considère parfois comme l'incarnation du positivisme juridique[527], n'a pas toujours été la source principale du droit commun:

> « À partir du XVI[e] siècle un certain nombre de codes voient le jour, mais ils sont partiels ou inefficaces. C'est le cas du *Code Henri III*, recueil de toutes les ordonnances, publié en 1580; du *Code Michau* élaboré par Michel de Marillac, publié en 1629, du *Code Louis* conçu par l'administrateur de Louis XIV. Les seuls succès sont les grandes ordonnances de 1667 et 1670 qui réorganisent et unifient dans tous le pays, le code de procédure civile et le code de procédure pénale. (...) Malgré l'effort de collation et de réformation des codes, la réalité du droit civil français à la veille de la Révolution se caractérise par l'esprit de conservation et hétérogénéité. Entre la volonté d'unité manifestée

---

[524] *Ibid.*, p. 249; Thomas Hobbes, une génération plus tard, n'est pas plus restrictif dans sa définition de la loi: «la LOI CIVILE est, pour chaque sujet, l'ensemble des règles dont la République, par oral, par écrit, ou par quelque autre signe adéquat de sa volonté, lui a commandé d'user pour distinguer le droit et le tord, c'est à dire ce qui est contraire à la règle et ce qui ne lui est pas contraire», *Léviathan*, Éditions Sirey, Paris, 1971, p. 282

[525] Hugues GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, 1625, traduit par Barbeyrac, Basle: Emmanuel Thourneisen, 1746, livre 1, chap. 1, IX.

[526] Simone GOYARD-FABRE, *John Locke et la raison raisonnable*, Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1986, p. 42.

[527] Alain-François BISSON, « Dualité de systèmes et codification civiliste », dans: Actes des journées louisianaises de l'Insitut canadien d'étude juridiques supérieures, *Conférences sur le nouveau code civil du Québec*, Yvon Blais, 1991, 39-53, pp. 45-48.

par de nombreux juristes comme Dumoulin, Coquille, Loysel, Voltaire, Loyseau, Domat, etc. et son succès final obtenu après... la Révolution, l'échec s'est installé (nous soulignons) »[528].

Historiquement, en France, il aurait donc fallu attendre la fin du 18e siècle pour que le code, berceau des principes juridiques, pût recevoir une reconnaissance nationale et une acceptation populaire. L'opinion de Blandine Barret-Kriegel n'est, toutefois, pas partagée par tous. Ainsi, sa position vient contredire la perception qu'avait René David en 1960 des grandes ordonnances de la Renaissance. Il accordait plutôt « un grand rôle » à cette législation[529]. De même, François Olivier-Martin voyait dans les codes de cette époque un succès:

> « Le 20 avril 1667 fut enregistrée au Parlement, en séance royale, avec tambours et trompettes, « l'Ordonnance civile pour la réformation de la justice ». L'Ordonnance civile est un véritable code de procédure en trente cinq titres, d'une brièveté et d'une clarté parfaites. Le roi tint rigoureusement la main à son application, qui améliora grandement, jusqu'à la fin de l'ancien régime, l'administration de la justice. Le Code de procédure actuel, toujours en vigueur quoique menacé, s'en est largement inspiré. (...) On peut citer encore: l'ordonnance de 1669, portant règlement sur les eaux et forêts, dernière venue d'une longue série de textes, véritable Code forestier dont le droit moderne ne possède pas encore l'équivalent, et dont l'application vigilante assura, au cours du XVIIIe siècle, la restauration des forêts françaises. (...) L'ensemble constitue une œuvre de mise au point et de réforme

---

528 B. BARRET-KRIEGEL, «La politique juridique de la monarchie française», 1990, p. 105, précité note 163; voir aussi: Bruno OPPETIT, *Essai sur la codification*, Paris: P.U.F., 1998, p. 17.

529 «À deux époques seulement, la législation joue un plus grand rôle. La première de ces époques est, sous Louis XIV, celle des grandes Ordonnances, rédigées sur l'initiative de Colbert: Ordonnances sur la procédure civile (1667), sur la procédure criminelle (1670), sur le commerce (1673), sur la marine (1681). Les deux premières de ces ordonnances ont uniformisé, en lui apportant les précisions nécessaires, la pratique des tribunaux français en matière de procédure. Les deux secondes ont «nationalisé», en France, le droit commercial, qui jusque-là s'était présenté comme un droit international, par son mode de formation comme par le caractère des juridictions qui l'appliquaient. La deuxième époque ou la législation joue un grand rôle est, sous Louis XV, celle des Ordonnances du chancelier Daguesseau. La caractéristique de ces Ordonnances est que, à la différence de celles de Colbert, elles s'attaquent à des matières de strict droit privé. Trois ordonnances sont en effet alors promulguées: Ordonnances sur les donations (1731), sur les testaments (1735), sur les substitutions fidéicommissaires (1747). », R. DAVID, *Le droit français*, 1960, p. 11, précité note 35.

prudente qui soutient la comparaison avec les compilations de Justinien et les codifications napoléoniennes »[530].

Il semblerait ici que François Olivier-Martin voie dans les ordonnances royales du 17e siècle un début de codification ayant réformé le droit français. La naissance d'une « codification », décrite par François Olivier-Martin dès le 16e siècle, s'accorde mal avec notre théorie qui suspecte un lien entre le développement de la science à la fin du 18e siècle et la genèse d'une codification. La question qui se pose ici est donc de savoir si les ordonnances « codifiantes » du 17e siècle correspondent réellement à une nouvelle organisation logique et universelle du droit. Nous ne le pensons pas et étofferons notre position dans la troisième partie de cette thèse consacrée aux règles du droit. Notons pour l'immédiat que dans son analyse, François Olivier-Martin compare les « ordonnances royales du 17e siècle » avec les « compilations de Justinien » et les « codifications napoléoniennes ». Nous pensons que la seule comparaison possible pourrait avoir trait à l'ampleur des entreprises législatives, car il serait difficile de comparer les mentalités des législateurs. En effet, nous avons vu brièvement que les approches juridiques de ces époques pouvaient être potentiellement très différentes. La notion d'État pouvait ne pas correspondre aux mêmes réalités et le droit et la loi ne remplissaient pas forcément les mêmes fonctions. Par conséquent, il serait étonnant qu'ils répondent à la même description; à la même forme.

De façon analogue, nous pouvons observer un écart important entre la société du 17e siècle et la société du 19e siècle. Nous estimons peu probable que les mentalités différentes de ces époques aient engendré une forme de législation similaire[531]. F. Laurent confirme cela lorsqu'il écrit: « Les ordonnances concernant le droit civil sont peu nombreuses. Chose remarquable, celle de 1735 s'accommoda à la division de la France en pays de droit écrit et en pays de droit coutumier: elle prescrivit des normes différentes pour les testaments, suivant qu'ils seraient faits dans le midi de la France ou dans le nord »[532]. Les ordonnances

---

[530] Fr. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, 1951, p. 354, précité note 14.
[531] La démonstration sera faite plus bas dans la Sous-Section 2 b).
[532] F. LAURENT, *Principes de droit civil*, 1887, pp. 17-18, précité note 63.

n'auraient donc pas eu pour effet de « réformer » le droit et celui-ci semblait toujours être perçu, au milieu du 18e siècle, de la même façon qu'au Moyen Âge. Un bon exemple en est l'ouvrage *De l'esprit des lois* (1748) dans lequel Montesquieu distingue au cas par cas toutes les situations où le droit civil s'applique et celles où il ne s'applique pas[533]. Nul doute que ses écrits aient inspiré les codificateurs de la Révolution[534], mais sa réflexion n'est apparemment pas élaborée selon la logique d'une codification. En effet, malgré un souci de cohésion, il démontre ses idées à partir d'exemples ponctuels (pour la plupart pris dans l'antiquité[535]), sans tenter de s'inscrire dans une connaissance acquise objectivement. On ressent d'ailleurs, à la lecture de Montesquieu un certain attachement à la conception médiévale de la loi:

> « Il faut prendre garde que les lois soient conçues de manière qu'elles ne choquent point la nature des choses. Dans la proscription du prince d'Orange, Philippe II promet à celui qui le tuera de donner à lui, ou à ses héritiers, vingt-cinq mille écus et la noblesse; et cela en parole de roi, et comme serviteur de Dieu. La noblesse promise pour une telle action! (...) tout cela renverse également les idées de l'honneur, celles de la morale, et celles de la religion »[536].

---

533 MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Tome 2, Livre vingt-sixième: Des lois, dans le rapport qu'elles doivent avoir avec l'ordre des choses sur lesquelles elles statuent, Chap. V à XXV, 1748/1956, p. 172-193, précité note 131.

534 Portalis cite *De l'esprit des lois* à quelques reprises dans son discours préliminaire.

535 « Chapitre XVIII. *Qu'il faut examiner si les lois qui paraissent se contredire sont du même ordre.* À Rome il fut permis au mari de prêter sa femme à un autre. Plutarque nous le dit formellement. On sait que Caton prêta sa femme à Hortensius, et Caton n'était point homme à violer les lois de son pays. D'un autre côté, un mari qui souffrait les ébauches de sa femme, qui ne la mettait pas en jugement, ou qui la reprenait après condamnation, était puni. Ces lois paraissent se contredire, et ne se contredisent point. La loi qui permettait à un Romain de prêter sa femme, est visiblement une constitution lacédémonienne, établie pour donner à la république des enfants d'une bonnes espèce, si j'ose me servir de ce terme; l'autre avait pour objet de conserver les moeurs. La première était une loi politique, la seconde une loi civile.

Chapitre XIX. *Qu'il ne faut pas décider par les lois civiles les choses qui doivent l'être par les lois domestiques.* La loi des Wisigoths voulait que les esclaves fussent obligés de lier l'homme et la femme qu'ils surprenaient en adultère, et de les présenter au mari et au juge: loi terrible, qui mettait entre les mains de ces personnes viles le soin de la vengeance publique, domestique et particulière ! Cette loi ne serait bonne que dans les sérails d'Orient, où l'esclave qui est chargé de la clotûre a prévariqué sitôt qu'on prévarique. Il arrête les criminels, moins pour les faire juger que pour se faire juger lui-même, et obtenir que l'on cherche dans les circonstances de l'action si l'on peut perdre le soupçon de sa négligence. Mais dans les pays où les femmes ne sont point gardées, il est insensé que la loi civile les soumette, elles qui gouvernent la maison, à l'inquisition de leurs esclaves. Cette inquisition pourrait être, tout au plus dans de certain cas, une loi particulière domestique, et jamais une loi civile. », MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748/1956, pp. 187-188, précité note 131.

536 *Ibid.*, p. 293.

La loi ne pouvait, selon Montesquieu, aller contre la nature des choses soit: les idées de l'honneur, de la morale ou de la religion. Mais, bien que la loi se devait de respecter les grandes valeurs sociales, l'intégration de « la nature des choses » dans la loi ne semblait pas être envisagée. Montesquieu semblait plutôt décrire la suprématie de la nature des choses sur les lois. Il ne semblait pas, lui non plus, être un positiviste avant l'heure. D'ailleurs sa définition de la loi restait à un niveau philosophique: « La loi, en général, est la raison humaine, en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre; et les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les cas particuliers où s'applique cette raison humaine »[537]. On comprend ici l'importance que pouvaient revêtir les tribunaux afin de concrétiser ces règles générales juridiques à saveur philosophique.

Ainsi semblait encore être perçu le droit, avant la naissance du positivisme juridique.

Vers le milieux du 18e siècle un changement est apparu. La loi décrite par Jean-Jacques Rousseau fait appel à des concepts nouveaux:

> « Mais quand tout le peuple statue sur tout le peuple il ne considère que lui même, et s'il se forme alors un rapport, c'est de l'objet entier sous un point de vue à l'objet entier sous un autre point de vue, sans aucune division du tout. Alors la matière sur laquelle on statue est générale comme la volonté qui statue. C'est cet acte que j'appelle une loi »[538].

Autrement dit la loi de J.-J. Rousseau est l'acte de statuer sur une matière générale, cet acte étant un acte de la volonté du peuple que l'on pourrait aussi voir comme un acte de l'État. J.-J. Rousseau traduit ici *l'universalité* de la loi

---

[537] *Ibid.*, p. 10.

[538] Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Chronologie et introduction par Pierre Burgelin, Garnier-Flammarion, Paris, 1762/1966, p. 74; en 1748 Jean-Jacques Burlamaqui a donné une définition semblable: « Je définis la Loi: Une règle prescrite par le souverain d'une société à ces sujets; soit pour leur imposer l'obligation de faire ou de ne pas faire certaines choses, sous la menace de quelque peine; soit pour leur laisser la liberté d'agir ou de ne pas agir en d'autres choses, comme ils le trouveront à propos, & leur assurer une pleine jouissance de leurs droits à cet égard. », *Principes du Droit Naturel*, Genève: Barrillot & Fils, 1748, p. 116.

portant sur un objet[539]. On commence à sentir ici les prémices de ce que sera la loi dans la société française du 19e siècle.

J.-J. Rousseau poursuit en associant les valeurs sociales au *corpus* de principes juridiques:

> «Par le pacte social nous avons donné l'existence et la vie au corps politique: il s'agit maintenant de lui donner le mouvement et la volonté par la législation (...) Dans l'état de nature, où tout est commun, je ne dois rien à ceux à qui je n'ai rien promis, je ne reconnais pour être que ce qui m'est inutile. Il n'en est pas ainsi dans l'état civil où les droits sont fixés par la loi »[540].

On perçoit un changement dans la philosophie de J.-J. Rousseau qui, selon nous, le distingue de ses prédécesseurs. Jean-Jacques Rousseau ayant restreint la loi aux actes du parlement, d'une part, semble lui accorder la place principale, mais semble, en plus, lui associer les valeurs sociales[541]. Cette façon de concevoir la loi tranche avec celles des auteurs parcourus jusqu'à présent. Contrairement aux autres auteurs, on semble retrouver chez J.-J. Rousseau une volonté d'intégrer des valeurs sociales dans la loi. La loi de Rousseau ne puise donc plus dans un universel transcendant, mais cherche son inspiration dans l'univers concret des relations sociales. Nous observons donc ici le passage, entre Montesquieu et Rousseau, d'une universalité philosophique à une universalité plus limitée, plus concrète, peut-être même plus « réelle ».

---

[539] « - sur le plan matériel, la loi était par exellence l'acte général et abstrait au sens que Rousseau lui avait donné: la loi est générale du fait de l'objet sur lequel elle statue. En ce sens, elle vise bien à l'universel, à ce qui échappe au contingent ou au particulier. [...] - sur le plan organique et formel, la loi était l'acte issu de la représentation nationale ou populaire [...]. Là encore Rousseau avait posé les bases de la philosophie politique moderne, celle issue des Lumières. », Michel MIAILLE, « Critique marxiste de la loi dans l'État bourgeois », (1980) 25 *Archives de philosophie du droit* 263, p. 264.

[540] J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762/1966, pp. 73 et 74, précité note 538.

[541] «Ce qui rend la constitution d'un État véritablement solide et durable, c'est quand les convenances sont tellement observées que les rapports naturels et les lois tombent toujours de concert sur les mêmes points, et que celles-ci ne font pour ainsi dire, qu'assurer, accompagner, rectifier les autres», *ibid.*, p. 90.

On peut comprendre ensuite que la loi ait pu être perçue comme un tout autonome. On peut comprendre que les juristes aient moins pu ressentir le besoin de chercher ailleurs les sources du droit.

Alexandre Angelesco montre que les codificateurs auraient, eux aussi, intégré cette approche inédite. Selon A. Angelesco[542], la «technique législative interne» analyse l'ensemble des facteurs sociaux (politiques, économiques, idéaux et juridiques) pris en compte par les codificateurs et montre qu'il s'agit d'une méthode propre à la codification.

Cependant, en dépit d'un code possiblement inspiré des valeurs sociales, on peut se demander si les codificateurs avaient conscience de la présence de valeurs universelles ? En effet, pour reconnaître une universalité à la loi en raison de l'intégration de valeurs sociales au texte, encore faut-il vérifier que le législateur avait ces valeurs à l'esprit. Plusieurs auteurs, comme nous le verrons ci-dessous, semblent interpréter les grandes œuvres de la législation française non pas comme une volonté d'exprimer les valeurs fondamentales dans la loi, mais plutôt, comme une volonté de réunir et mettre en ordre un droit confus. Nous verrons dans les prochaines pages que ces deux interprétations de l'évolution du droit ne sont pas forcément opposées.

- Universalité scientifique ou volonté d'unification, source de la codification

Laferrière, auteur du 19e siècle, a écrit l'*Histoire des principes*[543], un des seuls ouvrages entièrement consacré à la mentalité juridique des législateurs du début de ce siècle. Cet auteur montre bien à quel point certaines valeurs étaient présentes pendant la période de codification[544]. En France, la participation des

---

[542] Alexandre C. ANGELESCO, *Technique législative en matière de codification civile*, Thèse pour le doctorat, Université de Paris, Paris: E. de Boccard, 25 Novembre 1930.

[543] M. F. LAFERRIÈRE, *Histoire des principes, des institutions et des lois, pendant la Révolution française, depuis 1789 jusqu'à 1804*, 2e éd., Paris, Librairie de jurisprudence de Cotillon, 1851.

[544] On peut lire aussi par exemple dans le traité de Planiol: « Dans l'oganisation et la propriété et le règlement des sucessions, le Code a respecté scrupuleusement les idées d'égalité introduite par le Révolution [...] », Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, refondu et complété par Georges Ripert et Jean Boulanger, 5e éd.,

jurisconsultes de la révolution « aux lois de la Constituante a été l'application constante du droit rationnel contre le droit féodal, contre le principe matériel de la force. Tronchet, Merlin, Thouret sont les législateurs civils et judiciaires de cette première époque, qui a posé tous les grands principes. (...) L'idée mère à laquelle se rapportent toutes les autres; et c'est une idée spiritualiste, chrétienne, admirablement féconde, (est) l'égalité civile »[545]. Cette valeur fondamentale *d'égalité* que Laferrière semble identifier comme l'idée maîtresse du Code civil français résulte de la combinaison des bonnes mœurs incarnées dans le christianisme et des principes véhiculés dans le droit:

> « Au sortir de la Révolution, quand le Premier Consul a voulu réorganiser la société, Portalis est l'homme que Bonaparte a choisi pour exposer la théorie de la codification nouvelle; Portalis a eu ainsi la double gloire, comme philosophe et législateur, de proclamer le rétablissement du christianisme et de développer les principes fondamentaux de la législation civile »[546].

Si comme le remarque Laferrière des valeurs chrétiennes ont été intégrées au Code civil des Français, cela signifie-t-il que tout processus de codification est toujours empreint de charité et représente un idéal chrétien ? Nous ne le croyons pas. Une codification qui intègre certaines valeurs d'une société n'est pas obligatoirement conforme à la morale chrétienne. Par exemple, certaines valeurs telles la reconnaissance des mariages entre deux personnes de même sexe ont été dénoncées comme immorales (ce qui ne signifie pas forcément qu'elles le soient). De même, une société n'a pas besoin d'être chrétienne ou même charitable pour se doter d'un code civil.

Tome I, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950, p. 36; En Angleterre Blackstone veut lui aussi mettre en évidence, dans le droit, certaines valeurs sociales telles que: la vie, la liberté et la propriété. Voir à ce sujet: D. J. BOORSTIN, *The mysterious science of the law*, 1941, pp. 139 et ss, précité note 435.

[545] M. F. LAFERRIÈRE, *Histoire des principes, des institutions et des lois, pendant la Révolution française, depuis 1789 jusqu'à 1804*, 1851, p. 465-466, précité note 543.

[546] *Ibid.*, p. 471.

Malgré la volonté apparente, chez les rédacteurs, d'imprimer les valeurs sociales dans le droit, René David explique la création des codes par une volonté d'unification du droit français:

> « Le morcellement du droit français sera l'une des raisons principales pour lesquelles on adoptera en France la formule de la codification: les codes seront le moyen de réaliser en France l'unité du droit, qu'a réalisée en Angleterre l'action des cours de justice. (...) C'est parce que le droit français n'était pas unifié, c'est pour faire disparaître une diversité de coutumes à laquelle on ne trouvait plus aucune justification que la codification a été entreprise et réalisée en France: la codification c'est avant toute chose en France l'unification du droit »[547].

Si l'on avait voulu uniquement mettre fin au manque d'unité du droit français, il aurait été possible d'imposer, comme seule référence, la coutume de Paris dans toutes les régions. Cela a d'ailleurs été, semble-t-il, le souhait de Louis XIV dans l'*Ordonnance touchant la réformation de la justice*[548]. En remontant même aux premiers balbutiement de l'État, alors que le pouvoir royal était souvent contesté, André Gouron explique que la chose aurait été faisable:

> « (L)e gouvernement capétien était capable d'édicter des règles communes dans de vastes parties du royaume, quand le besoin s'en faisait sentir. Philippe le Bel, par exemple, impose des normes générales (...) à l'ensemble des sénéchaussées méridionales (...). Des décisions de cette importance démontre l'erreur courante que l'on commet en estimant que le roi était incapable d'unifier le droit, et notamment le droit coutumier, à l'intérieur du royaume, à cause de la taille et de la population de ce dernier. (...) Si les Capétiens n'ont pas procédé à de

---

547 R. DAVID, *Le droit français*, 1960, p. 7, précité note 35.

548 «Voulons que la présente ordonnance, et celles que nous ferons ci-après, ensemble les édits et déclarations que nous pourrons faire à l'avenir, soient gardées et observées par toutes nos cours de parlement, grand Conseil, chambre des Comptes, cours des Aides et autres nos cours, juges, magistrats, officiers tant de nous que des seigneurs, et par tous nos autres sujets, même dans les officialités», *Ordonnance civile de Louis XIV touchant la réformation de la justice*, avril 1667, Titre I, Article 1, dans: J. GILISSEN, *Introduction historique au droit*, 1979, p. 311, précité note 66.

> telles fusions, leur supposée faiblesse n'en est pas la véritable raison: ils n'avaient pas besoin de ce genre de changement, et il y avait plus urgent à résoudre par la législation »[549].

La volonté pratique d'uniformiser le droit français, n'aurait donc pas été la motivation unique à l'origine de la codification, mais peut-être aussi la volonté de rédiger des textes avec un contenu et une forme particuliers[550].

En reconnaissant l'universalité des règles générales du droit, il devenait aussi plus facile de concevoir un code unique. Comme le disait F. Laurent en 1887:

> « Si l'on avait fait un code civil sous l'ancien régime, il aurait fallu, à bien des égards, un code distinct pour la noblesse; les nobles avaient une manière particulière de succéder, comme ils avaient une manière particulière d'exister dans l'État; l'inégalité qui régnait entre les personnes rejaillissait sur les biens: quoique la féodalité politique eût cessé d'exister depuis des siècles, les droits et les charges qui en découlaient étaient comme implantés dans le sol, et il ne fallut rien moins qu'un tremblement de terre pour les déraciner »[551].

Si une société fragmentée, c'est-à-dire une société qui entretient des catégories hiérarchisées de citoyens, a tendance à engendrer un droit fragmenté, *a contrario*, une société reconnaissant des valeurs universelles devrait avoir tendance à favoriser la création d'un droit unique puisqu'universel[552]. Portalis dans son *Discours préliminaire* constate que l'idée d'uniformité autrefois en vogue, va être ici accomplie, mais comme l'aboutissement d'un nouvel élan,

---

549 A. GOURON, « Les ordonnances royales dans la France médiévale », 2000, p. 93, précité note 184.

550 «Il ne faut pas confondre la codification avec l'unification: ces deux notions vont souvent ensemble, mais ne se superposent point; il peut y avoir unification sans qu'il y ait codification des lois. », A. C. ANGELESCO, *Technique législative en matière de codification civile*, 1930, p. 202, précité note 542; voir Raoul de la GRASSERIE, *Les principes sociologique du droit civil*, 1906, p. 318; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 1928, p. 7, précité note 544; François GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Essais critiques*, t. I, 2ème éd., Paris: L.G.D.J., 1954, p. 23.

551 F. LAURENT, *Principes de droit civil*, 1887, p. 10, précité note 63.

552 Il est important de noter que la recherche objective des valeurs ne garantit pas nécessairement la création d'une société parfaite avec un droit sans faille. Par exemple, les femmes ont été lontemps considérées comme des citoyennes de deuxième ordre. L'universalité des valeurs avait donc une limite.

d'une nouvelle pensée, bref d'une « grande révolution ». L'uniformisation ne serait pas à l'origine de la codification, elle en serait simplement un effet:

> « Tout à coup une grande révolution s'opère. On attaque tous les abus; on interroge toutes les institutions. A la simple voix d'un orateur, les établissements, en apparence les plus inébranlables, s'écroulent; ils n'avaient plus de racine dans les mœurs ni dans l'opinion. (...) Alors on revient aux idées d'uniformité dans la législation, parce qu'on entrevoit la possibilité de les réaliser »[553].

On semble ici avoir profité du changement de profil de la société pour adapter le droit; certes l'uniformiser, mais aussi changer sa structure et sa logique. C'est donc empreints d'une nouvelle mentalité, que les premiers codificateurs au début du 19e siècle auraient effectué leur travail.

Le développement de la science et sa popularité aurait, selon nous, contribué à engendrer une nouvelle façon de voir la loi. La conception que l'on se faisait de la loi serait devenue beaucoup plus restrictive et beaucoup plus centrale[554]. La loi, à l'inverse des siècles qui ont précédé, ne semble plus répondre à une définition générale philosophique tel celui d'un « précepte coercitif ». Elle deviendrait le pilier central de la construction du droit, car elle contiendrait la majorité des principes « universels » du droit: « La liberté et l'égalité étaient le fondement de la constitution politique: comment la dépendance des classes, comment l'oppression féodale pouvaient-elles continuer à régner dans les relations individuelles? »[555] À l'image de la loi scientifique, la loi juridique du 19e siècle tenterait d'édicter des notions juridiques fondamentales, des notions de base qui s'appliqueraient universellement[556], car elles viseraient à traduire des

---

[553]PORTALIS, «Discours préliminaire», p. 36, précité note 46.

[554]En 1763, Jean-Jacques Rousseau avait préparé le terrain en posant la question suivante: «Mais qu'est-ce enfin qu'une loi? Tant qu'on se contentera de n'attacher à ce mot que des idées métaphysiques, on continuera de raisonner sans s'entendre, et quand on aura dit ce que c'est qu'une loi de la nature on n'en saura pas mieux ce que c'est qu'une loi de l'État», J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762/1966, p. 74, précité note 538.

[555] F. LAURENT, *Principes de droit civil*, 1887, p. 18, précité note 63.

[556] « Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives: il n'est que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne tous les hommes », COMMISSION DU GOUVERNEMENT, *Projet*, présenté le 24 thermidor an VIII, Livre préliminaire, Titre 1er, article 1, t. II, pp. 3-8. « Le Livre préliminaire fut supprimé et

valeurs universelles comme disait Portalis lui-même: « Un Code civil a naturellement plus d'Étendue que tout autre Code: il régit l'universalité des choses et des personnes »[557].

Pierre Issalys, dans une étude sur la place de la loi dans les systèmes de droit romano-germanique et anglo-saxon, semble lui aussi décrire dans la philosophie du 18e siècle la présence d'une « conception de la loi positive comme instrument de la raison et de la justice »[558]. Les lois juridiques répondraient à une logique d'ensemble; une logique sociale universelle: « Si les codes ne sont pas éternels, ils se font du moins dans un esprit de perpétuité; dès lors ils doivent être l'expression du droit absolu, autant que l'homme peut aspirer à l'absolu »[559]. Pierre Issalys traduit la pensée de Rousseau en des termes similaires: « La loi exprime la volonté générale, la volonté de tous à l'égard de tous »[560]. Bien que son but était d'expliquer la vision « volontariste » du contrat social, on retrouve dans « la volonté de tous » le caractère d'universalité scientifique. L'universalité de la loi de Rousseau s'exprime seulement dans le cadre d'un État et d'un ordre social donné.

Même les critiques du droit moderne décrivent une volonté d'édicter des règles universelles. Par exemple, le caractère universel des règles du droit moderne a été une cible importante de la critique marxiste[561]. « L'apport essentiel du marxisme, en ce qui concerne la loi, se situe dans sa critique de l'ordre juridique

---

remplacé par un Titre préliminaire de huit articles », cité dans: François EWALD (dir.), *Naissance du Code civil*, Paris, Flammarion, pp. 92 et 97.

557 PORTALIS, « Corps législatif », 14 décembre 1801, pp. 243-254, précité note 46; Notons que Portalis se défendait de faire de la science et pensait que le travail législatif était un processus différent: « De plus, il nous a paru sage de faire la part de la science et la part de la législation. Les lois sont des volontés. Tout ce qui est définition, enseignement, doctrine, est du ressort de la science. Tout ce qui est commandement, disposition proprement dite, est du ressort des lois. », PORTALIS, « De la publication, des effets et de l'application des lois en général », Titre préliminaire, *Corps législatif*, 3 frimaire an X - 24 novembre 1801, t. VI, pp. 42 et 43, dans: François EWALD (Dir.), *Naissance du Code Civil, an VIII- an XII - 1800-1804*, *ibid.*, p. 98.

558 P. ISSALYS, «La loi dans le droit: tradition, critique et transformation», 1993, p. 196, précité note 158. Notons que Pierre Issalys centre son analyse autour de la rationalité et des révolutions anglaises et française.

559 F. LAURENT, *Principes de droit civil*, 1887, p. 32, précité note 63.

560 P. ISSALYS, «La loi dans le droit: tradition, critique et transformation», 1993, p. 197, précité note 158; Philippe RAYNAUD, « La loi et la jurisprudence, des lumières à la révolution française », (1985) 30 *Archives de Philosophie du Droit* 61-72.

561 « La critique marxiste de la loi peut, en effet, dans un premier temps, être essentiellement comprise comme la dénonciation du caractère théoriquement général ou universel de la loi, à propos de son contenu. », M. MIAILLE, « Critique marxiste de la loi dans l'État bourgeois », (1980) p. 264, précité note 539.

des sociétés présocialistes, notamment bourgeoises. Au même titre que l'État dans son ensemble, la loi relève de la superstructure de la société bourgeoise. (...) Mais son rôle fondamental est au niveau du discours. Par son recours ostensible à l'universel, le discours législatif tend à valider la fiction d'une société constituée de sujets de droit purement individuels, libres et égaux »[562]. Le recours à l'universel est donc reconnu, même (surtout ?) chez les détracteurs du système juridique civiliste moderne.

En conclusion, la question de savoir si la codification est une réponse à un besoin d'unification ou un besoin d'intégration des valeurs universelles nous semble poser un faux débat. En effet, l'unification nous semble être la conséquence d'une conception universelle du droit. Des règles reconnues pour leur application universelle auraient tendance à faire partie de la même universalité. Le fait que la critique marxiste conteste la légitimité de l'universalité des valeurs codifiées apporte un argument de plus montrant que le droit moderne « civiliste » se réclame de l'universalité. Qu'en est-il du droit anglo-saxon ?

b) La théorie du droit des systèmes juridiques de *common law* devient plus réaliste

L'étude du droit anglais en parallèle avec le droit français révèle ici toute son importance. Si nous nous sommes astreint à suivre l'évolution historique du droit anglais vis-à-vis de l'État, c'est pour mieux comprendre son rôle. Nous avons maintenant une compréhension de base des moteurs de l'évolution du droit anglais, si bien que nous pouvons à présent vérifier si la mentalité scientifique a pu aussi avoir un impact sur celui-ci.

La critique de Karl Marx dénonçant « le recours ostensible à l'universel » s'applique à toutes les sociétés bourgeoises indépendamment du système, de *common law* ou civiliste[563]. Toutefois, étant donné la place centrale du système

---

[562] P. ISSALYS, «La loi dans le droit: tradition, critique et transformation», 1993, p. 207, précité note 158.
[563] *Ibid.*, p. 207; M. MIAILLE, « Critique marxiste de la loi dans l'État bourgeois », (1980) p. 264, précité note 539.

judiciaire en droit anglais, on ne saurait imaginer l'émergence brutale d'une loi totalitaire et universelle, en Angleterre, et ce, même aussi tard qu'au 18e siècle.

Pourtant l'idée d'universalité véhiculée par l'esprit scientifique semble aussi avoir fait sa marque en droit anglais. La lecture des *Commentaires sur les lois anglaises*[564] de William Blackstone nous le laisse entrevoir. Dans sa réflexion sur les lois en général, W. Blackstone, en 1765, soit deux ans après Rousseau, donne une définition résolument moderne de la loi:

> « (...) *une règle de la conduite civile, prescrite par le pouvoir suprême dans un État, laquelle ordonne ce qui est juste, et défend ce qui est injuste.* Essayons d'expliquer les diverses conséquences qui naissent de cette définition. Et d'abord c'est une *règle;* non pas un ordre subit et transitoire d'un supérieur, adressé ou relatif à un particulier, mais une certaine disposition permanente, uniforme et universelle »[565].

Il semble opposer l'uniformité et l'universalité au spécifique et au particulier. L'universalité de la loi de William Blackstone ne semble donc pas avoir ici de considération intemporelle ou métaphysique. Toutefois, cet auteur est aussi connu pour son attachement à la source divine et naturelle des lois ainsi qu'aux vieilles institutions. Il n'aurait donc pas fait place nette pour proposer une vision complètement renouvelée de la loi et du droit. Néanmoins, sa théorie l'engage dans une explication sociologique[566] de l'origine de la loi dans l'État. Ainsi, selon William Blackstone, l'universalité de la loi serait considérée dans le cadre de l'État où « la loi municipale est une règle de conduite civile prescrite *par le pouvoir*

---

564 W. BLACKSTONE, *Commentaires sur les lois anglaises*, 1822, précité note 122; Henri Lévy-Ullmann, (*Éléments d'Introduction générale à l'étude des sciences juridiques. II - Le système juridique de l'Angleterre*, Tome Ier, Paris: Recueil Sirey, 1928, p. 263 à la note 1) écrit: « Il n'existe aucune traduction française satisfaisante: celles de Gomicourt (Bruxelles, 1774, 6 vol.) et de Chompré (Paris, 1822-1823, 6 vol.) sont dénuées de toute valeur. ». Toutefois, devant l'absence de justification et après quelques comparaisons ponctuelles, ce jugement paraît excessif. Malgré quelques défauts ces traductions ne laissent rien perdre du sens original.

565 *Ibid.*, pp. 65-66; version originale: « [...] *"a rule of civil conduct prescribed by the supreme power in "a state, commanding what is right and prohibiting what is "wrong". Let us endeavour to explain it's several properties, as they arise out of this definition. And first, it is a rule; not a transient sudden order from a superior to or concerning a particuliar person; but something permanent, uniform, and universal.* [le souligné est en italique dans le texte original] » William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England, Book I*, Oxford: Clarendon Press, 1765, p. 44.

566 *Ibid.*, pp. 70-74.

suprême dans un État »[567]. Or, l'État ne serait pas un ensemble d'individus mus par un esprit; un sentiment commun de la droite raison. Non, selon William Blackstone:

> « (T)out corps politique est formé d'un grand nombre d'êtres, ayant *naturellement* chacun son penchant, sa volonté particulière; aucune union naturelle ne peut joindre ensemble ces volontés différentes; on ne peut les régler, ni les amener à un accord assez durable pour produire et constituer cette volonté uniforme de tous. On n'y parviendra donc que par une union *politique*, par le consentement de tous à soumettre leurs propres volontés privées au pouvoir d'un seul homme, ou d'une ou plusieurs assemblées d'hommes, à qui sera confiée l'autorité suprême: et cette volonté de ce seul homme, ou de ces réunions d'hommes, suivant les divers États et leurs diverses constitutions, est *la loi* »[568].

La loi de William Blackstone ne semble donc se concevoir que dans le cadre de l'État moderne. L'universalité de la loi semble aussi limitée au cadre de chaque État. Par exemple, l'universalité des *statutes* généraux « concerne la nation entière »[569].

Or, cette loi n'est pas seulement la loi des parlementaires. William Blackstone est anglais et reconnaît la place centrale de la *common law*. La loi de Blackstone est

---

567 *Ibid.*, p. 70; version originale: « *municipal law is a rule of civil conduct prescribed by the supreme power in a state.* [le souligné est en italique dans le texte original] », *ibid.*, p. 46. On pourrait reprocher ici la traduction de *municipal law* par loi municipale. Toutefois, l'emploi de cette expression semble aussi incongrue en anglais qu'en français. S'il faut faire un reproche, c'est à l'auteur lui-même et non au traducteur.

568 W. BLACKSTONE, *Commentaires sur les lois anglaises*, Tome I, 1822, p. 78, précité note 122; version anglaise: « *But, inasmuch as political communities are made up of many natural persons, each of whom has his particular will and inclination, there several wills cannot by any natural union be joined together, or tempered and disposed into a lasting harmony, so as to constitute and produce that one uniform will of the whole. It can therefore be no otherwise produced than by political union; by the consent of all persons to submit their own private wills to the will of one man, or of one or more assemblies of men, to whom the supreme authority is entrusted: and this will of that one man, or assemblage of men, is in different states, according to their different constitutions, understood to be law.* [le souligné est en italique dans le texte original] », *ibid.*, p. 52.

569 « Un statut ou acte général ou public est une règle universelle qui concerne la nation entière. », W. BLACKSTONE, *Commentaires sur les lois anglaises*, Tome I., 1822, p. 135, précité note 122; version originale: « A general or public act is an universal rule, that regards the whole community. », *Ibid.*, pp. 85-86. Nous convenons ici que la traduction est imparfaite, mais l'idée principale d'universalité reste respectée.

une règle juridique trouvant sa source tant chez le législateur que chez les tribunaux; c'est-à-dire chez deux manifestations de l'État[570].

Après W. Blackstone, les renvois à la métaphysique semblent peu à peu avoir disparu. John Austin, par exemple, ne fait plus référence au droit que par un ensemble de règles édictées par les hommes[571]. Pour avoir définitivement sevré le droit de la morale, il est parfois classé parmi les fondateurs d'une science du droit[572]. Selon Roscoe Pound, cette conception purement positive serait devenu la position la plus répandue parmi les juristes de *common law* du 19e siècle[573].

La conception d'universalité de William Blackstone était-elle véritablement nouvelle ? Autrement dit, quels sont les éléments nous permettant de proposer que l'esprit scientifique des Lumières pourrait avoir contribué à l'émergence cette conception de la loi de l'État ?

Nous avons dit que W. Blackstone semblait être à la croisée des chemins. Cela signifie que ses prédécesseurs n'auraient pas été pourvus de la même mentalité; à commencer par son protecteur, William Murray dit Lord Mansfield, juge de grand renom (King's Bench).

---

570 « La loi municipale de l'Angleterre, ou la règle de conduite civile, prescrite aux habitants de ce royaume, peut assez convenablement se diviser en deux espèces: la loi non écrite ou *loi-commune, lex non scripta*; et la loi écrite ou les statuts, *lex scripta.* », *ibid.*, p. 96; version originale: « *The municipal law of England, or the rule of civil conduct prescribed to the inhabitants of this kingdom, may with sufficient propriety be divided into two kinds; the lex non scripta, the unwritten, or common law; and the lex scripta, the written, or statute law.* [le souligné est en italique dans le texte original] », *ibid.*, p. 63.

571 « *he defines positive law as "the aggregate of rules set by men as politically superior to men as politically subject."* », Roscoe POUND, « Theories of Law », (1912) 22 *Yale Law Journal* 114-150, pp. 140-141.

572 « *[...] the deliverance of law from the dead body of morality that still clung to it [...] was effected by Mr. Austin, who may be said to have been the true founder of the Science of Law, if indeed such an honour can ever belong to any one man, who can at the best be no more than the spokesman of his generation,[...].* », Sheldon AMOS, *The Science of Law*, New York: D. Appleton and Compagny, 1885, p. 4; « *English legal theory between 1900 and 1950 need not detain us long, because while the instrumentalist revolution in legal thought was taking place across the Atlantic, English legal theory hardly moved at all. Throughout the whole of this period, legal theory in England remained dominated by the Austinian positivist tradition. [...] Furthermore, given (as we have shown) the close fit between Austinian positivism and the actual legal-political system of England since the early nineteenth century, all this is hardly surprising.* », P. S. ATIYAH and Robert S. SUMMERS, *Form and Substances in Anglo-American law: a Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*, 1987, p. 257, précité note 9.

573 « *Nevertheless it must be admitted to represent what law is largely coming to be, especially where the common law itself is in force by the express terms of a statute.* », R. POUND, « Theories of Law », (1912) p. 141, précité note 571.

Lord Mansfield est décrit comme un adepte du droit naturel moderne. Il semble s'être laissé volontiers guider par les principes de moralité et de bonne conscience[574]. Dans l'affaire *Perrin* v. *Blake*[575], Mansfield écrivait: « *The lawful intention when clearly explained is to control the legal sense of a term of art unwarily used by the testator.* » William Blackstone était alors membre de la *Exchequer Chamber* lorsque cette Cour renversa le jugement de Mansfield au motif que les termes juridiques ne sauraient varier au gré des testateurs[576]. Ce fut d'ailleurs, selon W.J.V. Windeyer, un des jugements les plus connus de W. Blackstone[577]. On semble presque assister dans ce jugement, pour employer une image des courses à relais, au passage du témoin d'une forme d'esprit à une autre.

Si l'on remonte plus loin, il est inutile d'analyser les auteurs du Moyen Âge, de Glanville (fin du 12e siècle) à Littleton (fin du 15e siècle). John Chipman Gray nous montre qu'ils ne semblaient pas connaître le concept de précédent (ils n'en citaient pas)[578]. En l'absence de précédent, comment auraient-ils pu inscrire leurs théories dans la réalité du droit ? Cette observation semble recevoir un démenti par C.K. Allen qui montrerait que Bracton dans ces *Notes Book* (1250-1260) se serait référé à un grand nombre de jugements (environ 500)[579]. Christian Bourbonnais Hyde précise cependant qu'il « s'agissait d'un "carnet" préparé pour son usage personnel et contenant des références à un grand nombre de décisions. Bracton avait tiré ces jugements des *Plea Rolls*, ou registres des plaidoiries, sortes d'archives de la cour. Ces registres n'étaient pas mis à la disposition du public et il n'en existait pas de copies avant que Bracton lui-même n'en transcrive des parties pour son traité, après avoir usé de son influence comme juge pour y avoir accès. Ces *Plea Rolls* étaient innombrables et sans

---

574 W.J.V. WINDEYER, *Lectures on Legal History*, 2nd ed., Sydney (Australia): The Law Book Compagny of Australia pty Ltd, 1957, p. 241.

575 « *Mansfield judgment may be found in Collectanea Juridica, i, 318* », *ibid.*, p. 242 à la note 35.

576 « *The Exchequer Chamber reversed the decision of the King's Bench. Whatever might be the views of a court of equity, legal idioms must at law have their established operation. Testator who used the language of the law did so at their peril.* », *ibid.*, p. 242.

577 *Ibid.*, p. 249.

578 John Chipman GRAY, *The Nature and Sources of the Law*, 2nd ed., Gloucester, Mass.: Peter Smith, 1909 / 1972, pp. 212-216.

579 C.K. ALLEN, *Law in the making*, 7th ed., Oxford: Clarendon Press, 1964, pp. 187-188.

index ou organisation. En d'autres mots, aucun système de précédent ne pouvait exister parce qu'il n'y avait pas vraiment moyen de savoir quelles décisions avaient été rendues par la cour »[580].

La situation change avec Lord Coke (1551-1633) et les auteurs postérieurs: « *with Lord Coke the citation of cases reached a height which it has never equalled since. (...) And although English judges and lawyers of modern times are not so prolific in their citations as Lord Coke, the weight attached to precedents has not diminished since his time.* »[581] La présence des précédents ne se présente pas forcément à elle seule comme une manifestation d'une l'influence de l'esprit scientifique deux cents ans trop tôt, car cette époque était marquée par un effort de rationalisation de la pensée où l'utilisation des précédents n'était peut-être qu'un indice d'une recherche de cohésion du droit[582]. Comme de raison, avec du recul, les historiens du droit reprochent à Lord Coke « d'avoir dénaturé le droit anglais du Moyen Âge, de l'avoir déformé au gré de ses inclinations »[583].

La même forme d'universalité (recherche d'une rationalité universelle sans lien qualifié d'objectif avec la réalité) semble se retrouver chez un juriste pur tel que Sir Matthew Hale (1609-1676). Pourtant, avec Matthew Hale, on entre dans l'ère des historiens du droit. Il aurait été le premier, selon Charles Gray, à tracer une histoire générale du droit anglais[584]. Charles Gray dans l'introduction de *The History of the Common Law of England,* décrit le travail de Matthew Hale comme la première

---

580 Christian BOURBONNAIS HYDE, « La règle du précédent », dans Louise BÉLANGER-HARDY et Aline GRENON (dir.), Éléments de Common Law et aperçu comparatif du droit civil québécois, Scarborough: Carswell, 1997, 69-152, p. 116.

581 *Ibid.*, p. 216.

582 H. LÉVY-ULLMANN, *Éléments d'Introduction générale à l'étude des sciences juridiques. II - Le système juridique de l'Angleterre*, 1928, p. 133, précité note 564; « On obtient également des *Year Books* de nombreux commentaires des juges témoignant du peu d'importance accordé aux précédents, soit qu'ils invitent les plaideurs à ne pas en tenir compte, soit qu'ils affirment la préséance du droit ou de la raison sur tout précédent. », C. BOURBONNAIS HYDE, « La règle du précédent », 1997, p. 117, précité note 580.

583 *Ibid.*, p. 257; « *Coke and his contemporaries were mythmakers and practical men, antiquaries stronger on ancestor worship and patriotism than on realistic perspective, polemical and political users of the legal history they discovered or invented.* », écrit Charles Gray dans l'introduction du livre réimprimé de Matthew HALE, *The History of the Common Law of England* (1713), Edited and with an introduction by Charles M. Gray, Chicago: The University of Chicago Press, 1971, Editor's Introduction p. xii; Notons ici que Henri Lévy-Ullmann, après avoir fait état des critiques à l'égard de Coke, ne semble pas être de cet avis et reconnait en Coke non seulement un fidèle témoin de son époque mais aussi un précurseur « préparant la tâche de ses successeurs [...] et rendant réalisable l'unification de 1873-1875. », *Éléments d'Introduction générale à l'étude des sciences juridiques. II - Le système juridique de l'Angleterre*, 1928, pp. 258-259, précité note 564.

584 M. HALE, *ibid.*, Introduction p. xviii.

tentative de description objectivée du droit anglais compte tenu des limites méthodologiques de son époque[585]. Il n'empêche qu'il semble lui aussi avoir voulut affirmer une théorie à travers l'histoire du droit. Son objectif était de démontrer une constante dans la constitution anglaise. Il considérait aussi la source de la common law comme quelque chose d'immémorial: « *But I therefore stile those Parts of the Law,* leges non Scriptæ, *because their Authoritative and Original Institutions are not set down in Writing in that Manner, or with that Authority that Acts of Parliament are, but they are grown into Use, and have acquired their binding Power and the Force of Laws by a long and immemorial Usage, and by the Strength of Custom and Reception in this Kingdom* »[586]. Que pourrait donner ce caractère de pérennité à la constitution et la formation de la loi si ce n'est sa valeur universelle ? Bentham critiqua cette façon d'envisager les règles de *common law,* comme si les juges n'étaient pas responsables de la création du droit mais que celui-ci émergeait du passé comme par magie. Par ailleurs, il est difficile de comprendre la philosophie juridique de Matthew Hale. Son texte consiste essentiellement en une description des sources du droit sans s'arrêter à en comprendre l'épistémologie[587]. Ainsi, il ne semble pas ou peu théoriser la loi. La définition qu'il en donne est descriptive:

> « *This Law(common law) is that which asserts, maintains, and, with all imaginable Care, provides for the Safety of the King's Royal Person, his Crown and Dignity, and all his just Rights, Revenues, Powers, Prerogatives and Government, as the great Foundation (under God) of the Peace, Happiness, Honour and Justice, of this Kingdom; and this Law is also, that which declares and asserts the Rights and Liberties, and the Properties*

---

585 « *It was often been recognized that the History of the Common Law is good history within the limits of evidence and scholarship available to anyone in the seventeenth century. [...] It would be well to remember that our measurable advantage over Hale has been almost entirely gained since the late nineteenth century; that for a long time the History of the Common Law was something like the standard work.* », *ibid.*, Introduction p. xxxvi.

586 *Ibid.*, p. 17; cette mentalité était véritablement dans l'air du temps car J. H. Baker, citant Francis Bacon (*The Essayes* (1625), p. 316) écrivait que la fonction du juge de cette époque n'était pas de créer ni de changer le droit: « *The function of judges is not to change the law: ' their office is* jus dicere, *and not* jus dare'. », J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 1979, p. 223, précité note 249.

587 « L'épistémologie juridique est l'étude critique des principes, des postulats, des méthodes et des résultats de la connaissance juridique. », Christian ATIAS, *Science des légistes, savoir des juristes*, 3e éd., Marseille: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993, p. 54.

of the Subject; and is the just, known, and common Rule of Justice and Right between Man and Man, within this Kingdom »[588].

Si l'on résume ce passage: la loi établit l'État, règle les droits fondamentaux et les relations privées, et rend la justice entre les hommes dans le royaume. On sait à quoi sert la loi, mais on ne sait pas d'où elle vient; ni ce qu'elle est. On dit souvent que William Blackstone a tiré ses concepts du travail de Matthew Hale, mais W. Blackstone définit la loi comme « une règle de conduite », « prescrite par le pouvoir public dans un État ». La définition de W. Blackstone est certes plus concise mais beaucoup plus élaborée. En précisant la nature et l'origine de la loi, il restreint le concept; il le rend plus facile d'accès; plus positif. La définition de la loi de Matthew Hale est en fait un résumé des exemples apportés dans la suite de son chapitre et au chapitre précédent. L'histoire qu'il en fait au chapitre IV n'est pas plus développée, comme le montre ce passage: « *since we cannot know the Original of the planting of this Kingdom, we cannot certainly know the Original of the Laws thereof, which may be well presum'd to be very near as ancient as the Kingdom itself* »[589]. L'auteur constate la difficulté à saisir l'origine historique de la common law et, de surcroît, ne reconnaît pas l'autorité normative des décisions judiciaires: « *yet they have a great Weight and Authority in Expounding, Declaring, and Publishing what the Law of this Kingdom is, especially when such Decisions hold a Consonancy and Congruity with Resolutions and Decisions of former Times; and tho' such Decisions are less than a Law, yet they are a greater Evidence thereof than the Opinion of any private Persons, as such, whatsoever.* »[590] À l'image de la définition qu'il a donnée, son exposé semble se cantonner dans une sorte de compilation - parfois chronologique, parfois opportuniste - des faits historiques qui ont construit et qui forment la *common law*. Nous ne voulons pas, en disant cela, réduire l'utilité ou l'influence qu'un tel exposé a pu avoir sur les auteurs subséquents, mais, nous pensons que l'on pourrait difficilement qualifier son œuvre de vision avant-gardiste de la *common law*. Peut-être a-t-il, néanmoins, contribué à officialiser la sécularisation du droit anglais.

---

[588] M. HALE, *The History of the Common Law of England (1713)*, pp. 30-31, précité note 583.
[589] *Ibid.*, pp. 40-41.

Le 17e siècle semble avoir été fortement influencé par la rationalité. Parmi les penseurs du droit, Simone Goyard-Fabre a montré à quel point John Locke avait été touché par les rationalités du juriste hollandais Hugo Grotius (1583-1645) puis du juriste allemand Samuel Pufendorf (1632-1694)[591]. Même s'il restait critique vis-à-vis des différentes tendances, il n'en serait pas moins demeuré adepte, lui aussi, d'une recherche purement rationnelle du droit[592]; droit qui revêtait, de ce fait, un caractère universel métaphysique. Cette universalité permettait justement à Locke de s'inspirer des conceptions provenant de systèmes juridiques totalement différents, sans avoir à nuancer d'aucune façon les positions des uns et des autres selon leur contexte propre. Il n'en avait pas besoin car, en raison de leur universalité philosophique, les réflexions juridiques de cette époque ne dépendaient pas obligatoirement d'un cadre particulier.

En bref, l'examen rapide de quelques auteurs nous a permis d'entrevoir un changement dans la pensée juridique. Les penseurs du Moyen Âge de Glanville à Littleton, ne pouvaient envisager une théorie du droit enracinée dans la réalité. Le droit de cette époque semblait d'ailleurs être peu différencié de la morale. En entrant dans le 17e siècle, les auteurs tels que Lord Coke, Matthew Hale, John Locke, jusqu'à Lord Mansfield, semblaient peut-être davantage avoir été sevrés de la morale au profit d'une rationalité pure, mais leur droit semblait encore avoir été largement envisagé dans conception philosophique d'universalité.

La situation aurait véritablement changé à la fin du 18e siècle. On observe sous la plume de William Blackstone une conception positive de la loi, laquelle aurait été renforcée par les positions de Jeremy Bentham et John Austin. Cette conception aurait été possible en raison de la venue d'une perception nouvelle de

---

590 *Ibid.*, p. 45.

591 « Il [Locke] est donc tout près de penser que le rationalisme des jurisconsultes, quoique toujours adossé à une théologie rationnelle, se caractérise par la bipolarité: il est ou bien celui, rigoureux mais rigide et désincarné, dont Grotius a développé les puissances logiques dans sa science juridique, ou bien celui, plus souple mais chaleureux et vivant, auquel Pufendorf a donné la préférence en le rattachant à la nature des choses et à la loi fondamentale de la sociabilité humaine. », S. GOYARD-FABRE, *John Locke et la raison raisonnable*, 1986, p. 46, précité note 526.

592 « Dès le début de sa carrière, Locke incline à préférer à la raison spéculative dont Grotius et Descartes tracent l'épure, une raison éclairée et prudente qui, respectueuse, comme l'a compris Pufendorf, des desseins de Dieu que prote en elle la « loi de nature », est apte à sortir l'homme de la misère dont l'affligent les assauts de la passion.

l'universalité, c'est-à-dire une universalité scientifique limitée au contexte de son application.

3. Conclusion

Le droit occidental a changé avec le 18e siècle. De Marsile de Padoue jusqu'à Montesquieu, de Littleton jusqu'à Lord Mansfield, les perceptions du droit et de la loi n'ont pas beaucoup évolué en presque trois cents ans. Il semblait s'agir de conceptions essentiellement philosophiques qui auraient associé la loi à des préceptes et qui auraient associé le droit à la volonté divine ou la morale, lorsque droit et loi n'étaient tout simplement pas confondus. Il aurait fallu attendre Rousseau ou Blackstone pour observer une amorce de changement de conception. La loi de ces derniers auteurs était être restreinte à un objet particulier qui s'appliquerait universellement à « tout le peuple ». La reconnaissance de règles juridiques intégrant les valeurs sociales permettrait la réalisation d'une loi unique regroupant l'ensemble de ces valeurs. Ainsi, l'idée de règles vues comme le substrat des valeurs universelles aurait permis l'unification tant réclamée du droit civil.

On peut penser que la popularité des sciences et la forme limitée de son universalité a pu avoir de l'effet sur les changements de conception du droit et de la loi observés à la fin du 18e siècle. En effet, ces nouvelles conceptions semblent avoir intégré une nouvelle forme d'universalité limitée à l'univers juridique de l'État.

Les règles juridiques, dans leur nouveau format, devaient toutefois être mises en lumière le plus objectivement possible pour se faire reconnaître ce caractère d'universalité. Nous examinerons, dans la section qui suit, la méthode scientifique dont le souci d'objectivité pourrait justifier le caractère d'universalité les règles.

En cette droit raison, fondamentalement raisonnable, il voit se refléter l'image de Dieu, qui oblige l'homme et le soutient. », *ibid.*, p. 47.

B. LA RÈGLE JURIDIQUE DANS LA CONNAISSANCE

Selon Georges Ripert: « Le juriste n'a pas le droit de dire que le passé historique a été erreur, que le présent est vérité. S'il modifie une règle ce n'est pas qu'elle ait été fausse, c'est parce qu'il est nécessaire d'en créer une autre plus convenable au temps présent, mais qui n'est pas plus scientifique que la précédente »[593]. Si les règles juridiques du passé ne sont pas remplacées en raison de leur fausseté mais plutôt en raison du « changement dans les mœurs », il n'en demeure pas moins qu'en principe l'esprit scientifique aurait tendance à émanciper le juriste de l'autorité des règles ancestrales. Il pourrait aussi dégager le juriste des conclusions logiques d'une rationalité.

Dans l'Introduction générale, nous avons cité le passage suivant de Gaston Bachelard: « (l)'esprit scientifique est essentiellement une rectification du savoir par l'élargissement des cadres de la connaissance »[594]. « Les progrès de la science, écrit Ripert, peuvent expliquer cette vie trépidante, cette ardeur de conquête et de jouissance, mais il est difficile de dire à quel moment ce genre de vie pourra modifier l'ordre juridique »[595]. Ainsi, un juriste ou un législateur qui chercherait à poser un regard neuf sur le droit en rejetant les règles désuètes, mésadaptées aux nouveaux comportements sociaux ou non harmonisées avec le reste du droit, s'inscrirait fort bien dans cet esprit de « rectification du savoir ».

Bien que, dans la première partie, nous ayons fait allusion aux visées d'objectivité de l'esprit scientifique, l'exposé doit ici être complété. Comment cette objectivité est-elle justifiée ? La règle ou la loi fait partie de la théorie, c'est donc l'objectivation de la théorie qui nous préoccupe ici. Comment l'objectivité de la théorie scientifique semble-t-elle être justifiée ? Nous continuerons l'analyse avec

---

593 G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 1955, p. 44, précité note 11.
594 *Ibid.*.
595 *Ibid.*, p. 47.

celle de Thomas Kuhn qui décrit une logique particulière de l'évolution de la science.

1. Thomas S. Kuhn, la structure de l'organisation scientifique comparée à la structure de l'organisation juridique

Il faut ici nous ouvrir brièvement à une autre vision (complémentaire) de l'évolution des sciences, celle de Thomas S. Kuhn. Cet auteur est cité pour sa clairvoyante description des modalités du raisonnement scientifique. Or nous avons vu par bribes que les caractères de notre définition de la science s'harmonisaient avec la conception de la science de T. S. Kuhn. En effet, les mêmes éléments ressortent en filigrane de son ouvrage *La structure des révolutions scientifiques,* soit: l'universalité, l'organisation, l'induction et l'objectivité.

Si nous insistons ici sur cet auteur, la raison en est qu'il décrit, au sein même du monde scientifique, une forme d'évolution particulière. Il s'agit d'une évolution centrée autour du concept de *paradigme.* Le paradigme correspondrait à un principe auquel les chercheurs adhéreraient et qui donnerait une cohésion à l'ensemble des travaux et théories scientifiques d'un champ d'étude particulier[596]. « Mais toutes les théories ne sont pas des théories-paradigmes. Aussi bien durant les périodes antérieures à la formation d'un premier paradigme, que durant les crises qui aboutissent à un vaste changement de paradigme, les scientifiques émettent habituellement de nombreuses théories spéculatives et imprécises qui peuvent elles-mêmes les mettre sur la voie de la découverte. Souvent, cependant, cette découverte n'est pas exactement celle que laissait attendre l'hypothèse spéculative et non confirmée. C'est seulement lorsque l'expérience et la théorie possible parviennent à une corrélation étroite que la découverte

---

[596] T. S. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, 1983, p. 245, précité note 343.

émerge et que la théorie devient paradigme »[597]. Les paradigmes de Thomas Kuhn ne sont pas des dogmes, mais des règles bien concrètes.

L'évolution de quelques principes du droit nous incite à faire un certain rapprochement avec l'évolution des paradigmes scientifiques de T.S. Kuhn et leur reconnaissance par les pairs. À titre d'exemple, nous citerons le juriste Jacques Maury dont l'exposé traite des péripéties d'une notion de droit dans la jurisprudence. Il explique que les enfants nés de façon précoce « avant le cent quatre-vingtième jour de mariage » n'ont pas toujours été reconnus par la jurisprudence comme des descendants légitimes[598]. Il montre qu'une solution fut esquissée par la Cour de cassation en 1811 voulant légitimer les naissances pendant le mariage et ce, indépendamment du jour de la conception, mais que de nombreux jugements ultérieurs (son exposé remonte au 8 mars 1939) à tous les niveaux sont venus apporter des solutions différentes, parfois opposées. Cet exemple nous semble révélateur de la reconnaissance de cette théorie juridique par les pairs: « Si nous avons insisté sur cet exemple, c'est qu'on y voit bien, croyons-nous, l'importance de l'élément adhésion ou *consensus* dont l'absence tient en suspens la validité, l'établissement même de la règle jurisprudentielle. C'est seulement par cet assentiment que celle-ci prend naissance »[599]. Selon nous, le *consensus* de Jacques Maury dans la communauté juridique ressemble beaucoup à la reconnaissance d'une découverte scientifique par les pairs initiés. C'est ainsi que l'objectivité de cette règle jurisprudentielle aurait été assurée[600]; D'ailleurs, on peut noter que l'assentiment auquel fait référence J. Maury semble

---

[597] *Ibid.*, p. 94.

[598] « il n'est pas rare, en réalité, de voir la jurisprudence ne se fixer que difficilement et progressivement, l'adhésion être aussi longtemps que possible refusée. Les décisions relatives à l'article 314 du Code civil en fournissent, entre bien d'autres, un exemple: la question est de savoir si, au cas de naissance précoce, de naissance avant le cent quatre-vingtième jour de mariage, l'enfant est légitimé ou légitime. Après quelques hésitations au début du XIX[e] siècle, l'idée de la légitimité tendait à l'emporter devant les juridictions du fait, mais par deux arrêts du 26 juin 1869, cassant l'arrêt de la cour de Grenoble du 19 février et rejetant le pourvoi contre celui de la cour de Paris du 22 novembre 1867, la Cour de cassation adopte la thèse de la légitimation qu'elle avait esquissée dès 1811. », J. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », 1950, pp. 45-47, précité note 41.

[599] *Ibid.*, pp. 47-48; voir aussi Jean BOULANGER, « Notation sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », (1961) 59 *Revue trimestrielle de droit civil* 417-441, pp. 437-439.

[600] « Cette valeur [de règle juridique] ne va lui être donnée que par [...] l'assentiment des intéressés. Sans doute, ce n'est pas la masse, l'ensemble, qui va, ici prendre position: ce sont les juges eux-mêmes, les hommes de lois, les juristes qui vont, en quelque sorte, représenter cette masse et dont l'opinion technique s'imposera pratiquement

être ancré dans le quotidien. En effet, lorsque le consensus disparaît après avoir existé, cela « supposera un changement des conditions de vie, des circonstances, entraînant une évolution des mentalités »[601].

Cette théorie juridique semble toutefois être contredite par Fragistas qui rejetterait l'idée d'une représentativité de la « masse » par les acteurs du droit[602]. Son objection semble viser principalement la légitimité de la jurisprudence en tant que source de règles; il ne trouverait aucune délégation explicite ou implicite, ni de représentativité quelconque reconnaissant aux juges une autorité sur la création de règles juridiques[603].

Selon nous, le simple fait qu'une règle une fois émise (ex.: nul ne peut s'enrichir sans cause au détriment d'autrui[604]), soit reprise systématiquement par les autres juges, les avocats ou le législateur, suffit à montrer que cette règle a acquis une certaine légitimité. Aucune autre preuve théorique n'a besoin d'être mise en avant, ni aucune démonstration théorique ne peut infirmer ce fait. En outre, il est des arguments employés par Fragistas qui nous semblent plus difficiles à défendre. Par exemple lorsqu'il écrit:

> « il y a d'abord les cas où les règles appliquées par la jurisprudence constante touchent des questions de droit subtiles et abstraites, qui dépassent la compréhension de la grande majorité du peuple et même des milieux intéressés. La formation d'une conviction populaire étant impossible sur des questions de cette nature, il est évident que la formation d'une coutume est également exclue. Le sentiment

---

aux justiciables. », J. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », 1950, p. 43, précité note 41.

601 *Ibid.*, p. 48.

602 Ch. N., FRAGISTAS, « Les précédents judiciaires en Europe continentale », dans: *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Tome II, Paris: Dalloz & Sirey, 139-172.

603 « L'idée que le peuple serait représenté par la classe des juristes et, particulièrement, par les juges, est une pure fiction. Le peuple, surtout en régime démocratique, n'a jamais conféré aux juges qualité pour le représenter dans la création du droit. La fonction des juges, dans l'esprit du peuple, ne consiste pas à faire mais à dire le droit. [...] La jurisprudence est l'oeuvre des juges et les décisions judiciaires n'expriment que la volonté de leurs auteurs. », *ibid.*, p. 150.

604 M. WALINE, «Le pouvoir normatif de la jurisprudence », 1950, p. 621, précité note 51.

> populaire ne peut se présumer dans la décision judiciaire, puisque l'existence de ce sentiment est, en elle-même, impossible »[605].

Le fait que la compréhension des règles soit hors de la portée « de la grande majorité du peuple » et que seule une infime minorité d'intéressés puisse les comprendre ne change pas, selon nous, l'existence et la validité de ces règles. La science moderne est souvent réservée à un groupe sélect et pourtant, la majorité de la population s'en remet aux spécialistes pour en apprécier la portée et la légitimité. D'ailleurs, un bon nombre de députés ne sont pas juristes et ne peuvent, par eux-mêmes, comprendre dans le détail les lois pour lesquels ils votent. On n'en reconnaît pas moins leur qualité de législateur et leur représentativité à l'égard de la population.

En ce qui a trait au paradigme de Thomas Kuhn, une question importante se pose ici, susceptible de jeter à bas la légitimité de notre recherche de quelques manifestations juridiques d'une influence de l'esprit scientifique: si nous montrons quelques similarités entre la science et le droit, l'une centrée sur le paradigme, l'autre sur le principe juridique, ne pourrait-on pas y voir l'influence extérieure d'une forme de pensée nouvelle, d'une pensée rationnelle sur les deux domaines, plutôt que l'influence de l'esprit scientifique sur le droit ? Si c'était le cas, nos observations relatives au droit ne pourraient pas être interprétées comme des manifestations d'une influence de la pensée scientifique, mais plutôt le fruit de la pensée rationnelle axiomatique tout comme la science moderne d'ailleurs. La réponse semble nous être donné par T.S. Kuhn.

Après une analyse de la révolution scientifique que les physiciens auraient connue dans le domaine particulier de l'électricité entre le 16e et le 17e siècle, il conclut:

> « En tant que groupe, ils avaient fait le même pas en avant que les astronomes de l'Antiquité, les spécialistes du mouvement au Moyen Âge, ceux de l'optique à la fin du XVIIe siècle et ceux de la géologie

---

[605] Ch. N., FRAGISTAS, « Les précédents judiciaires en Europe continentale », p. 152, précité note 602.

> historique au début du XIXe. C'est-à-dire qu'ils avaient trouvé un paradigme, capable de guider les recherches du groupe tout entier. Il est difficile de trouver un autre critère, applicable sans l'avantage de la rétrospection, qui proclame si clairement qu'un domaine de recherche est devenu une science »[606].

Ainsi l'évolution des sciences, à coup de paradigmes, se serait réalisée pour certaines sciences depuis l'Antiquité. Par exemple, « (d)ès le début du XVIe siècle, un nombre croissant des meilleurs astronomes d'Europe reconnaissaient que le paradigme astronomique ne pouvait être appliqué avec succès à ses propres problèmes traditionnels. Ce fut là la condition indispensable du rejet du paradigme de Ptolémée par Copernic et de sa recherche d'un nouveau paradigme »[607]. Si le paradigme existait aussi loin que remonte l'esprit scientifique, il devance la rationalité axiomatique et donc ne saurait en dépendre.

Mais T. Kuhn avait-il vu juste en observant la présence de paradigmes déjà dans l'Antiquité ? Nous posons la question, car Gérard Fourez semble associer la structure et la rationalité des sciences modernes à l'esprit dominateur et indépendant des marchands bourgeois du 17e siècle. Doit-on faire un lien entre l'esprit bourgeois et la notion de paradigme ? Cela impliquerait que les paradigmes n'existaient pas avant cette époque. Le dilemme doit être résolu avant de poursuivre la recherche d'un lien entre le paradigme de T. Kuhn et les principes du droit.

---

606 T. S. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, 1983, p. 44, précité note 343.
607 *Ibid.*, p. 104.

2. Intermède de Gérard Fourez: du 16° au 20° siècle, la science était-elle une rationalité non objective ?

Gérard Fourez s'ajoute à d'autres auteurs tel que le prix Nobel Prigogine pour dénoncer une attitude totalitaire de la science moderne[608]. Cette pratique consisteraient à imposer les paradigmes de la science de façon universelle, sans tenir compte des particularités de chaque époque ou de chaque culture. Ce défaut d'universalité totalitaire serait valable pour le passé et pour le futur, altérant ainsi l'objectivité dont le scientifique se réclame:

> « (...) (A)u cours de leur évolution, les sciences ont peu à peu gommé leur origine particulière. On a oublié les questions de la vie quotidienne qui ont donné naissance à la physique, à la médecine, à l'informatique, pour prétendre qu'il n'y a qu'une science universelle. On a commencé à croire que tout dépend de raisonnements qui peuvent être les mêmes en chaque endroit et l'on prétendra que le discours scientifique obéit à une rationalité indépendante de toute époque. Le laboratoire est cette invention géniale par laquelle les scientifiques contrôlent l'environnement pour que les expériences se fassent selon les conditions prévues par le paradigme: ainsi les résultats seront toujours transposables... à condition de contrôler l'environnement par un laboratoire équivalent ou d'avoir un environnement totalement équivalent à celui qui a donné les résultats (Latour, 1982).
>
> On a oublié que ce qui donne aux sciences une allure quelque peu universelle, c'est précisément ce déracinement des marchands qui ne décrivent nullement le monde tel qu'il est mais bien un mode tel qu'il est rapportable, racontable et contrôlable d'un endroit à l'autre. Et l'on va gommer aussi tous les détours des raisonnements scientifiques, toutes les négociations de l'observation, toutes les composantes affectives,

---

608 « [O]n pourrait dire que les sciences se sont développées à partir du XVII[ème] siècle autour d'une sorte de programme fort de la physique qui viserait à donner une seule théorie englobant l'entièreté du monde et son histoire. », G. FOUREZ, *La construction des sciences*, 1996, p. 129, précité note 338.

religieuses, économiques, politiques des pratiques scientifiques, pour n'en retenir qu'une image relativement abstraite. Ainsi, on « durcit » les approches scientifiques au point de gommer tout ce qu'elles ont de relativité historique (Stengers, 1987).

La manière dont on écrit des articles scientifiques est d'ailleurs indicative à ce point de vue: on n'y relate que le « raisonnement scientifique » et nullement la démarche concrète que l'on a suivie; quand on prétend dire ce que l'on a fait, on présente une démarche relue à travers les résultats »[609].

Gérard Fourez, semble reprocher ici à la science son caractère abstrait et neutre. Une telle neutralité n'existerait pas dans la réalité. Ainsi, selon G. Fourez, le fait d'écarter le contexte dans lequel les paradigmes ont été émis équivaudrait à nier la réalité ou une partie de la réalité. Les paradigmes ne seraient acceptables que s'ils sont limités au contexte socioculturel de l'époque où ils ont été émis. Sans cela, on se retrouverait avec une science unique et totalitaire, pour laquelle l'apparition de théories contradictoires (peut-être plus conformes à la réalité) deviendrait extrêmement ardue:

« Il faudra attendre le XXème siècle, et notamment les travaux de Prigogine, pour que, de nouveau, on réintroduise la notion d'histoire d'un système physique; pour que l'on considère à nouveau la nature comme pouvant produire de l'original, du neuf, des événements qui n'étaient pas entièrement décrits par les lois universelles dans lesquelles on voulait tout enfermer; pour que les sciences et la rationalité cessent de vouloir refléter « l'identité statique d'une raison à laquelle il faudrait se soumettre ou résister » et puissent se sentir « participer à la création de sens au même titre que l'ensemble des pratiques humaines » et se découvrir « invention de langages nouveaux, ouvertures de nouvelles

---

[609] *Ibid.*, p. 130.

possibilités de penser et de dire ce que nous vivons » (Prigogine et Stengers, 1988) »[610].

Autrement dit, ce n'est pas tant le contenu des résultats scientifiques qui semble être remis en question que le monopole accordé aux théories scientifiques sous couvert d'universalité. Ce monopole de l'organisation scientifique viendrait étouffer la naissance d'autres théories potentiellement toutes aussi valables et donc réduire l'objectivité si chère à la science.

Il est étonnant de constater les similitudes entre ce reproche de manque d'objectivité des sciences et les reproches de Michel Villey envers les principes irréalistes du droit moderne. L'un et l'autre semblent réclamer un retour à une plus grande subjectivité.

Sans nous prononcer sur la légitimité de ces reproches, nous pensons cependant, qu'en dépit des apparences, la science et le droit moderne semblaient et semblent encore soucieux, non seulement d'une objectivité, mais aussi de la qualité de leur objectivité. Cela ne les rend pas objectives pour autant, mais il semble néanmoins y avoir une recherche d'objectivité. Cela se traduirait en un lien obligatoire entre la théorie et l'expérience rigoureuse[611]. Ce processus en lui-même serait indépendant des jeux de politique qui joueraient, sans doute, sur son existence mais non sur sa validité. Que la connaissance objective du réel soit possible ou non, nous semble secondaire[612]. Ce qui importe est la volonté d'objectiver. Cette volonté, popularisée par le développement des sciences, a vraisemblablement eu une certaine influence sur le droit à la fin du 18e siècle.

---

610 *Ibid.*.

611 « Un savant, qu'il soit théoricien ou praticien, propose des énoncés ou des systèmes d'énoncés et les teste pas à pas. Dans le domaine des sciences empiriques, plus particulièrement, il bâtit des hypothèses ou des systèmes théoriques et les soumets à l'épreuve de l'expérience par l'observation et l'expérimentation. », K. R POPPER, *la logique de la découverte scientifique*, 1973, p. 23, précité note 341.

612 Nous choisissons ici une épistémologie de la confiance, par opposition à celle de la défiance: « L'épistémologie a ses tendances, ses doctrines, ses écoles. L'épistémologie du droit est ici largement tributaire de l'épistémologie générale. La réflexion sur la valeur de vérité du savoir juridique retrouve les grandes lignées philosophiques, celles qu'un nom évoque. Aristote, saint Thomas sont les maîtres de la confiance; Platon, Kant et Marx sont ceux de la défiance. Les premiers mettent la connaissance, le savoir, la science au service et à l'écoute de la réalité qui leur répond; leur confiance va de la réalité à la raison. Les seconds s'interdisent de faire de la réalité - dont l'existence importe assez peu - la source ou le critère de la vérité; la réalité dont nous parlons n'est que le produit de notre connaissance. », Christian ATIAS, *Épistémologie du droit*, 1ère éd., Coll. Que sais-je ?, Paris: P.U.F., 1994, p. 29.

Nous garderons donc en mémoire la nuance de Fourez et parlerons d'objectivité relative pour exprimer le fait que toute personne conserverait toujours, malgré elle, un certain degré de subjectivité.

Le souci d'objectivité pourrait se traduire en droit par une recherche objective des règles et relations juridiques telles qu'elles seraient vécues par les juristes et les citoyens. Si bien que l'organisation des règles se trouverait justifiée par l'assentiment de la communauté juridique. Jacques Maury semble d'ailleurs placer le *consensus* des intéressés comme une condition *sine qua non* de l'existence de règles juridiques jurisprudentielles[613]. Cet assentiment par les juristes consisterait en une « croyance au caractère obligatoire de la règle, d'une reconnaissance de validité se traduisant par l'acceptation ou la résignation, par l'absence, en tout cas, d'opposition »[614]. La recherche d'un lien objectivé entre la théorie et la réalité serait principalement ce qui différencierait la philosophie rationnelle de la théorie scientifique.

3. Retour au paradigme de Thomas S. Kuhn

Les paradigmes de T.S. Kuhn auraient existé avant l'avènement de la pensée rationnelle. Ils seraient une particularité de la science. Ils semblent d'ailleurs incarner les caractères d'universalité, d'organisation, d'induction et d'objectivité. Selon la théorie de Thomas Kuhn l'évolution des connaissances scientifiques se ferait à coup de révolutions précédés de crises. Les crises se manifesteraient par des découvertes et théories venant briser la cohérence de l'ensemble[615]. Cela se produirait jusqu'au point où un nouveau paradigme viendrait apporter une nouvelle explication générale rétablissant l'harmonie entre les théories[616]: « les

---

613 « Sans doute, ce n'est pas la masse, l'ensemble, qui va, ici, prendre position: ce sont les hommes de loi, les juristes qui vont, en quelques sorte, représenter cette masse et dont l'opinion technique s'imposera pratiquement aux justiciables », J. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », 1950, p. 43, précité note 41.

614 *Ibid.*, p. 48.

615 T. S. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, 1983, pp. 100-113, précité note 343.

616 *Ibid.*, pp. 114-133.

changements de paradigmes font que les scientifiques, dans le domaine de leurs recherches, voient tout d'une autre œil »[617].

La codification ne pourrait-elle pas être vue comme une influence de l'esprit scientifique sous la forme de l'émergence d'un nouveau paradigme; celui d'un droit incarnant les grandes valeurs sociales considérées universelles alors que l'ancienne mentalité n'aurait pas été en mesure de concevoir la nouvelle structure du droit réunissant un ensemble de règles objectivées ? Citons ce passage d'André-Jean Arnaud dont l'à-propos se démarque ici: « (C)e n'était pas seulement un problème d'unification des sources du Droit, qui était ainsi posé: c'était aussi un problème de structures. Car si unifier le Droit en le concentrant dans un recueil unique, de façon simple, claire et ordonnée, ne nous paraît pas, aujourd'hui une entreprise extraordinaire, cela était presque inconcevable, dans l'état où se trouvait la méthodologie »[618]. On peut traduire cet extrait de la façon suivante: l'ancien régime ne semblait pas pouvoir envisager de paradigme juridique, mais le nouvel esprit du droit accepterait facilement ce qui, autrefois, semblait impossible.

En résumé, Thomas Kuhn décrit l'évolution de la science - à l'image de l'évolution darwinienne - comme une succession de paradigmes de plus en plus représentatifs de la réalité. Il s'agit d'une approche qui explique essentiellement l'évolution de la théorie scientifique depuis l'antiquité. Les quelques exemples utilisés plus haut pourraient nous amener à considérer l'idée des paradigmes dans les règles générales du droit depuis la fin du 18e siècle.

---

617 *Ibid.*, p. 157.

618 « Malgré de sérieuses tentatives effectuées depuis le XVIe siècle, les auteurs n'avaient pu se débarrasser pleinement du bartolisme qui régnait jusque-là en maître. La responsabilité en incombait peut-être aux méthodes d'enseignement d'alors, elles-mêmes conditionnées par le défaut de moyens matériels mis à la disposition de ceux qui étudiaient: énoncé d'un texte, recherche d'un *casus*, avis des *auctoritates*, décision de l'auteur. Mais pour présenter un corps de Droit comme on en souhaitait un, cette méthode n'était plus valable. », André-Jean ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français*, Vol. IX, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969, p. 7.

4. Conclusion

Nos observations relatives l'importance accrue des règles générales du droit et leur reconnaissance par les pairs semblent pouvoir évoquer la notion de paradigme de T.S. Kuhn[619]. Deux postulats peuvent être proposés: le premier consisterait à voir la codification comme l'avènement d'un nouveau paradigme. Le second ferait le parallèle entre les grands énoncés généraux du droit civil et les paradigmes. Dans ce parallèle, l'existence du paradigme (théorie scientifique) tout comme celle de la règle (théorie juridique) viendrait en grande partie d'une reconnaissance par les pairs. Cette acceptation de la règle par le milieu juridique lui conférerait une relative objectivité; c'est-à-dire qu'on reconnaîtrait que la règle puisse apporter en théorie une solution valable à un ou des problèmes concrètement vécus. La règle aurait un lien relativement direct à l'objet du litige; sa validité dépendrait de son application. L'objectivité du droit serait donc étroitement reliée à la reconnaissance par le milieu juridique acceptant la validité de la règle. La légitimation par le milieu juridique serait une façon de reconnaître un lien entre la théorie et la réalité objectivée, ce que nous avons nommé *induction*.

Après avoir examiné quelques manifestations juridiques de ce qui pourraient être des nouvelles formes d'universalité et d'organisation, il reste à vérifier si nous pouvons déceler l'apparition de quelques manifestations de l'induction à la même époque. L'induction, comme nous avons pu le constater, semble étroitement liée à l'organisation et à l'universalité de l'esprit scientifique. Il est donc probable que la mise en évidence de ce caractère dans quelques aspects du droit fasse appel à un champ d'analyse élargi. Nous serons, peut-être, dans l'obligation de considérer l'ensemble de la logique du droit.

---

619 Pour un rapprochement entre la théorie de Kuhn et le droit voir: C. ATIAS, *Épistémologie du droit*, 1994, notamment aux pages 93 à 103, précité note 612.

C. La rationalité inductive-déductive de la science et la théorie du droit

Dans la première partie, nous avons donné un sens large à l'induction laquelle consisterait à faire un lien entre la théorie et la réalité objectivée. Le raisonnement scientifique ferait aussi appel à quelques situations purement déductives lorsque, par exemple, partant d'une loi générale, on infère d'autres lois ou des interprétations particulières. Le raisonnement scientifique semble donc pouvoir être qualifié de raisonnement inductif-déductif. Comme nous le verrons dans les prochaines sections, cette logique inductive-déductive semble se retrouver dans quelques aspects du droit à la fin du 18e siècle.

La première section envisagera quelques similitudes entre la logique de la science et celle du droit contemporain. Bien que l'analyse nous conduira vers des analogies structurales ou techniques, la logique déductive-inductive se dessinera toujours en toile de fond. La deuxième section traitera du cas particulier de l'argumentation judiciaire où, là encore, la comparaison des techniques scientifiques et juridiques laissera envisager l'influence d'une logique inductive-déductive sur cet aspect particulier du droit. Enfin, la troisième section traitera davantage de la possibilité d'une influence émergente d'une logique inductive-déductive sur quelques grandes œuvres de la théorie du droit.

1. Les similitudes entre l'induction scientifique et l'induction juridique

La *logique* n'est pas un terme que l'on peut employer à la légère. Pour éviter son utilisation erronée, nous devons commencer par tenter d'en comprendre la signification. Par la suite, il sera plus aisé de choisir le sens qui convient le mieux à l'analyse d'une « logique » dans les systèmes juridiques romano-germanique et anglo-saxon. Cette analyse sera suivie d'un survol de quelques points communs entre droit et science et, peut-être, repérer dans le droit quelques manifestations d'une influence de la logique scientifique.

a) Remarques générales sur la présence d'une logique du droit

Le terme « logique » fait appel à une pléthore de conceptions du langage courant. Nous introduirons cette notion avec Georges Kalinowski (théoricien du droit), car sa vision de la logique semble être assez épurée[620]:

> « Qui dit « logique » prononce un nom relatif à la connaissance ou plus exactement à la pensée. Car la connaissance est sensitive ou intellectuelle (rationnelle). Or seule cette dernière est pensée au sens strict. (...) Or celle-ci, qu'elle soit ou non connaissance, se trouve soumise, pour une part, à la logique »[621].

G. Kalinowski arrime au concept de logique celui de « pensée discursive »:

> « L'énonciation des jugements seconds est l'aboutissement de l'opération d'*inférence* (raisonnement). Afin de créer un concept second ou d'énoncer un jugement second il faut donc - en termes imagés - parcourir le trajet qui sépare le nouveau concept ou le nouveau jugement de celui ou de ceux qui a ou qui ont servi de point de départ. De là le nom de *pensée discursive* donné à la pensée intellectuelle effectuant les opérations de formation des concepts seconds et de leurs définitions ainsi que les opérations d'inférence (raisonnement) et d'énonciation des jugements seconds. (...) Le nom de logique est donc donné en premier lieu aux opérations intellectuelles, ensuite aux règles déterminant leur correction et enfin au savoir constituant le fondement de ces règles. (...) (Il) désignera les opérations intellectuelles discursives »[622].

Nous voyons ici que les systèmes de la pensée et de la logique comportent des dédales pouvant justifier un travail de longue haleine. Reprenons simplement les

---

620 Voir aussi P. COSMOVICI, « La logique juridique à la lumière du rapport entre la logique et les autres sciences », 1971, p. 467, précité note 333.

621 Georges KALINOWSKI, « De la spécificité de la logique juridique », (1966) 11 *Archives de philosophie du droit* 7-23, p. 9.

622 *Ibid.*, pp. 9-11.

conclusions de Georges Kalinowski, concernant les caractéristiques de la pensée juridique:

> « Il existe une logique juridique. Mais... elle n'est logique que dans la mesure où elle utilise les règles logiques; lorsqu'elle recourt à des règles non-logiques, notamment extralogiques, elle reste à proprement parler juridique, mais n'est logique que par analogie. Néanmoins, la logique juridique, en dépit de toute sa spécificité, dans la mesure où elle est à proprement parler logique n'est qu'une application spécifiquement juridique de la logique formelle, la seule qui existe (si le nom « logique » a le sens que nous lui avons donné), la même pour tous. Mais même lorsque la logique juridique se sert de règles non-logiques, voire extralogiques, donc lorsqu'elle n'est plus logique au sens propre, mais seulement par analogie, elle ne cesse d'être *en droit* rationnelle »[623].

Que retirer de tout cela ? Tout d'abord, notons que Georges Kalinowski ne se place pas dans un cadre historique ou chronologique. Il recherche une logique qui caractériserait le droit sans apparemment tenir compte de l'époque où il est pratiqué. Il constate aussi que le droit est animé par toutes sortes de raisonnements, parfois logiques, parfois extralogiques, parfois paralogiques, mais sans référer précisément à un aspect particulier du droit soit: son organisation, sa méthode judiciaire ou législative ou doctrinale, la relation des règles juridiques entre elles, etc.. Il est donc difficile, pour nous qui cherchons à déceler dans la structure moderne du droit l'impact d'une nouvelle « logique », d'en retirer un enseignement. Néanmoins, Georges Kalinowski nous a sensibilisés à l'organisation de la pensée et de la logique en général et des modèles de la pensée juridique en particulier. Même si la pensée juridique ne fait pas toujours appel à une logique formelle, il n'en demeure pas moins qu'on y retrouve, à certains degrés d'intensité, la présence de concepts[624] ainsi que la présence de raisonnements et le respect de règles logiques. Tout est dans le degré d'intensité. On touche ici

---

[623] *Ibid.*, pp. 22-23.

l'application de la logique dans le droit substantiel. Mais, la logique est une science et, par le fait même, répond, elle aussi, aux critères et à la mentalité qui accompagne la science. Notre réflexion se situerait donc ici au niveau de la logique de la science et de la logique de la structure du droit. Il ne s'agit pas ici de considérer le droit substantiel et la cohérence des règles entre elles, mais de vérifier dans quelle mesure ces règles ont pu être influencées par une nouvelle rationalité et les raisons qui expliqueraient cette évolution. Nous nous trouvons, en quelque sorte, à cheval entre la compréhension de quelques manifestations de ce qui pourrait être une nouvelle forme du droit et l'étude des forces qui auraient pu pousser l'émergence d'une nouvelle rationalité du droit.

Georges Kalinowski soutenait, ci-dessus, qu'il existerait une rationalité dans le droit et parfois même une logique scientifique dans le raisonnement juridique. En dépit de l'enseignement que nous pourrions retirer de cela, nous nous intéressons davantage à la recherche d'éléments illustrant l'influence d'une forme d'esprit qui pourrait avoir engendré cette rationalité du droit. Cette forme d'esprit relève-t-elle de la logique ? Autrement dit (on en revient à la question initiale), peut-on observer quelques manifestations d'une nouvelle *logique* dans la construction du droit ? Ne devrait-on pas plutôt parler de *rationalité* ?

Bien que la question soit pertinente, nous continuerons, d'employer le terme de « logique », car ce terme a été le plus souvent emprunté par les auteurs qui décrivent les systèmes juridiques. Gardons toutefois à l'esprit le fait que l'esprit scientifique et l'esprit juridique sont probablement plus souvent rationnels que strictement logiques.

Cela dit, il faut maintenant explorer la présence, si ce n'est d'une logique, au moins d'une rationalité juridique. Il n'est pas question, ici, de décortiquer toute la phraséologie du *common law* ou du droit civiliste dans le respect des règles de la logique. L'idée est simplement de faire ressortir la présence d'une logique dans quelques aspects du droit des deux systèmes. Certains auteurs contestent la

---

624 « Les concepts étant immatériels, on les atteint par l'intermédiaire des noms, signes sensibles qui les signifient. », *ibid.*, p. 13; Voir aussi: J. PARAIN-VIAL, « La nature du concept juridique et la logique », (1966) 11 *Archives*

notion de logique juridique[625]. René David, par exemple, ne semble pas voir une logique aussi rigoureuse dans l'organisation du droit anglais que dans celle du droit français:

> « Les catégories et les divisions du droit anglais ne sont pas un produit de la raison, elles n'ont pas été pensées ni simplifiées ni clarifiées dans le cerveau d'un homme de cabinet. À cela s'ajoute que les juristes anglais, en raison sans doute de leur formation et peut-être aussi par nature, ne sont pas, (...) dominés au même degré que les juristes français par un souci de logique »[626].

Nous avons vu que le droit anglais s'était dirigé vers une structure différente de celle du droit français, peut-être même de la façon dont le décrit René David. Si bien que l'Europe est aux prises avec au moins deux systèmes juridiques différents. Pour nous aider à comprendre les différences et similitudes entre les deux structures, faisons une petite incursion du côté de la théorie du droit.

Gérard Timsit, que la théorie de René David sur les systèmes ouverts ou fermés a laissé perplexe, développe une nouvelle grille d'analyse par laquelle il perçoit une logique dans le système anglo-saxon: « En vérité, plutôt qu'un manque de logique, ce qui caractérise ce droit c'est une autre logique, une logique autre que la logique linéaire: une logique duale »[627]. La dualité, à laquelle fait allusion Gérard Timsit, serait la présence simultanée de deux sources de droit autonomes: la *common law* et l'*equity*. Il qualifie l'ensemble du système du droit anglo-saxon de « dialogisme relatif sociocentrique ». Il oppose les systèmes monologiques aux

---

de philosophie du droit 45-57.

625 « L'existence d'un raisonnement spécifiquement juridique n'est contesté par aucun de ceux qui étudient le droit, mais bien des logiciens contestent l'existence d'une logique juridique. », Chaïm PERELMAN, « Raisonnement juridique et logique juridique », (1966) 11 *Archives de philosophie du droit* 1-6, p. 2; notons que, dans ses écrits, Chaïm Perelman se prononce en faveur de l'existence d'une rationalité du droit qu'il qualifie même de « logique juridique »; voir notamment: *Logique Juridique - Nouvelle rhétorique*, Paris: Dalloz, 1976; *Le raisonnable et le déraisonnable en droit - Au-delà du positivisme juridique*, Paris: L.G.D.J., 1984.

626 R. DAVID, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, 1948, p. 219, précité note 15. Cette position ne fait pas l'unanimité. F.H. Lawson, par exemple, décrit le droit anglais comme un droit foncièrement rationnel: « [...] *I wish to correct an opinion widespread not only among laymen but among lawyers that English law is essentially disordely and irrational.* [...] *[T]here is at the heart of English law a very strong element of rationality* [...] ». F.H. LAWSON, *The rational strength of English law*, Londres: Stevens & Sons Limited, 1951, p. 3.

627 G. TIMSIT, *Thèmes et systèmes de droit*, 1986, p. 162, précité note 43.

systèmes dialogiques. Les premiers feraient appel à une logique linéaire où les normes seraient ordonnées les unes par rapport aux autres[628]. Dans ce contexte, les répétitions juridiques seraient éliminées. De leur côté, les systèmes dialogiques ne seraient « ni unitaires, ni linéaires »; ce serait une « logique de la totalité », c.-à-d. un ensemble de petites logiques autonomes (ex.: *common law/equity, ratio decidendi/obiter dicta*) et quasi indépendantes les unes des autres[629]. Le dialogisme, précise G. Timsit, impliquerait une pluralité de *principes générateurs* de droit (dialogisme de l'ordre normatif[630]), ou une pluralité de *centres générateurs* de droit (dialogisme de l'espace normatif). Les centres générateurs se distingueraient des centres producteurs de droit:

> « On ne peut confondre production et génération du droit. La production du droit est le fait des autorités ou instances qui produisent un droit qu'elles édictent ou sécrètent elles-mêmes. La génération du droit consiste en une application, une utilisation du droit créé par d'autres applications, utilisations, interprétations qui feront de ce droit bien autre chose que ce que l'autorité qui l'a posé a voulu qu'il fût »[631].

C'est dans le dialogisme que résiderait, selon, Gérard Timsit, la différence majeure entre la logique du droit français monologique et celle du droit anglais. Timsit distingue, aussi, les systèmes français et anglais à un autre niveau. Il réfère l'Angleterre à un droit qui trouverait son fondement dans la société (« sociocentrisme ») plutôt que dans l'État (« statocentrisme »). Sa démonstration s'appuie sur des sociologues qui minimisent la place de l'État en Angleterre. Nous ne partageons pas son point de vue. Nous avons vu que l'État anglais était très

---

[628] *Ibid.*, p. 116.

[629] *Ibid.*, pp. 162-163.

[630] Chez Gérard Timsit, l'« ordre normatif » fait référence au contexte dans lequel le droit se développe alors que l'« espace normatif » fait référence au droit positif: « l'ordre normatif est un système [...] assignant un certain type de rapports [...] aux normes considérées dans leurs relations réciproques et dans les relations qu'elles entretiennent avec les organes, avec les institutions [...] qui les engendrent. [...] Avec la notion d'En [Espace normatif], il n'est plus question de s'interroger sur le système d'engendrement des normes, sur le mode de génération des règles, mais sur le contenu des normes elles-mêmes, et la signification qu'elles revêtent pour ceux auxquels elles s'adressent. [...] Avec la notion d'On, ce qui se trouvait pris en considération, c'était le fondement des normes, ou mieux, les relations situées en amont de la norme [...]. Avec la notion d'En, ce qui se trouve désormais pris en compte, ce sont les destinataires des normes, ou mieux, les relations situées en aval de la norme [...]. », *ibid.*, pp. 30, 69 et 70.

[631] *Ibid.*, p. 197.

présent à travers les tribunaux qui en sont une des institutions les plus importantes. Nous sommes d'avis que la position de G. Timsit, d'un système juridique sociocentrique anglais, est contredite par une définition plus large de l'État. En effet, nous avons vu dans notre première partie que la *common law* a été forgée par les tribunaux. Les tribunaux faisaient partie intégrante de l'État anglais et participaient comme les autres institutions à la paix de l'État[632]. En Angleterre comme en France, l'État moderne aurait donc occupé de plus en plus d'espace dans l'élaboration du droit, mais au moyen d'institutions différentes. Pour reprendre le système théorique de Gérard Timsit, selon nous, le système anglo-saxon correspondrait aussi, pour reprendre son expression, à un système *statocentrique*. Par ailleurs, il n'est pas certain que, comme nous le verrons quelques lignes plus bas, le dialogisme anglais auquel fait allusion G. Timsit soit applicable à l'organisation judiciaire, c.-à-d. une partie de ce qu'il appelle les centres générateurs. Quoiqu'il en soit, nous partageons l'analyse de G. Timsit lorsqu'il décrit la présence d'une logique dans le système juridique anglais. Toutefois, la réflexion de Gérard Timsit se situe essentiellement au plan de la structure des systèmes. Ses explications de deux rationalités structurelles différentes semblent confirmer l'évolution historique de chacun des systèmes. Nous ne saurions ni ne voulons nier cette réalité.

René David lui-même a amplement démontré que la logique anglaise ne s'inscrit pas dans la même structure que la logique française[633]. Nous pensons, néanmoins, que l'influence de la science a pu avoir autant d'effet sur le *common law* anglais que le droit civil français[634]. Si une nouvelle logique juridique devait

---

632 À ce sujet, H.A. Schwarz-Liebermann von Wahlendorf n'hésite pas à qualifier le juge anglais d'« homme d'État », H.A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Introduction à l'esprit et à l'histoire du droit anglais*, 1977, pp. 9 et 18, précité note 223.

633 Gérard Timsit, pour distinguer les deux systèmes, utilise, une métaphore du système grammatical, les notions de «transitivité» ou «intransitivité». Il voit, lui aussi, par ces nouveaux critères de distinction, deux logiques différentes. Le système transitif qu'il associe au système juridique civiliste est un système linéaire pour lequel chaque norme trouverait une place précise vis-à-vis des autres normes, le tout orchestré par «l'État, la Raison, la Société, la Nature, ou Dieu» (p. 117). Le système intransitif de Common Law, au contraire, «se réfère à l'existence d'un ensemble, d'une totalité à laquelle la norme vient s'intégrer» (p. 123). L'intransitivité n'impliquerait aucun lien entre les normes si ce n'est par leur attachement commun à l'ensemble. G. TIMSIT, *Thèmes et systèmes de droit*, 1986, pp. 115-124, précité note 43.

634 « [L]es deux systèmes n'auraient pu se développer et se maintenir, comme larges modèles universels, et peut-être d'ailleurs ne mériteraient-ils pas le nom de systèmes, si l'on ne pouvait retrouver en chacun d'eux - selon un

être observée, nous pensons que les juristes anglais, français et québécois en seraient tout autant imprégnés. De surcroît, ces acteurs devraient être stimulés par la même logique (au sens large) et ce, malgré les différences entre les structures de chaque système.

Vers la fin du 18e siècle, James A. Park[635] écrivait qu'une partie de la *common law* était fondée sur une seule notion abstraite soit, l'*estate*:

> « *The whole system (of property law, which is the most scientific branch of English jurisprudence,) is more or less based upon one artificial idea; an idea produced by the time or continuance of enjoyment of property into a sort of mental concrete, which we denominate an estate or interest* »[636].

Qu'il s'agisse de l'*estate* ou d'une autre notion de droit, c'est l'effort vers l'abstraction et l'objectivité qui nous intéresse et surtout le fait que J. A. Park semble y voir un *fondement* de la construction d'une partie du *common law*. Du côté « civiliste », François Ewald semble voir, lui aussi, dans la pensée des codificateurs une nouvelle philosophie qui part du simple au complexe:

> « De cette philosophie, le législateur tirera une méthode générale pour réglementer chacun des contrats: chercher le principe de l'institution en le situant dans un ordre généalogique allant du simple au complexe. Ainsi l'échange, forme la plus primitive du rapport social précède-t-il la vente, qui suppose l'institution des signes, la vente, le louage, et ainsi de suite »[637].

Sans nous prononcer sur l'interprétation du contenu juridique de James A. Park ou de celle de François Ewald, nous voulons relever la rationalité présente derrière

---

dosage et une manière qui peuvent sans doute varier - à la fois pragmatisme et volonté de cohérence. », A.-F. BISSON, « Dualité de systèmes et codification civiliste », 1991, p. 41, précité note 527.

635 Notons que le professeur Park semble avoir gratifié la communauté juridique d'un riche enseignement, mais nous n'avons pu mettre la main sur une de ses publications.

636 James A. PARK, cité dans: Auteur inconnu, *Elements of the logical and experimental sciences considered in their relation to the practice of the law*, 1835, p. 353, précité note 344.

637 François EWALD (dir.), *Naissance du Code civil*, 1989, p. 349, précité note 556.

leur réflexion. Les deux auteurs, pris en exemple, décrivent tous deux une « logique » qui partirait de concepts généraux pour en déduire des règles particulières. Chaque principe de droit serait ainsi relié à plusieurs règles juridiques particulières ainsi que plusieurs solutions judiciaires particulières. Cette ébauche d'une logique semble se retrouver en Angleterre et en France à la même époque. Nous constatons aussi que ce mode de pensée semble faire appel à une rationalité inductive-déductive où le concept premier serait le principe juridique.

De façon plus générale, Michel Villey dénonçait cette logique du droit moderne axée autour de la règle. En 1966, il écrivait en préambule du 11ème numéro de la revue *Archives de philosophie du droit* (consacré à la logique du droit): « La corporation des juristes fait grande consommation de logique. Les solutions judiciaires, afin qu'elles ne semblent pas procéder de l'arbitraire de chaque juge, il faut qu'elles se présentent reliées de façon logique à la coutume reconnue, à des précédents, à des règles; (...) »[638]. On semble retrouver sous la plume contestataire de Michel Villey la description d'une conception normative du droit judiciaire. M. Villey semble rattacher cette conception à la recherche d'une logique moderne et dénonce, du même coup, l'attachement du droit moderne occidental à cette même logique positiviste; une logique de la déduction:

> « Ce n'est qu'à partir d'une époque en somme relativement récente que le raisonnement déductif a envahi l'art juridique. (...) Mais surtout au XVIIe siècle, lorsque Descartes commença de traiter la philosophie (et de rêver de science universelle) sur le mode géométrique, bientôt son exemple déteignit sur la vie du droit. La mode gagna de transporter le raisonnement mathématique sur toutes les sciences humaines. (...) L'ère qui s'ouvre alors était celle du positivisme juridique; c'est-à-dire que l'on tint le droit pour intégralement « posé » et construit par l'homme, sa raison ou sa volonté; comme ayant son siège dans les règles (« l'ensemble des règles ») engendrées par l'esprit humain. (...)

---

[638] M. VILLEY, « Liminaire: Données historiques », (1966), p. VII, précité note 32.

> Alors la logique déductive pouvait s'installer en souveraine sur tout le domaine juridique. S'il s'agit de législation, les écoles rationalistes, qui s'imaginent édifier le droit sur les principes de leur raison (principes innés de morale ou principe de la recherche du bonheur), organisent les lois elles-mêmes en un système déductif. (...) La sentence se fonde sur une règle, la règle elle-même sur un principe »[639].

Ses quelques remarques de Michel Villey, à l'égard du développement historique de la logique moderne du droit, lançaient un débat dans la revue *Archives de Philosophie du droit*. Nous avons vu que Georges Kalinowski, en réponse à Michel Villey, préférait appliquer le concept de rationalité au droit plutôt que celui de logique. Il réservait la logique à certains aspects du droit, soulignant que les juristes, dans leur raisonnement, faisaient aussi appel à d'autres règles non proprement logiques (extralogiques ou paralogiques), mais toujours rationnelles.

Comme il a été dit, nous utiliserons le terme de « logique » pour désigner le processus intellectuel sous-jacent à l'émergence des règles du droit moderne. Nous avons entrevu, par ailleurs, chez les deux grands systèmes juridiques de la France et de l'Angleterre, la présence possible d'une même logique inductive-déductive. Les prochaines pages seront consacrées à l'examen plus détaillé de quelques similitudes entre cette logique du droit et celle des sciences.

b) Quelques analogies entre les logiques scientifique et juridique

René Poirier expose des similarités remarquables entre les caractères parfois rationnels, parfois purement logiques, du droit et de la science. Bien que François Gény ait été un des premiers à voir dans le fonctionnement du droit des similitudes avec celui de la science[640], pour les fins de notre analyse, nous nous appuierons essentiellement sur l'article de René Poirier car il a l'avantage de la clarté et de la

---

639 *Ibid.*, pp. VII-IX.

640 « Le doyen François Gény, premier auteur français à avoir employé l'expression « épistémologie juridique », a insisté sur les différentes catégories de « données » [...] manipulées par les juristes. », C. ATIAS, *Épistémologie du droit*, 1994, p. 24, précité note 612.

concision. Cela ne nous empêchera pas, cependant, de nous référer à l'exposé de François Gény, dont la profondeur ne peut qu'enrichir notre réflexion. Notons aussi que, si les remarques de René Poirier semblent s'appliquer au droit du 20e siècle, celles de François Gény reflètent la réalité de la fin du 19e siècle. L'analyse de Gény relative à la science et au droit ne saurait être limitée à son époque et fait vraisemblablement référence à une réalité qui existait déjà. Il semble donc raisonnable de penser que nos observations soient applicables à une période proche du début du 19e siècle. Par ailleurs ces analogies entre science et droit peuvent difficilement être évoquées pour des époques où la science était peu connue. Enfin, même si les observations qui suivent ne sont pas situées précisément dans le temps, cela dénote la forte possibilité d'un rapprochement entre la science et le droit.

René Poirier décrit un ordre juridique composé de trois niveaux:

> « (N)ous trouvons d'abord un niveau métathéorique et philosophique. C'est celui de la théorie de l'État et du Droit, qu'on pourrait appeler à certains égards le niveau constitutionnel, où se déterminent les divers pouvoirs et les limites de la souveraineté, (...). Puis vient le niveau de la législation, (...). Il y a enfin le niveau judiciaire, l'application du Droit, codifié ou coutumier, aux cas concrets »[641].

Nous devons, toutefois, nuancer le niveau législatif. Celui-là serait mieux décrit comme le niveau *d'établissement de la règle juridique*, plutôt que celui de la loi. Ainsi, il serait plus facile d'inclure le *common law* dans l'ordre juridique que décrit René Poirier. Déjà, selon R. Poirier, l'ordre scientifique revêtirait sensiblement les mêmes niveaux: « nous avons d'abord la théorie générale de la science, ce qu'on peut appeler sa charte épistémologique qui en définit les fins et les méthodes, (...). Le second niveau est celui de la théorie scientifique proprement dite, avec, d'une part, le choix des schémas conceptuels et des langages, d'autre part, celui des hypothèses de structure et des lois particulières, en un mot

---

641 René POIRIER, « Rationalité juridique et rationalité scientifique », (1978) 23 *Archives de philosophie du droit* 11-34, p. 21.

celui des divers schémas figuratifs de l'expérience. Le troisième niveau est celui de la confrontation avec l'expérience concrète, celui du travail de laboratoire »[642]. La ressemblance structurale des organisations scientifique et juridique, pourrait être vue comme une première similarité.

Peut-on pousser plus loin et mettre le doigt sur des exemples d'une logique de fonctionnement semblable dans les deux cas ? Dans les deux ordres, René Poirier voit « des échanges constants entre ces trois niveaux et une perpétuelle dialectique ascendante et descendante. L'expérience suscite et contrôle la théorie qui elle-même inspire l'Épistémologie, cependant qu'elle inspire l'expérience, va au-devant d'elle par ses prévisions et essaie d'en rendre raison »[643]. Ce va et vient récurrent, entre les règles théoriques et la pratique judiciaire, pourrait être l'expression d'une logique de fonctionnement, logique juridique qui n'existait (comme nous l'avons vu) ni dans l'Antiquité, ni au Moyen Âge. De plus, cette logique semble se retrouver à certains égards en droit comme en science ainsi que l'écrivait Edmond Picard:

> « Considérer le législateur ou le théoricien comme créateur est une idée fausse. Il ne l'est pas plus en droit que le savant dans les sciences naturelles. (...) son rôle se borne à des recherches, plus ou moins heureuses et fécondes dans le vaste réservoir des réalités juridiques. Il ne fait en cela, que remplir cette Destinée de l'homme (...), du moins celle de la race Européo-américaine: devenir de plus en plus le miroir du monde en pénétrant de mieux en mieux ses secrets dans tous les ordres de choses »[644].

---

642 *Ibid.*.

643 *Ibid.*; d'un point de vue restreint à la jurisprudence Pierre Hébraud écrit: « [...] la jurisprudence présente un intérêt capital même lorsqu'elle ne crée pas de règle autonome et lorsqu'elle fait purement et simplement application des règles légales. C'est elle, en effet, qui, faisant passer la règle de l'expression abstraite à la réalité concrète, lui donne son véritable visage. », Pierre HÉBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », dans: UNIVERSITÉ DES SCIENCES SOCIALES DE TOULOUSE, *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse: Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, 329-372, p. 335. Notons que Pierre Hébraud, comme bien d'autres auteurs que nous avons cités, ne s'est pas limité ici à une perspective "scientifique" du droit. Nous croyons qu'en dépit de son silence ou peut-être même inconsciemment il s'agit d'une vision moderne de la jurisprudence.

644 Edmond PICARD, *Le Droit pur*, Paris: E. Flammarion, 1930, pp. 144-145; voir aussi à ce sujet: Friedrich A von. HAYEK, *Droit, législation et liberté: une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, traduit de l'anglais par Raoul Audouin, Paris: Presses Universitaires de France, 1980-1983.

C'est aussi de cette façon que François Gény, bien connu pour ses distances à l'égard du positivisme déductif étroit, semblait concevoir la mécanique du droit moderne. Il semblait revendiquer lui aussi la même logique inductive-déductive visant à conserver un certain recul objectif vis-à-vis de la règle[645], c'est-à-dire un certain recul sur le lien entre la règle et son objet. Nous citerons quelques passages que nous croyons particulièrement représentatifs de sa théorie:

> « De l'observation critique des faits, appuyé par les recherches historiques, on dégagera les lois générales, capables de diriger le jurisconsulte, à l'aide des méthodes qui légitiment l'induction scientifique. (...) Aucun obstacle, non plus, à l'usage de l'hypothèse, prise comme tentative d'organisation, sinon d'explication, des réalités sociales, à condition de la vérifier par l'observation et l'expérimentation et de ne jamais oublier son caractère artificiel et schématique. Et ici, comme dans toutes les sciences, les hypothèses, amplifiées et généralisées, se transformeront en théories et en systèmes, dont la valeur devra rester assujettie aux mêmes conditions et la portée contenue dans les mêmes limites »[646].

Ces quelques lignes de François Gény montrent qu'il semblait avoir dépeint (peut-être le premier) la corrélation entre les trois niveaux décrits postérieurement par René Poirier que nous réduirons à ceci: l'expérimentation ou le processus judiciaire; les théories ou les lois générales; la théorie générale ou système à caractère constitutionnel[647]. François Gény en décrivant ce qu'il appelle « la

---

645 Claude THOMASSET et René LAPERRIÈRE, « François Gény, la libre recherche scientifique et la nature des choses », dans: Claude THOMASSET et al (Dir.), *François Gény, mythe et réalités, 1899-1999 centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Cowansville (Québec): Yvon Blais, 2000, 251-291, pp. 255-258; « Le juge qui adapte la loi reçue aux besoins du présent veut sans doute résoudre un problème pratique. Mais son interprétation de la loi n'est pas pour autant arbitraire. [...] La tâche d'interpréter, c'est la tâche de concrétiser la loi dans chaque cas particulier. C'est donc la tâche de l'application. Il est sans doute réservé au juge d'apporter de cette manière un complément créateur au droit; mais le juge est soumis à la loi exactement comme tout autre membre de la communauté juridique. L'idée d'un ordre juridique implique que la sentence du juge ne procède pas d'un caprice imprévisible, mais de la juste estimation de l'ensemble », H.-G. GADAMER, *Vérité et Méthode: les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, 1960/1976, pp. 170 et 172, précité note 58.

646 F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, 1914, pp. 190-191, précité note 1.

647 Lui même se résume de la façon suivante: « C'est la méthodologie générale de toute discipline humaine et sociale, que nous avons retrouvée dans le droit, avec les particularités provenant de l'objet à pénétrer (vie des hommes en société) et but poursuivi (règle de conduite à imposer): observation des réalités dégageant les problèmes et en

méthode du droit positif », semble y voir une rationalité scientifique. Il ajoute ensuite qu'à « côté de cette recherche, - basée sur les données de la vie sociale, éclairées des postulats de la croyance et fécondées par les instruments de la science, - se développe, sous l'influence des nécessités primordiales du droit, une élaboration proprement technique, comportant une méthode toute pragmatique, où les efforts convergeront vers le but à atteindre et se résoudront en procédés tenant plus de l'action que de la connaissance »[648].

Il semble que l'on peut retrouver sous la plume de François Gény, la relation étroite qu'entretiennent la science et la technique. Cet auteur, cependant, ne les confond pas; pas plus du reste que Georges Mure qui, dans les lignes suivantes, en illustre si bien, selon nous, la distinction:

> « Il faut bien comprendre que le juriste n'invente pas ; il ne fait que découvrir. Ainsi lorsqu'au début de ce siècle, le "droit à la vie privée" fut mis de l'avant, c'est suite à une prise de conscience, de l'existence à l'état naturel, du droit que devrait avoir tout individu de vivre sa vie à l'abri de toute indiscrétion. Ce droit existait avant d'être juridiquement reconnu. Il fut reconnu en droit, afin de le mettre à l'abri des violations dont il faisait l'objet et parce qu'il faisait l'objet de violation »[649].

Dans ce passage, *la découverte* des relations sociales concrètes semble faire partie du va et vient constant entre la théorie et la pratique.

Continuons avec René Poirier l'analyse des similitudes entre science et droit. Nous continuerons avec celle qui nous concerne le plus soit, « la raison

---

préparant la solution; nécessité de postulats, entrevus par intuition et acceptés par un élan de croyance, pour servir de base aux inférences; prédominance de la déduction, seule apte à féconder les principes et à les mettre en pleine valeur; l'expérimentation restant rare et n'intervenant guère qu'à titre d'observation renforcée pour contrôler les résultats acquis par le raisonnement logique; les hypothèses se présentant sous forme conceptuelle et s'érigeant parfois en théories, afin de donner aux principes une fermeté artificielle, qui puisse en augmenter la portée déductive. Au total, une procédure extrêmement complexe et nuancée, toute pénétrée de casuistique et de dialectique, mélange constant d'analyse et de synthèse, où les procédés *a posteriori*, qui forunissent les solutions adéquates, supposent des directions *a priori*, proposées par la raison et la volonté. », *ibid.*, p. 211.

[648] *Ibid.*, p. 192; C. THOMASSET et R. LAPERRIÈRE, « François Gény, la libre recherche scientifique et la nature des choses », 2000, p 267, précité note 645.

[649] Georges MURE, « Le droit phénomène social », (1979) 9 *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke (R.D.U.S.)* 323-353, p. 330 à la note 18.

dogmatique dans l'ordre scientifique et dans l'ordre juridique ». Ici, son argument consiste à nier la durabilité existentielle des dogmes juridiques ou scientifiques. Dans le cas des dogmes scientifiques, il écrit:

> « (T)ous ces principes ont un sort commun, c'est de voir leur sens se désagréger et leur certitude disparaître. Les évoquer, c'est se promener dans un cimetière, parmi les fantômes. (...) Tous ces principes se sont révélés polymorphes, équivoques, approximatifs et fragiles, à commencer par le plus célèbre d'entre eux, celui du déterminisme »[650].

Notons que René Poirier utilise de terme de « principes », mais c'est bien à des « dogmes » qu'il fait allusion ici. La distinction est importante, car le dogme engendre une tendance théorique; le dogme impose sa couleur à toute une théorie qui en découle. À l'inverse du dogme, le principe ne ferait pas forcément appel à une métaphysique, il peut être modelé par l'expérience car, en principe, il en serait le reflet[651]. L'auteur montre que l'ordre juridique, comme la science, se détache lui aussi des dogmes rigides:

> « Or la même situation se retrouve dans l'ordre juridique, où les principes rationnels pris dans leur ensemble portent traditionnellement le nom de Droit naturel. (...) Ainsi l'idée d'une rationalité a priori et universelle semble, dans cet ordre, passablement illusoire, et rien n'est aussi vain que des formules comme « le caractère inconditionnellement sacré de la vie humaine », « le droit de n'obéir qu'à sa conscience », « l'obéissance à la volonté générale », etc. »[652].

Ainsi, le rejet de la dogmatique au profit d'une logique plus ouverte, plus empirique, semble encore ici un être dénominateur commun entre science et droit.

---

[650] R. POIRIER, « Rationalité juridique et rationalité scientifique », (1978) p. 29, précité note 641.
[651] « Il ne reste plus de la Raison qu'une logique et une Esthétique du langage, subordonnées à une Pragmatique. », *ibid.*, p. 30.
[652] *Ibid.*, pp. 30-31.

Cependant, nous pensons que René Poirier pousse peut-être un peu trop loin sa description de la raison dogmatique en y intégrant le système kantien. Il présente ce système comme « (l)'image la plus classique de la Raison épistémologique » avec des « principes de l'Entendement pur, considérés comme un *a priori* que l'expérience des sciences nous révèle, et dont les deux principaux sont ceux de causalité et de substance »[653]. Nous ne saurions, ni voudrions ici, confirmer ou infirmer les conclusions de Kant comme représentatives de la pensée scientifique[654]. Toutefois, ce n'est pas tant l'*a priori* qui dénoterait la présence de l'esprit dogmatique, mais la rigidité de ces *a priori*. Ainsi, l'esprit scientifique pourrait fort bien émettre des *a priori* dans la mesure où, comme le disent Gaston Bachelard[655], ou Karl Popper[656], ceux-ci sont, par la suite, rattachés ou confrontés à la réalité.

René Poirier expose encore d'autres similitudes importantes dans les structures de la science et du droit moderne. Par exemple, en droit comme en science, le concept de normativité référerait à une théorie qui « se prolonge en impératifs techniques et sert de norme à la fois aux applications ou à l'action et à la recherche ou aux démonstrations ultérieures »[657]. L'auteur, sans le dire explicitement, semble faire allusion ici à une logique déductive ou une inférence de nature déductive (corrigerait peut-être Georges Kalinowski). La normativité existerait dans les deux domaines bien qu'elle soit parfois difficilement identifiable, particulièrement en science. René Poirier cite notamment l'exemple suivant: « (d)ire qu'un produit est toxique ou explosif impose des précautions ». Cet exemple illustre la situation dans laquelle la théorie a un impact direct sur le procédé, cela faisant parti du va et vient entre la théorie et la pratique.

Les similarités ne s'arrêtent pas là. La science et le droit auraient encore des points communs dans les rapports entre la réalité factuelle et la théorie. René

---

653 *Ibid.*, pp. 28-29.

654 Il n'empêche, comme nous l'avons vu, que Kant a été un des premiers, et probablement le plus influent philosophe à s'inspirer d'une science moderne. Voir aussi: F. ENRIQUES, *La théorie de la connaissance scientifique de Kant à nos jours*, 1938, précité note 349.

655 Voir Partie I, Section A, Sous-section 2.

656 K. R POPPER, *la logique de la découverte scientifique*, 1973, pp. 27-28, précité note 341.

657 R. POIRIER, « Rationalité juridique et rationalité scientifique », (1978) p. 16, précité note 641.

Poirier observe dans les deux domaines (science et droit) un certain « probabilisme », c'est-à-dire une incertitude face à la réalité. Les sciences de la nature et le droit « ne procèdent que par des inférences inductives simplement *probables* suivant une loi de composition des arguments qui sert également de cadre »[658]. En cela, l'un et l'autre n'apporteraient que « des conclusions probables ». Par ailleurs, en ce qui concerne le caractère « décisoire » des jugements et de la législation, R. Poirier semble y voir peu différence avec celui des sciences:

> « le législateur comme le juge disent, créent le droit, par un acte de décision, transformant en vérité définitive, en espèce d'absolu, ce qui leur apparaissait d'abord comme une solution purement probable. (...) Le mathématicien, comme le législateur, pose d'autorité des axiomes qui dès lors auront force de loi et domineront toute la théorie déductive »[659].

La similarité avec la science ne résiderait donc pas tant dans l'action de poser des lois, car ce geste existait depuis au moins le Moyen Âge, que par l'effet de domination de cette loi sur tout le droit concerné. Par ailleurs, dans les deux cas, on a vu souvent des lois scientifiques abandonnées ou des lois juridiques abrogées lorsqu'elles ne se vérifiaient pas dans les faits (en science) ou lorsqu'elles devenaient désuètes (en droit)[660].

Pour finir, le dernier exemple que nous citerons touche le « raisonnement justificatif ». René Poirier souligne que concrètement, le scientifique, aussi souvent que le juge, « essaie de justifier des conclusions dont il est déjà assuré par intuition ou par des raisons imparfaites. Le mathématicien, le physicien savent à l'avance ce qu'ils veulent démontrer »[661]. Cela ne veut pas dire qu'ils forceront leurs conclusions en cherchant par tous les moyens à prouver leur intuition. La

---

658 *Ibid.*, p. 17.
659 *Ibid.*.
660 *Ibid.*, p. 18.
661 *Ibid.*; voir à ce sujet: Ernst MACH, *La méchanique - Exposé historique et critique de son développement*, Paris: Hermann, 1925, pp. 15-30; G. FOUREZ, *La construction des sciences*, 1996, p. 46, précité note 338.

justification scientifique semble, au contraire, s'appuyer sur l'ensemble de la connaissance acquise ou sur une démonstration réfutable le cas échéant. Ainsi, dans le cas du droit, la justification s'appuierait le plus souvent sur le droit déjà établi: les principes, les précédents, les règles particulières, etc.. C'est d'ailleurs ainsi que François Gény semblait concevoir lui aussi la présence de l'*a priori* en droit (dont nous avons fait mention plus haut): « les procédés *a posteriori*, qui fournissent les solutions adéquates, supposent des directions *a priori*, proposées par la raison et la volonté ». Il justifie le caractère scientifique du postulat ou *a priori* juridique en le comparant à la méthode de Claude Bernard, fondateur de la médecine expérimentale:

> « En effet, pour poser une règle de vie, - ce qui nous apparaît comme la nécessité primordiale du droit, - il faut, à défaut d'axiomes proprement dits, des postulats, qui, s'ils peuvent être suggérés par l'intelligence, ne s'imposeront à nous que par la force de la croyance, seule capable d'emporter, à la fois, adhésion de la raison tout entière et mouvement convergent de la volonté. Pareille croyance semble le propulseur indispensable de toute investigation juridique. On la rencontre au début de la recherche, sous la forme minima d'une croyance à la justice, analogue à cette croyance à la science que Claude BERNARD place à la base de la méthode scientifique[662]. Et la croyance abstraite à la justice se précisera et s'objectivera au contact des faits, en une série de réalisations plus concrètes, qui fourniront les postulats nécessaires à la découverte des solutions particulières »[663].

---

662 C. BERNARD, *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, 1865, pp. 63, 119 et 302-303, précité note 437; voir dans l'édition Garnier-Flammarion de 1966 aux pages 56 et 59: « Le raisonnement ne sert qu'à donner une forme à nos idées, de sorte que tout se ramène primitivement et finalement à une idée. [...] une idée préconçue a toujours été et sera toujours le premier élan d'un esprit investigateur. Mais la méthode expérimentale a pour objet de transformer cette conception *a priori*, fondée sur une intuition ou un sentiment vague des choses, en une interprétation *a posteriori* établie sur l'étude expérimentale des phénomènes. » et p. 228: « je veux montrer qu'à ce moment les hypothèses sont indispensables et que leur utilité est précisément alors de nous entraîner hors du fait et de porter la science en avant. Les hypothèses ont pour objet non seulement de nous faire faire des expériences nouvelles, mais elles nous font découvrir souvent des faits nouveaux que nous n'aurions pas aperçus sans elles. ».

663 F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, 1914, p. 189, précité note 1.

La lecture de l'*Introduction à l'étude de la médecine expérimentale* montre à quel point François Gény semble avoir utilisé la réflexion de Claude Bernard.

Avant de tourner la page sur cette série d'analogies, une question demeure: les similarités exposées ci-dessus sont-elles aussi valables en *Common law* qu'en droit d'origine romano-germanique ?

Sur le plan de la formation du droit positif, nous avons vu que les deux systèmes semblent avoir intégré une nouvelle logique. Aucune des analyses étudiées ci-dessus (Poirier, Gény[664] ou Maury) n'ont distingué la logique du droit anglo-saxon de la logique du droit (civiliste) romano-germanique. Dans tous les cas, il était question de règles juridiques, de théories juridiques ou de concepts juridiques. Ces notions semblent être présentes dans chacun des systèmes. À titre d'exemple dans le *common law*, John-Antony Jolowicz écrit:

> « De temps en temps le juge assume la robe d'un professeur de droit et donne dans son jugement lecture de problèmes de théorie auxquels il offre la solution qu'il préfère; il cherche à développer, à avancer, à clarifier la règle de droit applicable dans l'espèce, mais il ne peut jamais obliger ses successeurs d'accepter comme le véritable droit tout ce qu'il aura dit. Ses formules ne peuvent être que provisoires; elles seront prises en considération, elles seront mises à l'épreuve par les juges qui suivront et si ceux-ci les trouvent bonnes elles seront appliquées. Si, par

---

664 François Gény, s'il a remis en question le processus purement déductif d'application de la règle juridique, n'a pas limité sa méthode de « découverte » du droit à la décision judiciaire et sa méthode peut s'appliquer à tout type de juriste (législateur, théoricien ou praticien) soucieux de la norme; voir à ce sujet: Paul Antoine de PALMARI, « La norme juridique et la libre recherche scientifique: une analyse critique de l'œuvre de François Gény », dans: Claude THOMASSET et al (Dir.), *François Gény, mythe et réalités, 1899-1999 centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Cowansville (Québec): Yvon Blais, 2000, 233-249; Malgré tout, il est difficile de dire si F. Gény était positiviste ou naturaliste. En fait, il semble que ses idées aient changé avec les années: « Chez Gény, l'ouverture du système juridique et du droit aux réalités sociales donne lieu à une valse-hésitation, moins comme principe que comme application. Si, en 1899, cette ouverture semble vaste sans être béante, elle s'est, en 1924, largement rétrécie et cela à travers un double mouvement: le premier, mouvement d'élévation vers un donné naturel et surnaturel qui voile, peut-être même réforme, sa vision de la réalité; le second, mouvement de structuration qui, le coinçant entre la tradition des procédés et l'émancipation des idées, a pour effet de le paralyser. [...] Gény aura néanmoins eu l'audace et le mérite de démontrer remarquablement les effets des constructions intellectuelles comme mode d'expression unique de la substance juridique et d'exprimer haut et fort que le droit savant peut être l'ennemi du droit vivant. », Louise ROLLAND, « Les abstractions logiques et les pratiques juridiques comme source de droit », dans: Claude THOMASSET et al (Dir.), *François Gény, mythe et réalités, 1899-1999 centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Cowansville (Québec): Yvon Blais, 2000, 161-178, pp. 177 et 178.

> contre, de telles formules se présentent aux yeux des autres juges comme inappropriées elles peuvent être reformulées, même rejetées; ce n'est que la décision elle-même qui possède la force de droit »[665].

Nous retrouvons dans les propos de J.-A. Jolowicz, la mise à l'épreuve scientifique de Karl Popper. La règle de droit semble subir ici le même contrôle par les pairs que celui de la connaissance scientifique. Bien que J.-A. Jolowicz semble restreindre ce contrôle aux *obiter dicta*, il n'est pas impossible que ce processus puisse être étendu aux *ratio decidendi*. John-Antony Jolowicz, lui-même, écrit plus loin: « Le système laisse au juge une assez large liberté d'action, mais cette liberté est assujettie (...) au contrôle des cours d'appel (...) »[666]. Le *common law* semble donc lui aussi faire appel à une logique scientifique dans la mise en lumière de ses règles.

Toutes ces similitudes entre science et droit sont autant d'indices permettant d'envisager l'existence d'une logique commune fondée sur les méthodes d'induction et de déduction pour lesquelles l'organisation et la structure du système semblent donner une certaine importance à la règle de droit[667]. L'esprit scientifique est-il en lien avec cette logique ? Nous ne pouvons répondre à cette question que par une autre analogie, plus générale.

Nous avons vu dans la première partie que l'esprit scientifique était caractérisé par la présence simultanée de plusieurs éléments: une croyance en l'*universalité* des lois naturelles, une vision *organisée* et structurée de la réalité et une tendance à théoriser la réalité dans des *concepts généraux*. Une fois ces éléments mis dans le bon ordre, il résulte une structure *organisée* autour des *concepts généraux* d'application *universelle*. La logique inductive-déductive serait sous-jacente à la mécanique de cette structure.

---

665 J.-A. JOLOWICZ, « La jurisprudence en droit anglais: aperçu sur la règle du précédent », (1985), p. 113, précité note 12.

666 *Ibid.*, pp. 113-114.

667 Voir un article d'André Tunc dans lequel celui-là développe une logique du droit centrée autour de la règle: André TUNC, « Logique et politique dans l'élaboration du droit, spécialement en matière de reponsabilité civile », dans *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin - I théorie générale du droit*, Paris: Sirey, 1963, 317-339.

Le droit, à bien des égards, semble avoir des ressemblances avec la science. Les quelques analogies exposées ci-dessus méritent d'être approfondies par un examen plus détaillé du raisonnement juridique. Nous chercherons dans la prochaine section, à travers l'examen de quelques aspects du raisonnement judiciaire jadis fondé sur une méthode dialectique qui laissait beaucoup de place à toutes sortes d'arguments non normatifs, si on peut retrouver dans ce raisonnement quelques manifestations d'une forme inductive-déductive.

2. L'esprit scientifique et l'argumentation judiciaire

Nous aborderons, dans cette section, quelques traits de la logique du raisonnement judiciaire tel qu'il se présente dans les décisions contemporaines. À ce stade de l'exposé, nous ne nous interrogerons pas encore sur l'origine historique de ce raisonnement. Cet examen sera effectué dans notre troisième partie.

Le raisonnement judiciaire consiste essentiellement à mettre en lumière les faits et le droit, puis à rendre un jugement. Il est souvent difficile de distinguer le raisonnement judiciaire du raisonnement juridique. De la même façon, dans la section précédente, la logique de la structure juridique était souvent superposable à la logique de l'esprit juridique. Cette juxtaposition ne semble pas gênante en soi, mais elle ne doit pas nous faire dévier inconsciemment vers une analyse trop large. Ici encore nous conserverons le terme « logique », bien que

nous déborderons de la logique stricte (inférence déductive[668]). Enfin, comme il a été dit plus haut, le thème de l'argumentation judiciaire est assez vaste. Il ne faudra pas s'étonner de voir revenir quelques notions déjà évoquées dans les sections précédentes. L'esprit scientifique est un tout et chaque caractère ne peut être complètement séparé de l'ensemble. Cette section se propose donc de déceler, le cas échéant, la présence du raisonnement inductif-déductif à travers l'analyse de l'argumentation judiciaire des deux systèmes juridiques anglo-saxon et romano-germanique.

L'analogie entre la procédure des tribunaux traditionnels et le protocole de la recherche scientifique est frappante[669]. En effet, les tribunaux, tout comme la recherche scientifique, semblent chercher à utiliser une méthode objective afin de parvenir à découvrir la vérité, tant à l'égard des faits qu'à l'égard des règles juridiques[670]. C'est souvent à tort que l'on conçoit le déroulement moderne de la justice comme relevant exclusivement de la technique. Certes, de nombreuses techniques sont utilisées, mais en bout de ligne, la recherche de la justice importe[671], et non la technique pour elle-même ou pour une fin moins élaborée. Les techniques utilisées sont même beaucoup plus semblables qu'on ne le pense[672]. Par exemple, le cheminement classique de l'expérimentation scientifique se déroule en trois étapes. Il commence par la réalisation d'un *protocole d'expérimentation,* duquel on obtient des *résultats* qui sont ensuite analysés dans la *discussion.* Un procès fait lui aussi appel à une activité organisée (le protocole). Celle-là conduit à mettre en évidence les faits et leur rapport aux règles juridiques (les résultats). Le travail du juge consiste aussi à analyser cette

---

668 Georges KALINOWSKI, « L'interprétation du droit: ses règles juridiques et logiques », (1985) 30 *Archives de philosophie du droit* 171-180, p. 176.

669 Voir Bruno LATOUR, *Politiques de la nature - Comment faire entrer les sciences en démocratie,* Paris: La Découverte, 1999 et du même auteur: *Nous n'avons jamais été modernes- Essai d'anthropologie symétrique,* Paris: La Découverte/Poche, 1997, p. 113.

670 J. PARAIN-VIAL, « La nature du concept juridique et la logique », (1966) pp. 49-50 et 56, précité note 624.

671 Nous convenons ici que, dans le processus judiciaire, la recherche de la vérité est secondaire au respect de la justice laquelle est assurée par les règles de preuve et de procédure. Par exemple, si la preuve testimoniale ne peut être admise en vertu des règles de procédure, un contrat verbal pourra difficilement être établi en justice, même si le juge sait que ce contrat existe.

672 « *In sum, evidence is central to law and to science. The differences in the procedures for establishing facts in the two realms are starkly different, but the differences are explicable and, in a sense, superficial. The proof of facts, in law as in science, ultimately is a matter of inductive logic, and, I believe, the same logic governs both enterprises.* », D.H. KAYE, «Proof in Law and Science», (1992) 32 *Jurimetrics Journal* 313-322, p. 318.

preuve présentée devant lui. De plus, dans les deux cas, même s'il ne le devrait pas, le chercheur débute souvent avec un préjugé de base et une bonne idée du résultat. Notons ici que la recherche de la vérité doit souvent passer après le respect des règles de preuve ou de procédure, car, en bout ligne, le juge ne cherche pas, contrairement à la science, à établir la vérité, mais à rendre justice. Toutefois, il semble difficile de concevoir une justice qui nierait l'importance de la vérité. S'il est vrai que l'objectif du juge ne cherche pas fondamentalement à établir la vérité, et ne fait donc pas preuve d'autant d'objectivité que le scientifique vis-à-vis de la réalité, il n'empêche que le juge ne peut pas inventer les faits ni déroger aux règles de droit. Son travail consiste donc à faire un lien inductif (dans son sens large) entre les faits mis en preuve et les règles de droit.

Cependant, un détail reste préoccupant: comme l'écrit Maurice Tancelin en résumant la pensée de Bruno Latour, «le droit a, lui, depuis des temps immémoriaux mis au point une procédure de fabrication des faits: le droit de la preuve. (...) (L)es savants font parler la nature dans leurs expériences, à l'image des juges qui font parler les témoins, ou à défaut de témoins, les faits présumés»[673]. Faut-il en déduire que le raisonnement judiciaire n'aurait pu avoir été influencé par un esprit scientifique moderne postérieur ? Autrement dit, l'esprit scientifique se serait-il inspiré de la démonstration judiciaire, l'un ayant chronologiquement précédé l'autre ? En fait, M. Tancelin ne semble traiter que de la « fabrication des faits » alors que le raisonnement juridique moderne comprend aussi et surtout, la relation entre les faits et le droit. Michel Villey a amplement démontré, des Grecs jusqu'à Descartes, la forme dialectique employée par le raisonnement judiciaire visant à inventer le droit plutôt qu'à le démontrer. Il ne semblait pas s'agir de faire un lien entre des faits et des règles préétablies, mais plutôt de chercher une solution juste proche d'une loi naturelle diffuse; une loi indépendante d'une loi déjà écrite[674]. Il est donc possible que, comme le dit Maurice Tancelin, la technique de l'expérimentation se soit inspirée de la technique des procès de mise en valeur des faits. Mais, M. Villey l'explique bien, la relation entre les faits et

---

673 Maurice TANCELIN, « La modernité du droit vue à travers l'anthropologie dogmatique et la sociologie des sciences », (2000) 41 *Les Cahiers de Droit* 513, p. 587.

les règles juridiques a changé. Le raisonnement judiciaire moderne ne vise plus à inventer, mais à comprendre le lien entre les faits et la règle. Le raisonnement judiciaire moderne s'inscrirait donc dans une conception normativiste du droit. De même, l'expérimentation scientifique viserait le plus souvent à confronter les données avec l'*organisation* des lois scientifiques préétablies.

Le respect des règles établies ne supprime pas forcément la créativité des scientifiques ou des juges dans l'élaboration de nouvelles lois ou de nouvelles règles, lorsque les faits l'exigent. Valentin Petev apportait le même point de vue en 1985: « Le juge ne tranche pas les litiges sur le plan de règles juridiques toujours préétablies. Il est souvent appelé à combler des lacunes de l'ordre normatif et à créer de nouvelles normes de droit dont la portée dépasse le cas particulier »[675]. Ces règles doivent toutefois être en harmonie avec le système en place.

Cela nous ramène à l'argumentation de départ: bien que l'analogie entre l'expérimentation et la preuve judiciaire soit frappante, nous devons admettre que cet aspect n'est pas le plus convaincant. Selon nous, une manifestation de l'influence de l'esprit scientifique dans le raisonnement judiciaire devait être reconnue dans la relation entre les faits et les règles juridiques plus que dans la technique de mise en évidence des faits. Ce raisonnement juridique de nature inductive nous semble véritablement l'indice prépondérant de la manifestation d'une rationalité scientifique. Ainsi, comme l'écrit Chaïm Perelman (dont le nom est associé à la mise au jour d'une logique spécifique de l'argumentation[676]), la décision du juge « sera motivée, à l'aide d'un raisonnement qui devra montrer grâce à quelles démarches, relevant de la logique juridique, le jugement se rattache au système de droit auquel le juge doit se conformer »[677]. Ici encore, la

---

[674] M. VILLEY, « Liminaire: Données historiques », (1966), p. X et XI, précité note 32.

[675] V. V. PETEV, «Structures rationnelles et implications sociologiques de la jurisprudence», (1985), p. 182, précité note 59.

[676] R. POIRIER, « Rationalité juridique et rationalité scientifique », (1978) p. 18, précité note 641; P. COSMOVICI, « La logique juridique à la lumière du rapport entre la logique et les autres sciences », 1971, pp. 464-465, précité note 333; Chaïm PERELMAN, *Logique juridique - Nouvelle rhétorique*, 1976, précité note 625; du même auteur: *Droit, morale et philosophie*, 2e éd., Paris: L.G.D.J., 1976.

[677] C. PERELMAN, « Raisonnement juridique et logique juridique », (1966) p. 6, précité note 625; voir aussi du même auteur: *Logique juridique - Nouvelle rhétorique, ibid.*.

logique de la technique juridique[678] ne semble pas être la principale empreinte d'un esprit scientifique; le critère majeur résiderait surtout dans le rattachement de la décision au système de droit: « La rationalité de la décision judiciaire se révèle, dans cette analyse, comme une rationalité institutionnelle qui consiste exactement dans la conformité de la décision aux normes qui la concernent »[679]. Ce rattachement semble reconnaître l'importance, voire la supériorité des règles théoriques et de leur *universalité*.

On semble retrouver, dans « le débat judiciaire » à la fois la ratification éventuelle des règles (test poppérien des paradigmes juridiques) par le milieu, mais aussi un ajustement des règles à la réalité. Cet ajustement s'opérerait lorsque les tribunaux interprètent une règle confuse ou trop générale. Nous donnerions donc raison à René Poirier dans son insistance à voir un parallèle entre l'argumentation juridique et le raisonnement scientifique inductif-déductif[680]. Cet auteur a fait, lui aussi, l'analogie entre l'argumentation juridique et la méthode fondamentale des sciences, mais de façon différente, moins technique. Selon R. Poirier, le débat judiciaire se retrouve, dans les sciences naturelles, à l'occasion « des colloques ou dans les revues ou les livres et non au prétoire, mais cela ne change que le cadre des plaidoiries ! »[681]. Il ajoute que chez les scientifiques tout comme chez les avocats, il arrive peu souvent « que de la discussion jaillissent spontanément la lumière ou la vérité »[682].

René Poirier fait un deuxième parallèle, entre les logiques de la science et de l'argumentation juridique:

> « Il y a effectivement une logique formelle adaptée à l'argumentation. (...) Cette logique des arguments est une logique de la probabilité

---

678 Voir à titre d'exemple: G. KALINOWSKI, « L'interprétation du droit ses règles juridiques et logiques », (1985) précité note 668.

679 V. V. PETEV, «Structures rationnelles et implications sociologiques de la jurisprudence», (1985), p. 189, précité note 59.

680 « A vrai dire, ce que je contesterai quelque peu, ce n'est pas le schéma lui-même, mais sa spécificité, car je ne vois rien là qui s'oppose à la dialectique inductivo-déductive qui est la méthode fondamentale des sciences de la Nature. », R. POIRIER, « Rationalité juridique et rationalité scientifique », (1978) p. 19, précité note 641.

681 *Ibid.*.

682 *Ibid.*.

intensive. Cette logique s'applique tout naturellement aux problèmes juridiques, qu'il s'agisse de justifier un acte législatif ou une décision jurisprudentielle. Mais elle n'a rien de spécifique à cet égard, elle est une logique de l'induction au sens le plus large, c'est-à-dire de la détermination des causes au sens très ouvert que ce mot prend en épistémologie: causes-lois, causes-agents, causes-structures »[683].

Dans ce passage, René Poirier semble reconnaître, dans l'argumentation juridique, la logique inductive de la démonstration des sciences expérimentales[684]. Il s'agit par exemple d'un lien causal entre les règles nouvelles et les règles bien établies (qui ont déjà fait leur preuve).

Cet auteur souligne aussi, au sein du processus judiciaire (et plus largement dans le raisonnement juridique), la présence d'une logique *déductive*[685]. Cette logique s'appliquerait en priorité lorsque le juge cherche à justifier ses conclusions. Le juge prendrait donc aussi en compte d'autres modes de raisonnements justificatifs:

« A cette fin, il cherche d'abord dans le code le texte qui convient le mieux. Si celui-ci s'applique à la lettre, la solution est obtenue par voie déductive. Mais dans le cas contraire, le plus fréquent, il faut faire appel à toute une exégèse, toute une herméneutique non déductives. Tantôt le juge se contente d'étendre ou de limiter le sens et la portée d'un terme ou d'une disposition légale. Tantôt il procède par analogie fondée sur le bon sens, l'expérience, la coutume, les précédents.

---

683 *Ibid.*, p. 20; « Le juge a à appliquer la norme juridique en disant le droit dans ce cas. Lors de ce procès intellectuel de délibération sur les faits et les normes ses raisonnements adoptent des structures comparables, d'une part, aux actes cognitifs du chercheur en sciences naturelles, par des constatations et propositions de fait, et, d'autre part, au mode de penser du logicien ainsi qu'à la tâche de l'interprète des textes écrits. », V. V. PETEV, «Structures rationnelles et implications sociologiques de la jurisprudence», (1985), p. 182, précité note 59.

684 Voir aussi: P. COSMOVICI, « La logique juridique à la lumière du rapport entre la logique et les autres sciences », 1971, p. 465, précité note 333.

685 « En dépit du fait que certaines gens, au demeurant compétents, récusent régulièrement l'idée que le droit accorde une certaine place au raisonnement déductif ou même à la logique, le présent ouvrage affirme sans détour qu'une forme de raisonnement déductif est fondamentalement à l'œuvre dans le raisonnement juridique. [...] En conséquence, la logique d'application des règles de droit est fondamentalement celle de la logique du droit que l'on retrouve dans le paradigme moderne de la rationalité juridique identifié par le concept de " Règle de droit". », Neil MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, 1978/1996, pp. VII et VIII, précité note 376.

> Tantôt il bouche les trous de la législation en faisant appel à d'autres sources officieuses du droit, à des principes généraux. (...) Et parfois il légifère véritablement. (...) Ainsi, l'exégèse jurisprudentielle n'est pas une déduction à partir de prémisses parfaitement définies, mais une adaptation des textes aux exigences d'une expérience normative elle-même construite suivant une certaine logique, d'ailleurs non spécifique »[686].

L'analogie de René Poirier est ici plus technique; elle touche, non plus la reconnaissance par les pairs, mais la justification de chaque décision. Chaque juge serait amené à établir un lien causal entre la loi (théorie) et les faits (réalité). La nature déductive du raisonnement judiciaire se retrouve, ici, dans la prise de décision elle-même.

Ce processus intellectuel de démonstration semble être partagé par D.H. Kaye. Selon cet auteur, le juriste utiliserait des méthodes rationnelles non logiques (au sens restreint du terme) pour répondre aux objectifs du droit[687]. Cependant, D.H. Kaye semble faire une distinction entre le raisonnement du droit par analogies et la méthode scientifique. Ainsi , même si parfois les raisonnements par analogie ont une place dans les sciences, ils ne constitueraient pas un mode de preuve rigoureux[688]. Ce n'est pas l'avis de René Poirier, derrière lequel nous nous rangeons. Selon R. Poirier, la science serait trop souvent placée sur un piédestal:

> « la méthode herméneutique d'application des lois à la réalité concrète ne diffère en rien de la méthode suivant laquelle on passe des théories scientifiques à l'expérience correspondante (...). Le rattachement se fait de la même manière. (...) En réalité, ni la théorie ni l'expérience ne sont jamais définies d'une manière rigoureuse et pas davantage leur confrontation. (...) Il faut toute une critique de l'expérience pour que des observations concrètes puissent être traduites dans le langage de

---

686 R. POIRIER, « Rationalité juridique et rationalité scientifique », (1978) p. 25, précité note 641.
687 D.H. KAYE, « Proof in Law and Science », (1992) pp. 319-321, précité note 672.
688 *Ibid.*, p. 321.

> la théorie et confrontées au phénomène théorique qu'elles matérialisent. (...) (De même,) (t)oute théorie scientifique porte sur un schéma incomplètement défini »[689].

Ainsi, dans le cas de la science ou de la jurisprudence, les applications expérimentales ou judiciaires feraient en sorte que « les théories et les lois scientifiques, non seulement se renouvellent, comme les législations, mais que, en gardant leur nom et même leur forme apparente, elles peuvent et doivent être interprétées, complétées, transformées, afin de pouvoir être confrontées avec des faits expérimentaux, si bien qu'à cette occasion elles sont l'objet d'une véritable herméneutique »[690]. Nous voyons ici la recherche d'une objectivité tant dans l'interprétation que dans la création des normes (la théorie).

Pour revenir à l'induction, la théorie juridique, produite par le juge ou le législateur devrait subir le test de la pratique. On peut faire ici encore un parallèle avec la mise à l'épreuve de Karl Popper. Or, selon Valentin Petev, on ne saurait prendre les règles juridiques sans se référer au contexte social:

> « Il y a lieu, cependant, de préciser que la rationalité judiciaire ne se réduit pas, dans le contexte des normes, à l'observation de leurs structures logiques et des règles d'inférence. Les exigences logiques de toute sorte sont, bien sûr, à observer. Mais en outre, et par essence de sa tâche, le juge est appelé à pénétrer dans le contenu des normes, à établir le sens des dispositions normatives en fonction de leur teneur socio-axiologique. (...) en interprétant les règles législatives et en effectuant des règles individuelles, relatives au cas donné, le juge fait recours aux valeurs actuellement partagées en société qui sont de caractère historique, c'est-à-dire, correspondant aux conceptions politique et éthique de l'époque. C'est pour cette raison, et non pas parce qu'elle répond à une rationalité prétendue absolue que la décision judiciaire, qui est en accord avec ces valeurs, sera

---

689 *Ibid.*, p. 26.
690 *Ibid.*, p. 27.

acceptable et acceptée par les justiciables aussi bien que dans la société en général »[691].

Valentin Petev semble corroborer ici le fait que l'induction (i.e. rattachement de la théorie à la réalité) juridique puisse aussi se retrouver dans le domaine judiciaire. René Poirier appelle cela l'herméneutique juridique. Il est important de souligner que l'herméneutique juridique à laquelle fait allusion R. Poirier, semble être une « exégèse législative » dont l'objectif serait de rattacher les règles, ou la théorie du droit, aux applications judiciaires. Or, ce processus ou modèle de raisonnement judiciaire ne semble pas être propre au système (civiliste) romano-germanique.

Richard A. Wasserstrom, empreint d'une ouverture d'esprit appréciable, décrit lui aussi en *common law* la présence d'une justification déductive[692]. Tout comme René Poirier[693], bien qu'il ne fasse pas l'analogie entre science et droit, R.A. Wasserstrom décrit un processus de justification judiciaire fondé sur une prémisse. Ainsi, il entérine l'opinion de Jerome Frank:

> « *He asserts ((J. Frank)), and I think wholly correctly, that there is a sense in which judging of all kinds begins "with a conclusion more or less vaguely formed; a man ordinarily starts with such a conclusion and afterwards tries to find the premises which will substantiate it. If he cannot, to his satisfaction, find proper arguments, ... he will, unless he is*

---

691 V. V. PETEV, «Structures rationnelles et implications sociologiques de la jurisprudence», (1985), p. 189, précité note 59.

692 Notons que tout comme R. Poirier, R. A. Wasserstrom ne prétend pas que le raisonnement judicaire est exclusivement déductif: « *I am not suggesting here that [...] as a matter of fact there were or are objective criteria to which the courts have appealed in resolving the kinds of problems that could not be resolved by invoking the aid of the syllogism. Nor, for that matter, am I implying that the talk about "giving good reasons" or "appealing to objective criteria" is itself free from imprecision. I am arguing only that many legal philosophers are surely mistaken if they infer the inherent arbitrariness of the judicial decision process from the limited utility of formal, deductive logic. It may not make sense to describe the judicial decision process as a completely deductive one.* », Richard A. WASSERSTROM, *The judicial decision - Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford: Standford University Press, 1961, p. 24.

693 Voir la section précédente.

arbitrary or mad, reject the conclusion and seek another. [694]" *This is roughly what I mean by justification.* »[695]

Ces deux auteurs (Jerome Frank et Richard A. Wasserstrom) font ressortir, selon nous, l'existence d'un processus de justification du *common law* semblable à celui du droit civiliste. Selon R.A. Wasserstrom, la justification judiciaire ferait aussi appel à des arguments rationnels différents de ceux de la logique déductive pure.

En résumé, nous avons vu qu'en dépit d'une grande similarité entre les techniques de la recherche scientifique et les techniques du raisonnement judiciaire, nous avons plutôt mis l'accent sur un autre aspect permettant de faire un rapprochement entre la science et le droit. Les tribunaux semblaient avoir le souci de rattacher les faits à la règle de droit. Ce procédé pourrait être qualifié d'inductif lorsque le juge doit interpréter la règle. Il relèverait plutôt de la déduction lorsque le juge applique une règle claire ou éclairée. Toutefois, le raisonnement inductif-déductif du juge ne saurait réclamer la même objectivité que la démonstration scientifique à l'égard de la vérité car le juge vise avant tout à rendre justice, fût-ce aux dépens de la vérité. Selon nous, cela ne remet pas en question l'analogie entre le raisonnement judiciaire et le raisonnement scientifique. Il ne s'agit en fin de compte que d'une analogie.

Attaché à ce point à la règle, ce type de raisonnement nous apparaît caractéristique du positivisme juridique. Nous nous attarderons dans la prochaine section à approfondir ce lien entre l'esprit scientifique et le positivisme juridique que d'autres auteurs ont perçu avant nous.

---

694 Jerome FRANK, *Law and the Modern Mind*, New York: Tudor Publishing Co., 1936, p. 100.

695 R. A. WASSERSTROM, *The judicial decision - Toward a Theory of Legal Justification*, 1961, p. 29, précité note 692.

3. Le positivisme juridique et la pensée inductive-déductive

Certains juristes ont envié les mérites de la science[696]. Par exemple, François Gény[697] semblait reconnaître la piètre performance scientifique des disciplines qui « étudient les manifestations conscientes ou inconscientes de l'activité humaine » lorsqu'on compare leurs méthodes aux méthodologies des sciences mathématiques (méthode déductive) ou des sciences physiques (méthode inductive). Mais il plaçait le droit positif dans une catégorie à part: « en tout cela, d'ailleurs, aucune place bien définie n'apparaît assignée au droit positif. (...) Et, du moment que toute discipline scientifique reçoit une méthode adaptée à sa nature, le droit positif doit avoir la sienne »[698].

La concomitance, au début du 19e siècle, entre l'apparition de l'approche positiviste du droit et la popularité de l'esprit scientifique nous amène à examiner de plus près le positivisme juridique. Étant donné ce synchronisme, on peut se demander si le positivisme juridique n'aurait pas un lien avec la *mentalité scientifique*? Nous réfléchirons à cette question dans les sections suivantes.

Ce travail sera effectué en examinant trois théories parfois opposées, parfois expliquant la nature et l'origine du positivisme juridique. La première théorie analysée sera celle du droit naturel moderne, souvent perçue comme un retour aux véritables fondements du droit. La seconde théorie explique la conception du droit post-révolutionnaire comme l'apogée de la pensée rationnelle dont les germes dateraient du 16e siècle. La troisième théorie explique l'importance attribuée à la loi comme une conséquence de l'évolution socio-historique. Ces trois théories seront examinées l'une après l'autre afin de vérifier si elles interdisent d'autres explications ou si, au contraire, il n'y aurait pas aussi la place pour

---

696 Michel TROPER, «Les théories volontaristes du droit: ontologie et théorie de la science du droit», dans: Paul AMSELEK et Christophe GRZEGORCZYK, *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris: Presses univesitaires de France, p. 57; « Paul Hazard rapporte que (*La pensée européenne au XVIIIe siècle*, tome I, p. 176), dans les Académies, dans les chaires et jusque dans la vieille Sorbonne, on commente les œuvres de Newton; on le met même à la porté du grand public et, par exemple, Algarotti tente, en Italie, ce que Voltaire venait de faire en France. Sur la foi du marquis d'Argens, on vit même des avocats abandonner le barreau pour s'occuper de l'attraction, et des ecclésiastiques oublier pour elle leurs exercices théologiques! », S. GOYARD-FABRE, *La philosophie des Lumières en France*, 1972, p. 155, précité note 423.

697 F. GÉNY, *Science et Technique en droit privé positif*, 1914, pp.168-171, précité note 1.

d'autres interprétations complémentaires, telle la présence d'une influence de la science.

a) Le droit naturel, le positivisme juridique et l'esprit inductif-déductif

La science est souvent dénoncée pour l'impérialisme de ses vérités. C'est un peu contre ce type de connaissance monopolisante que Jürgen Habermas aurait réagi:

> « (La) double critique du positivisme, scientifique et philosophique, est inséparable de la lutte que mène J. Habermas contre l'objectivisme technocratique. Technicisme et positivisme sont les deux visages d'une même illusion idéologique. L'un et l'autre aboutissent en effet à une même scotomisation de la *rationalité*. Le positivisme érige les stricts canons méthodologiques des sciences exactes au rang d'exigences, exclusives de tout autre type de connaissance »[699].

Ce passage de Jean-René Ladmiral décrit le positivisme comme un regard particulier (pour ne pas dire trompeur) sur la science et de la philosophie. Nous retenons ici que le positivisme et la science ne sont pas étrangers l'un à l'autre.

La perception la plus répandue du positivisme juridique consisterait à le voir comme une appréhension du droit à travers les règles positives exclusivement [700]. Cette forme de positivisme n'est pas limitée aux lois et s'applique à travers toutes les sources de règles juridiques:

> « On appelle « droit positif » les règles juridiques en vigueur dans un État, quel que soit d'ailleurs leur caractère particulier, constitutions, lois, décrets, ordonnances, coutumes, jurisprudence. Ces règles sont

---

[698] *Ibid.*, pp. 171-172.

[699] J. HABERMAS, *La technique et la science comme idéologie*, 1973, préface p. XXXIV, précité note 12.

[700] Selon Luc Tremblay, le positivisme « postule que la connaissance en droit ne peut être vraie que si elle se fonde sur des faits (physiques ou psychologiques) qui existent objectivement dans la réalité extérieure, de sorte que l'on peut, en principe, les observer, les décrire ou les expliquer tels qu'ils sont, sans faire intervenir nos préjugés, nos

«positives» en ce sens qu'elles forment un objet d'étude concret et certain; on les connaît; elles ont un texte, une formule arrêtée et précise; elles résultent d'un ensemble de faits et de notions qui peuvent être mis hors de contestation »[701].

Puisque la règle - plus que la loi - semble être au cœur du positivisme juridique, ce courant pourrait donc aussi être présent dans le système de *common law*[702]. Lorsqu'on parle de positivisme juridique, la distinction entre la règle et la loi est importante, particulièrement dans les systèmes « civilistes ». Au Québec par exemple, André Morel, qui s'est penché sur l'évolution des sources du droit, constate l'entrée en scène de « l'hégémonie de la loi » aux environs de 1880[703]. Pourtant, le positivisme juridique était vraisemblablement implanté au Québec comme en France depuis le début du 19e siècle. En effet, avant même la codification de 1866, les juristes (avocats ou juges) avaient pris l'habitude de se référer à la doctrine de l'ancien droit français. Cela les orientait dans la compréhension et l'application des *règles juridiques*[704]. Si l'on restreignait le positivisme juridique à l'hégémonie de la loi, on pourrait conclure à son apparition au Québec seulement à la fin du 19e siècle. Or, l'importance accordée à la règle laisse entrevoir l'implantation d'une mentalité positiviste chez les juristes québécois dès le début du 19e siècle. Le positivisme juridique pourrait donc avoir précédé l'hégémonie de la loi.

Maintenant que l'on a distingué positivisme et importance de la loi, vérifions quand et comment reconnaître le positivisme juridique.

---

valeurs ou notre vision du monde, métaphysique ou théologique. », Luc B. TREMBLAY, « Le normatif et le descriptif en théorie du droit », (2002-03) p. 72, précité note 17.

701 M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 1928, p. 2, précité note 544.

702 Voir à ce sujet: John AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), 2e éd, New York: B. Franklin, 1970; H.L.A. HART, *The Concept of Law* 89-96, 1961; Ronald D. DWORKIN, « The Model of Rules », (1965), pp. 17-22, précité note 60.

703 André MOREL, « L'émergence du nouvel ordre juridique instauré par le Code civil du Bas-Canada (1866-1890) », dans *Les Journées Maximilien Caron 1992, Le nouveau Code civil - interprétation et application*, Montréal: Les Éditions Thémis, 1993, 49-63, pp. 60-63.

704 Comme le *Code civil du Bas-Canada* se voulait, à quelques exceptions près, une continuité du droit antérieur, l'habitude de rechercher les règles dans les commentaires doctrinaux (anciens et nouveaux) perdura jusqu'en 1880; voir à ce sujet *ibid.*; voir aussi: H.P. GLENN, « Persuasive Authority », (1987) 32 *McGill L.J.* 261, pp. 271, 290-291; F. P. WALTON, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, 1980, précité note 155; D. HOWES, « From Polyjurality to Monojurality: The Transformation of Quebec Law, 1875-1929 », (1986-1987) 32 *McGill L.J.* 523.

Il arrive qu'on oppose positivisme juridique et droit naturel. Marcel Planiol décrit ce dernier comme « un petit nombre de maximes, fondées sur l'équité et le bon sens, qui s'imposent au législateur lui-même, et d'après lesquelles l'œuvre législative pourra être appréciée, louée ou critiquée. Le droit naturel n'est ni la loi ni l'idéal de la loi; il est la règle suprême de la législation. Si le législateur s'en écarte, il fait une loi injuste ou mauvaise »[705]. Cette description de Marcel Planiol, bien qu'elle semble soumettre la règle de droit à des valeurs supérieures, n'en laisse pas moins la règle au centre du droit. Il semblerait donc s'agir d'une forme dérivée de positivisme qualifiée de droit naturel (jusnaturalisme)[706]. Le positivisme juridique strict contrairement au droit naturel classique[707] se rapporterait à la règle elle-même de façon systématique.

Ainsi, pour les besoins de notre thèse, nous aurions été tentés d'utiliser une notion de positivisme juridique élargie incluant la théorie *moderne* du droit naturel car elle semblait, elle aussi, réserver au sein de son organisation une place dominante à la règle juridique. Comme le disait Michel Villey, la science aurait influencé le droit en générant tout d'abord la théorie du droit naturel pour s'acheminer vers un positivisme juridique plus déférent de la règle:

> « La science commença d'envahir le droit, partant de principes soi-disant rationnels de moralité dont on affectait de déduire un système de règles juridiques (dans l'École moderne de Droit naturel). Cette espèce de science n'existe plus à l'état pur. Mais vivante est encore l'idée d'une science du droit déduite des *lois*, l'autorité des commandements de la loi se trouvant fondée sur les vestiges de

---

[705] M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 1928, p. 3, précité note 544; « On reconnaît dans cette définition du droit naturel une concommitance avec les idées de Kelsen qui a mis en avant une « pyramide des normes » instituant au sommet une «norme fondamentale comme substrat de chaque système juridique », M. WALINE, « Positivisme philosophique, juridique et sociologique », 1933, p. 524, précité note 38.

[706] Notons que nous ne faisons pas référence ici au jusnaturalisme classique d'Aristote repris par Thomas d'Aquin, mais au droit naturel moderne c'est à dire, avant tout, un droit des individus.. Pour deux perceptions différentes du droit naturel d'Aristote et Thomas d'Aquin, voir: Georges KALINOWSKI et Michel VILLEY, « La mobilité du droit naturel chez Aristote et Thomas d'Aquin », (1984) 29 *Archives de philosophie du droit* 187-199.

[707] Rappelons que le droit naturel classique fait référence à un droit qui, dans le cadre d'un débat dialectique, envisage toutes sortes d'arguments afin d'apporter une solution aux litiges. Ainsi, la règle n'est pas la seule référence et entre dans le débat au même niveau que la rhétorique, l'équité, les conséquences de la décision, les valeurs sociales, etc.. Ainsi, ce type de droit considère l'ensemble de l'environnement des belligérants et en ce sens est qualifié de droit naturel..

> l'ancienne doctrine du contrat social, à moins qu'on néglige de le justifier. (...) Mais, à leur tour, les sciences dites *expérimentales*, d'abord cantonnées au domaine de la nature physique, ont gagné le droit. Parfois, conjuguées aux sciences « normatives »: le positivisme légaliste du XIX[e] siècle se donnait pour tâche d'étudier les « lois telles qu'elles sont » et s'observent en fait et leurs conséquences logiques »[708].

Bien qu'il n'étoffe pas la démonstration dans son article, Michel Villey fait un lien entre la naissance du positivisme juridique et la recherche d'une conception scientifique du droit. Ce faisant, il distingue aussi clairement le droit naturel moderne et le positivisme. Le premier serait issu des mathématiques, c'est-à-dire une science purement rationnelle alors que le second se serait plutôt construit en suivant le modèle des sciences expérimentales. André-Jean Arnaud, étudiant de Michel Villey, semble situer le passage du jusnaturalisme au positivisme vers la fin du 18[e] siècle: « Les artisans du Code civil ont-ils suivi Pothier, pour qui le terme comprenait aussi bien les lois naturelles que les lois civiles? Ce n'est pas l'opinion du législateur de l'an VIII, qui joint, au terme « loi », celui de « règlements ». La loi qui peut limiter le droit de propriété est la loi positive »[709].

Michel Villey semble réserver aussi l'influence des sciences naturelles au positivisme « légaliste ». Cette perception d'une science du droit imposant les lois positives se confirme par la définition qu'en donnent Grzergorczyk, Michaut et Troper, eux-mêmes inspirés d'autres auteurs tels que Hart[710] et Bobbio[711]:

---

[708] Michel VILLEY, « Les rapports de la science juridique et de la philosophie du droit », (1978) 23 *Archives de Philosophie du Droit* 363-368, p. 365.

[709] A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français*, 1969, p. 193, précité note 618.

[710] H.L.A. HART, «Positivism and the Separation of Law and Morals», *Harvard Law Review* 1958, reproduit dans *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 56, n. 25.

[711] « Les caractérisations positives de Bobbio sont les suivantes: En premier lieu, le positivisme est un mode d'approche du droit, fondé sur la volonté de construire une science positive du droit sur le modèle des sciences de la nature, c'est-à-dire fondée sur les principes d'une philosophie empiriste. En second lieu, le positivisme est une certaine théorie du droit, selon laquelle le droit n'est qu'un ensemble de commandements émanant de l'État et assortis de sanctions. En troisième lieu, le positivisme est une idéologie selon laquelle le droit en vigueur est juste et doit être obéi. », Christophe GRZEGORCZYK, Françoise MICHAUT et Michel TROPER, *Le positivisme juridique*, Paris: L.G.D.J., 1992, p. 27, voir: Noberto BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milan: Edizioni di Comunità, 1972, p. 103.

> « (E)st considéré comme positiviste (...) tout auteur qui adopte l'approche empirique, c'est-à-dire qui manifeste sa volonté de construire une science du droit, sur l'un des modèles des sciences de la nature »[712].

Le droit naturel moderne serait presque opposé à cette définition, car il semble être essentiellement rationnel[713]. La science serait fondée sur les lois naturelles objectivées. Le scientifique devrait obligatoirement se référer aux paradigmes existants (ne serait-ce que pour s'y objecter). Si la même mentalité devait être appliquée au juriste, celui-ci aurait probablement tendance à construire un droit en se référant à la « loi » sociale, soit la règle juridique. Un auteur anglais, dont l'ouvrage voulait identifier toutes les innovations et découvertes scientifiques dont le droit devrait tenir compte au 19e siècle, illustre fort bien une analogie possible entre science et droit dans les termes suivants:

> « *As the mathematician, by reasoning, draws from given mathematical ideas, further ideas as consequences, so the lawyer elicits, from given rules of law, further ideas and principles, drawing, as it were, previously unthought-of consequences out of the store of the mind* »[714].

Contrairement aux adeptes du cartésianisme du 18e siècle, l'auteur semble utiliser la rationalité des mathématiques, non pas pour justifier un droit naturel rationnel, mais au contraire pour justifier la logique déductive du positivisme.

Le positivisme juridique serait donc tributaire de la règle, mais sans en être l'esclave. En effet, il impliquerait aussi une forme d'induction permettant aux faits et aux autres règles soit de mettre en lumière de nouvelles règles soit de circonscrire la signification d'une règle donnée. Le lien avec le reste du droit et la réalité ferait partie intégrante du positivisme. A. Boistel défenseur du droit naturel arrive paradoxalement à décrire ce phénomène d'induction:

---

712 C. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT et M. TROPER, *ibid.*, p. 27.

713 « *After all, one of the attractions of natural law is that we can reach moral truths through pure reason* », M.D.A. FREEMAN, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 2001, p. 92, précité note 324.

> « le travail intellectuel de l'interprète doit être essentiellement réaliste et objectif, doit s'appuyer, d'une part, sur des données intellectuelles que le cerveau ne produit pas, mais qu'il trouve dans le fonds universel de la raison humaine, d'autre part, sur une analyse précise et sérieuse des faits sociaux qu'il s'agit de régir, sur des rapports très réels, quoique souvent d'ordre purement immatériel, existant dans le milieu qu'il s'agit de régir, et non pas sur des faits possibles ou imaginaires ou appartenant à d'autres milieux, que l'imagination de l'auteur ne lui suggère que trop facilement; nous en avons maints exemples. C'est cette liberté d'investigation scientifique, à la fois autonome et pondérée par le respect de l'intention, honnêtement recherchée, du législateur, que réclament les penseurs qui ont pris la tâche d'étudier à fond le *Droit civil* en tant qu'il est applicable à notre pays (nous soulignons) »[715].

C'est un peu comme si A. Boistel mettait la raison au service de la règle, lui qui pourtant réclame la subordination des règles aux valeurs fondamentales inhérentes à l'homme. Même s'il se rétracte implicitement dans ses arguments ultérieurs, ses propos illustrent néanmoins fort bien ici le travail inductif du juriste et éventuellement une recherche d'objectivité.

Il semble bien que nous devions dissocier le droit naturel moderne du positivisme juridique. En effet, si le droit naturel était essentiellement le fait du rationalisme, il lui manquerait alors l'induction, c'est-à-dire, le rattachement de la théorie à la réalité, selon une méthode se voulant objective; c'est-à-dire mettant la priorité sur l'objet. Or le positivisme semble vouloir tendre vers ce caractère de l'esprit scientifique. De ce fait, certains partisans du droit naturel sont peut-être plus positivistes qu'ils ne l'imaginent. En effet, le simple fait de soumettre la règle à des

---

714 Auteur inconnu, *Elements of the logical and experimental sciences considered in their relation to the practice of the law*, 1835, pp. 486-487 et 493, précité note 344.

715 A. BOISTEL, « Le Code civil et la Philosophie du Droit », dans: SOCIÉTÉ D'ÉTUDES LÉGISLATIVE, *Le Code civil - 1804-1904 - Livre du centenaire*, t. I, Paris: Arthur Rousseau, 1904, 47-70, p. 52; voir aussi Luc Tremblay selon lequel le positivisme fait notamment appel à une « méthode inspirée des méthodes scientifiques, qui garantit la correspondance entre les propositions de droit et la réalité juridique objective. », L. B. TREMBLAY, « Le normatif et le descriptif en théorie du droit », (2002-03) p. 72, précité note 17.

valeurs supérieures ne semble pas être suffisant en soi pour pouvoir se détacher de la famille des positivistes. Au contraire, le travail d'intégration de la règle au milieu social et à ses valeurs semble être une tendance à l'induction qui pourrait être associée à l'esprit positiviste. Ce travail place la règle au centre du droit, soit en justifiant, soit en adaptant son contenu. Par exemple, en *common law*, Jeremy Bentham et John Austin sont souvent classés parmi les jusnaturalistes. Pourtant dans un ouvrage consacré à la jurisprudence M.D.A. Freeman écrit:

> « *Austin's aims were to establish the autonomy of jurisprudence as a separate field of study, and to place it on a factual and scientific basis. The fundamental and general concepts of law that Austin explored were not regarded by him as a priori concepts, but were regarded as facts to be derived from experience* »[716].

L'auteur ne dit pas si les « *general concepts* » sont des règles de droit. En ce sens l'on pourrait distinguer ici positivisme et jusnaturalisme. Toutefois, la recherche de concepts généraux selon une méthode scientifique semble montrer une influence probable de l'esprit scientifique.

La nature du positivisme juridique étant à peu près circonscrite, il ne sera pas nécessaire, comme le fait W.J. Waluchow[717], d'entrer en détail dans les catégories des théories positivistes. La méthode inductive-déductive de l'esprit scientifique semble donc avoir fait son chemin dans les diverses théories et la philosophie du droit. Que l'on tende vers le jusnaturalisme moderne ou vers le positivisme, l'induction peut donc y être observée et ni l'une ni l'autre ne saurait être différenciée exclusivement par une adhésion à la rigueur de la méthode scientifique.

Nous venons de mettre en relief la pensée inductive-déductive en comparant le jusnaturalisme et le positivisme juridique. Deux autres questions nous amèneront à aborder le caractère inductif-déductif des juristes à partir d'angles différents.

---

[716] M.D.A. FREEMAN, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 2001, p. 220, précité note 324.
[717] W. J. WALUCHOW, « The Many Faces of Legal Positivism », (1998) 48 *University of Toronto Law Journal* 387-449.

Ces questions, toujours liées à la rationalité du droit, ont trait à son évolution socio-historique et la place des événements historiques dans l'explication de sa structure moderne: 1) Le droit post-révolutionnaire est-il le fait de la pensée rationnelle ou plutôt lié à un esprit inductif-déductif? 2) L'importance accordée à la loi est-elle le fait du positivisme ou d'une évolution socio-historique? Ces deux questions seront abordées, dans l'ordre, dans les sections suivantes.

b) La pensée rationnelle et le droit post-révolutionnaire ?

La thèse de doctorat de André-Jean Arnaud semblait placer la doctrine en avance sur le droit substantiel à tel point que ce serait elle qui, véritablement, aurait inspiré les codificateurs français. Nous ne pouvons ignorer les arguments de cet auteur et devons les examiner en détails car ils semblent, *a priori*, aller à l'encontre de la thèse selon laquelle l'esprit scientifique aurait pu avoir une influence sur la codification.

Cet auteur, dont le travail a été primé, décrit la présence d'une véritable rationalité chez les juristes des 17e et 18e siècles. Il décrit deux mentalités distinctes au sein des juristes de cette époque:

> « Les tenants du courant empirique cherchaient à réaliser un *Code* à l'aide des lois positives, Droit romain, coutumes, législation royale, Droit canonique, éventuellement même. Ceux qui tenaient, au contraire, pour le courant rationaliste, recherchaient d'abord la conformité de toute règle à la raison »[718].

Il explique aussi l'élaboration du Code civil comme la « victoire finale du rationalisme jusnaturalistique et axiomatique moderne »[719]. Sans contredire

---

[718] A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français*, 1969, pp. 215-216, précité note 618.

[719] *Ibid.*, p. 216; Nous faisons le lien ici entre cette victoire du rationalisme et la victoire de la société bourgeoise sur celle du « village autarcique du Moyen Age ». Gérard Fourez explique que la vie marchande bourgeoise engendre une vision du monde détachée et objective contrairement à la vie paysanne qui engendre une vision subjective du monde. La conséquence se fait sentir dans la perception du monde: « Une autre différence importante entre la nouvelle mentalité et la mentalité antérieure est liée au projet de contrôler et de maîtriser l'environnement. Dans le village autarcique du Moyen Age, on s'insère. La mentalité bourgeoise, au contraire, va plutôt essayer de la maîtriser. », G. FOUREZ, *La construction des sciences*, 1996, p. 127, précité note 338.

totalement ses conclusions, selon nous, l'esprit des codificateurs aurait plutôt été, un compromis entre l'empirisme et le rationalisme. D'ailleurs, comme semble en convenir A.-J. Arnaud, c'est « sur la base du Droit existant que fut fait le *Code civil* »[720]. De même, Michel Villey, en introduction de l'ouvrage d'A.-J. Arnaud, semble en accord avec ce point:

> « (...) (D)ans l'ensemble composite de la philosophie moderne, il existe, depuis le seizième siècle, bien des courants opposés au rationalisme, courants sceptiques, empiristes, volontaristes; il y aura le naturalisme, et l'historicisme naissant dès le second quart du dix-huitième siècle; et puis le bon sens, l'attachement à la tradition et les routines des praticiens. - Ce n'est pas d'une seule philosophie que sortira le droit moderne, mais du bouillonnement de tendances multiples et contradictoires »[721].

Le « bouillonnement des tendances multiples » aurait puisé dans le rationalisme mais aussi dans l'empirisme.

Malgré tout, selon A.-J. Arnaud, les institutions rapportées au Code proviendraient en grande partie de Pothier, qualifié de « père du Code civil ». « Mais Pothier n'a pu être lui-même que parce qu'il avait Daguesseau pour maître, que parce qu'il avait eu, avant lui, un Domat, un Bourjon... Au travers de Pothier, c'est un siècle et demi d'efforts doctrinaux, de *Juristenrecht*, qui apparaît en filigrane. Les aspects les plus nouveaux du *Code civil* n'ont pas été créés par un homme, mais élaborés par des générations de juristes. »[722] Ainsi, selon A.-J. Arnaud, les théoriciens du droit auraient été la principale source des grands concepts du Code civil de 1804. On ne saurait ignorer l'influence de ces auteurs éminents, mais accorder le monopole de l'origine du Code à la philosophie des penseurs successifs réduit un peu trop, selon nous, l'horizon des explications sur l'évolution du droit.

---

[720] *Ibid.*.
[721] Michel VILLEY en préface de A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français*, 1969, p. iv, précité note 618.
[722] *Ibid.*, p. 218.

Sans reprendre toute l'analyse de cet auteur, nous chercherons, à travers les auteurs clés de sa démonstration, quelques manifestations, le cas échéant, d'une influence de l'esprit scientifique. En effet, nous ne pouvons nous limiter à l'assertion selon laquelle le Code civil n'aurait été que le résultat de l'évolution progressive de la pensée depuis l'Antiquité[723]. Nous soutenons que, le développement et la popularité des sciences ne sont peut-être pas étrangers à la codification.

Toutefois, au risque de nous répéter, notre exposé ne peut ni ne veut montrer une influence exclusive de l'esprit scientifique sur l'évolution du droit. La philosophie, l'économie, la sociologie, l'histoire ou l'anthropologie, sont tous des domaines pouvant expliquer les changements du droit moderne. La recherche d'une influence n'implique pas la négation des autres. Par exemple, Hans-Georg Gadamer démontre la présence d'un « héritage humaniste qui (...) distingue (les sciences humaines) de toutes les autres modalités de la recherche moderne et les place dans le voisinage d'expériences extra-scientifique d'un tout autre type, en particulier celle de l'art ». Il reconnaît néanmoins que les sciences de la nature ont aussi eu une influence et ont transformé les sciences humaines[724].

Notre thèse propose simplement d'envisager une influence, marquée dans le temps, d'un fait social distinct de la philosophie ou de la théorie du droit; cette influence devrait pouvoir se révéler dans les textes invoqués par André-Jean Arnaud.

---

[723] C'est ainsi que F. Enriquez résume les réflexions philosophiques tournant autour du postulat de la raison: « Nous demandons donc de définir, suivant leur génèse et leur développement, les idées et les concepts fabriqués par notre intelligence, et, par conséquent, de communiquer - en des expressions universelles et rationnelles - nos intuitions ainsi que les principes à l'aide desquels nous associons et ordonnons les données sensibles. [...] Depuis qu'il y a des philosophes, ils n'ont cessé de méditer sur ces questions. Et les solutions qu'on a jusqu'à ce jour proposées gravitent autour des deux pôles de l'empirisme et du rationnalisme. Les empiriques ont eu l'avantage sur le *réalisme* des rationalistes scholastiques, en démontrant que les idées générales ne correspondent pas à des entités d'un monde intelligible, qui s'offriraient comme des données immédiates de la pensée, mais ces idées sont dérivées, par voie d'associations et d'abstractions, des perceptions sensibles. Par contre les empiriques ont sous-estimé la part active de l'intelligence dans la construction des concepts ainsi que les exigences rationnelles qui s'expriment dans cette activité. », F. ENRIQUES, *Signification de l'histoire de la pensée scientifique*, 1934, p. 13, précité note 365.

[724] « Cela n'empêche pas le moins du monde les méthodes de la science moderne de la nature de s'appliquer également au monde social. Plus peut-être même que par le gigantesque progrès des sciences modernes de la nature, notre époque est marquée par la rationalisation croissante de la société et par la technique scientifique qui préside à sa direction. L'esprit méthodologique de la science s'inflitre partout. [...] La différence qui nous occupe

De même, il nous semble que André-Jean Arnaud voit du positivisme juridique très (trop?) tôt dans l'évolution du droit[725]. La période étudiée par A.-J. Arnaud correspond sensiblement à celle des Lumières. Il reprend notamment l'œuvre de François Bourjon à titre d'exemple de production positiviste. Or cet auteur a été pris en exemple par François Olivier-Martin et Dominique Gaurier comme un symbole de l'esprit rationnel des auteurs du 18e siècle. Un juriste tel que François Bourjon, s'il peut-être désigné comme un symbole de l'esprit rationnel, ne saurait du même coup représenter l'esprit positif. Il semble donc y avoir ici une dissension sur la classification d'un auteur et de sa forme d'esprit. Il semble important de reprendre l'analyse et de comprendre la nature des divergences.

Depuis le début de cette thèse, l'accent a été mis sur la structure du droit. Or, la réflexion autour de la structure du droit pourrait causer un problème. En effet, les déductions d'auteurs tels que Michel Villey, André-Jean Arnaud, Ph.-I. André-Vincent[726], Michel Bastit[727], *etc.*[728], ont tendance à nous conduire à un niveau de réflexion différent de l'évolution de la structure du droit. Reprenons la logique de leur analyse.

Ils semblent évoquer les réflexions nominalistes comme sources d'un changement conceptuel de la pensée occidentale. Cette nouvelle forme de pensée du 14e siècle placerait la personne comme sujet de droit, recentrant ainsi l'ensemble du droit autour de l'individu. L'individu devenant désormais le centre des préoccupations, le droit ne dépendrait plus des dogmes, mais dépendrait de la volonté des décideurs ou des interprètes et donc de leur rationalité. De là apparaîtrait le droit naturel moderne dont l'essence serait de générer des règles

---

n'est pas entre les méthodes mais entre le buts visés dans la connaissance. », H.-G. GADAMER, *Vérité et Méthode: les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, 1960/1976, p. 9, précité note 58.

725 En conclusion d'une analyse de la pensée de Pascal A.-J. Arnaud pose: « N'est-ce pas là un positivisme juridique absolu ? », A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français*, 1969, p. 17, précité note 618.

726 Ph-I. ANDRÉ-VINCENT, *Les révolutions et le droit*, vol. XVIII, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1974.

727 M. BASTIT, *Naissance de la loi moderne*, 1990, précité note 403.

728 «Cette période sera féconde pour le Droit dont l'ensemble s'y enrichira du contrat social de Hobbes et Rousseau et de l'approche sociologique au Droit de Montesquieu. Ces philosophies nouvelles permettront surtout l'éclosion du Code civil français, le plus beau fleuron qui ait émané du mouvement de la Renaissance humaniste» Jean GOULET, *La machine à faire le droit*, Presses de l'Université du Québec, Sillery, 1987, p. 4; voir aussi: Jean RAY, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, Paris: Alcan, 1926, p. 3.

juridiques à partir d'une vision rationnelle du monde[729]. Enfin, dans une dernière étape, les règles seraient utilisées pour elles-mêmes indépendamment de la philosophie du monde et des grandes valeurs morales qui les ont vu naître. Ce sevrage des règles juridiques vis-à-vis des dogmes de philosophie marquerait l'émergence d'un positivisme juridique.

Selon nous, l'esprit scientifique aurait peut-être contribué à la dernière étape. La règle se serait affranchie du dogme, car même si elle semble être le produit de la raison, elle pourrait trouver une justification dans l'expérience, c'est-à-dire son application (ou applicabilité) sociale ou le test de la jurisprudence. La règle tirerait ainsi son objectivité et sa légitimité, non plus d'une logique rationnelle, mais d'une reconnaissance par le milieu juridique.

Pour terminer avec les préliminaires, avant d'examiner l'influence de la pensée rationnelle sur la doctrine du droit, nous devons établir encore quelques nuances entre l'esprit scientifique, l'esprit positif et l'esprit rationnel.

André-Jean Arnaud dans son analyse de la doctrine semble déjà voir, dans les constructions théoriques des juristes du 17e siècle, des caractères d'universalité et d'organisation. Il n'est donc pas aisé, à partir de son interprétation, de faire ressortir avec précision certains effets possiblement liés à l'esprit scientifique. Nous avons dit qu'il était difficile de dire si la période révolutionnaire était imprégnée d'une mentalité positiviste ou d'une mentalité scientifique. Les sciences ont probablement profité des théories philosophiques de cette époque. Malgré tout, nous tenons pour possible le fait que les mentalités positive et scientifique soient assez proches, l'une étant peut-être la résultante de l'autre:

---

729 On peut, ici encore avec G. Fourez, comprendre l'évolution de la pensée avec l'avènement de la bourgeoisie qui génère une vision objective du monde: « Pour l'univers de la bourgeoisie et de l'industrie, qui est aussi celui des sciences, les objets perdent de plus en plus leur saveur particulière pour devenir objets d'un calcul et d'une maîtrise. La morale, et notamment la morale sexuelle, n'apparaîtra plus comme le respect d'un ordre plus ou moins sacré, mais simplement comme un calcul, de plus en plus utilitaire, pour maîtriser le monde ou l'organiser au mieux (Foucault, 1976). Et en parallèle, l'individu devient le centre du monde observé et de son destin éthique. », G. FOUREZ, *La construction des sciences*, 1996, p. 127, précité note 338. Ainsi, au delà même du nominalisme, les naissances de la pensée moderne et de la science peuvent trouver une explication dans un développement social: la bourgeoisie.

> « Au XIXe siècle, l'objet des théories du Droit et leurs méthodologies même changèrent du tout au tout. L'attention se porta vers les collectivités et l'intuition céda la place à l'observation scientifique, avec le juriste allemand Friedrich Karl von Savigny »[730].

L'esprit scientifique semble plus restreint qu'une mentalité philosophique positive. L'état d'esprit positif correspondrait à une perception rationnelle de l'univers basée sur les faits; une « "indépendance de la connaissance scientifique par rapport à une hypothèse métaphysique quelconque"[731]. Pratiquement, c'est l'exclusion du surnaturel »[732]. La philosophie positive consisterait à faire de la métaphysique en mettant l'accent sur le fait scientifique; alors que l'empirisme ne reconnaîtrait que le fait[733]: « Au lieu donc d'extirper la métaphysique des sciences empiriques, le positivisme conduit à l'incursion de la métaphysique dans le règne scientifique »[734]. En revanche, la science ne s'intéresse pas à l'interprétation métaphysique, son abstraction du monde ne va pas jusque là[735]. La science n'est pas une philosophie. Cela n'empêche pas, comme le fait Gaston Bachelard, d'analyser l'esprit scientifique dans un contexte métaphysique[736]. La science n'est pas une philosophie, mais elle semble parfois prêter son cadre à la pensée[737]. Elle procure parfois, à la description des faits mécaniques et au fonctionnement même de la pensée une méthode démonstrative rigoureuse; une méthode qui se veut respectueuse de l'organisation et des lois scientifiques

---

730 J. GOULET, *La machine à faire le droit*, 1987, p. 5, précité note 720.

731 HUXLEY, dans Émile BRÉHIER, *Histoire de la philosophie*, T. II, p. 930.

732 M. WALINE, «Positivisme philosophique, juridique et sociologique», 1933, 519-534, p. 521, précité note 43.

733 « Le postivisme est le système qui n'admet qu'un seul mode de penser légitime pour atteindre le vrai, celui dont l'objet ne dépasse pas l'expérience, et d'ordinaire l'expérience sensible [...]. Souvent aussi on qualifie la doctrine positiviste de sensualisme et d'empirisme. [...] Le sensualisme est la théorie idéologique qui voit dans la sensation la source unique de toute connaissance. [...] [Elle] n'admet pas de connaissance valable en dehors de l'expérience sensible. [...] L'empirisme est la dotrine qui ne reconnaît comme valable que l'expérience [...]. On voit que le sensualisme désigne précisément l'empirisme psychologique. Comparé au positivisme, l'empirisme semble désigner plutôt une *méthode* et le positivisme une *doctrine*; mais la première conduisant à la seconde, nous n'avons en réalité qu'un seul système ». F.-J. THONNARD, *Précis d'histoire de la philosophie*, 1952, pp. 522-523, précité note 325.

734 K. R POPPER, *la logique de la découverte scientifique*, 1973, p. 33, précité note 341.

735 « C'est que la science est une activité, sinon antimétaphysique, du moins étrangère à la métaphysique. Elle postule le bon sens, aussi bien que ce qui a été acquis dans les sciences spécialisés. [...] Lorsque nous exposons la vérité scientifique, les conditions spéciales de sa découverte ne sont jamais très éloignées de nos esprits, et elles s'opposent, comme un bouclier protecteur, à son acception illimitée et universelle. », J. R. OPPEINHEIMER, *La science et le bon sens*, 1955, pp. 14-15, précité note 343.

736 G. BACHELARD, *Le nouvel esprit scientifique*, 1934/1991, p. 14, précité note 345.

établies. Il ne semble pas y avoir pas de compromis: sans la rigueur de l'objectivité, pas de science. Le positivisme serait donc à mi-chemin entre l'esprit rationnel et l'esprit scientifique, n'étant ni tout à fait l'un ni tout à fait l'autre en intégrant le concept d'induction, mais en conservant aussi la composante métaphysique.

Nous touchons ici ce qui nous semble être une différence importante entre l'esprit rationnel et l'esprit scientifique, soit: l'induction[738] et l'objectivation qui y est associée. Nous croyons pouvoir affirmer que tout le contenu de la théorie scientifique est rationnel, mais tout le contenu de la théorie rationnelle n'est pas automatiquement scientifique. Bien qu'il doive respecter les règles de la logique, il n'est pas nécessaire pour un esprit rationnel de s'en rapporter à l'expérience concrète. En l'occurrence, l'esprit rationnel du juriste peut concevoir un droit à partir de l'individu et des valeurs humaines sans nécessairement soumettre ce droit à l'épreuve des tribunaux, fonder ce droit à partir des relations juridiques vécues concrètement ou encore harmoniser la théorie du droit avec les règles en place. En revanche, une construction juridique qui passe au crible de l'interprétation judiciaire ou confronte le droit tel qu'il existe déjà (ex: coutume, législation, jurisprudence, doctrine, système juridique contemporain, *etc.*) semble conforme aux caractères de l'esprit scientifique.

La conséquence principale réside dans la source d'objectivité. L'esprit rationnel semble assurer son objectivité (c'est-à-dire la capacité de refléter la réalité) par la force de sa logique. Alors qu'en principe, l'esprit scientifique tire son objectivité de la rigueur du lien entre la théorie et les observations concrètes.

Voyons maintenant, grâce à ces précisions, quelques-uns des auteurs repris par André-Jean Arnaud afin de distinguer rationalité axiomatique et esprit scientifique. Il est possible qu'en avançant dans le temps, les diverses œuvres contiennent de plus en plus de caractères révélant chez certains auteurs une

---

[737] T. S. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, 1983, précité note 343.

[738] Il s'agit d'une induction large comme nous l'avons défini dans la première partie. Voir au sujet des distinctions entre empirisme, positivisme et science: K. R POPPER, *la logique de la découverte scientifique*, 1973, pp 30-35, précité note 341.

influence potentielle de l'esprit scientifique. Si bien qu'il pourrait être difficile de distinguer les deux formes d'esprit (scientifique ou purement rationnelle). Pour cette raison, sauf en cas d'extrême nécessité ou pour des fins d'illustration, nous ne nous attarderons pas à faire de l'exégèse détaillée des grandes œuvres citées par A.-J. Arnaud. Les divers commentaires à leur égard seront probablement suffisamment concluants.

Hugo Grotius décrivait le droit comme l'objet de la justice[739]. On retrouve, dans cette définition, la vision romaine du droit où celui-ci semble être associé à un sentiment commun poussant le juriste à rechercher un équilibre entre les choses. Or dans la conception positiviste, la justice ne semble pas être la seule valeur du droit; elle en serait une composante au même titre que la régulation. La vision juridique de Grotius, corrigée par Barbeyrac, s'inscrirait donc encore beaucoup dans la logique du droit romain pour lequel la justice demeure l'objectif ultime auquel doivent se plier les autres composantes du droit. Le droit se définit dans un rapport presque exclusif à la justice. Par ailleurs, A.-J. Arnaud voit en H. Grotius (1583-1645) un esprit rationaliste où la raison, s'appuyant d'autorités théologiques remontant jusqu'à Thomas d'Aquin, serait la source quasi exclusive de sa construction juridique[740]. La construction juridique de H. Grotius est donc, tant par ses sources que par sa logique, purement rationnelle. Elle ne semble accorder beaucoup d'importance au lien avec la réalité concrète.

Cinquante en plus tard, Jean Domat (*Loix civiles*, 1689), lui aussi organise le droit afin « d'en rendre l'étude plus facile, plus utile et plus agréable »[741]. Il semble avoir respecté une logique dans l'organisation de son système et appliquerait « au Droit les principes de Descartes »[742]. Il « se rapporte à la méthode des sciences, qui,

---

[739] H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, 1625, Tome second, 1746, livre II, chap. XVII, IX, § 2, p. 4, précité note 525.

[740] « [...] Grotius rétablit un Droit naturel fondé sur la raison. Non pas qu'il rompe sans rémission avec la tradition antique et thomiste. Bien au contraire, au nombre des autorités auxquelles il se réfère volontiers, on trouve par exemple le théologien moraliste Vitoria, issu de la scolastique espagnole tardive, Covaruvias, G. Vasquez, Ayala, Suarez et F. Vasquez. Mais cette tradition thomiste, alors très vivante en Espagne, n'est pas pour lui déplaire, car elle est « laïcisante ». Néanmoins, Grotius donne la place prédominante à la raison, sur laquelle il fonde toute observation. », A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français*, 1969, p. 11, précité note 618.

[741] Jean DOMAT, *Loix civiles dans leur ordre naturel; le droit public, et legum delectus*, t. I, Paris: éd. Carré, 1777, p. XXV.

[742] A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français*, 1969, p. 143, précité note 618.

seule, permet, par la connaissance progressive des vérités les plus simples à celles qui le sont moins, de comprendre simplement et clairement l'ensemble du droit. » Malgré ces allusions à la science, nous ne voyons pas encore, dans l'œuvre de Jean Domat toutes les marques de l'esprit scientifique. Il part des textes romains et « se propose d'édifier un ensemble de Droit naturel, immuable, fondé sur la raison. C'est là, pour lui, la véritable source du Droit »[743]. Pourtant, J. Domat trie les dispositions romaines et délaisse celles « qu'on ne saurait valablement utiliser au XVII[e] siècle »[744]. Il fait « intervenir à leur place des dispositions tirées d'autres législations. Les coutumes, par exemple, jouent un certain rôle dans sa construction juridique, pourvu qu'elles représentent l'équité. Le Droit canonique, éventuellement, y figure. Bien mieux, des préceptes qui nous sembleraient sans aucune portée juridique, ont été pour lui source d'inspiration: il a trouvé dans l'écriture sainte, par exemple, le principe de toute justice »[745]. Sa démarche semble donc très rationnelle, innovatrice et aussi quelque peu empirique, mais détachée du lien objectif[746] avec la réalité vécue du droit. En effet, son travail consiste à adapter les sources de droit à ses idées[747], alors qu'à l'inverse l'esprit scientifique tendrait plutôt à adapter les idées aux faits concrets: « C'est un système *général* qu'il avait construit, et un système de *Droit chrétien.* C'était trop pour un Code civil destiné à *tous les Français* »[748]. Une théorie juridique rappelant celle d'une science devrait, le plus possible, coller à la réalité. La réalité elle-même ne saurait être le produit d'une réflexion seule; elle doit être mise en évidence selon un procédé rigoureux et objectif[749]. Néanmoins, l'œuvre de Jean Domat a été acceptée par ses contemporains et reçue comme un chef-d'œuvre[750]. La façon dont les écrits de J. Domat ont été accueillis par la

---

743 *Ibid.*, p. 71.
744 *Ibid.*.
745 *Ibid.*.
746 Mettant toute l'importance sur l'objet.
747 « Avec une austère rigueur, Domat affirme la subordination de l'ordre humain aux fins surnaturelles en vue desquelles l'homme a été créé », J. BOULANGER, «Principes généraux du droit et droit positif», 1950, p. 52, précité note 11.
748 A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français*, 1969, p. 147, précité note 618.
749 Nous ne questionons pas ici l'intégrité et l'impartialité de Domat et méprisons encore moins sa méthode. Nous cherchons simplement à identifier des traits caractéristiques de sa réflexion.
750 « C'est avec la réputation de chef-d'oeuvre que l'ouvrage de Domat allait prendre place dans les bibliothèques. Daguesseau le recommandait à son fils comme l'oeuvre la plus propre à bien former un magistrat. Pothier la connaissait, et les rédacteurs du *Code civil* eux-mêmes n'y furent pas insensibles. Mais à une époque où l'on

société juridique de la fin du 17e siècle, traduit peut-être de l'esprit rationnel dont la société de cette époque semblait imprégnée.

Nous passerons sur les travaux de Fleury et Argou. Leur objectif aurait été semblable à celui de Domat mais, selon André-Jean Arnaud, aurait servi « plus proprement la cause du rationalisme juridique, en créant un Droit français sur des bases conformes aux principes de la philosophie *moderne* »[751].

À la même époque, André-Jean Arnaud constate un sursaut important de l'empirisme parmi les juristes. C'est ainsi que nous voyons l'œuvre de Jean Bouhier pourtant qualifié par A.-J. Arnaud de positiviste: « Bouhier est un positiviste, et non un jusnaturaliste rationaliste »[752]. Notons qu'en 1742, il n'aurait pas été gênant de voir apparaître déjà quelques manifestations de cette forme d'esprit si proche de l'esprit scientifique. Depuis quatre ans déjà, Voltaire avait popularisé la pensée de Newton[753] et d'après les commentaires d'A.-J. Arnaud, Jean Bouhier aurait non seulement lu Voltaire, mais en apprécierait les conclusions[754]. Nous préférons néanmoins classer le travail de Bouhier parmi les empiristes. Bouhier, en effet ne semble pas, lui non plus effectuer d'induction. Ici encore, l'auteur semble chercher la source du droit français ailleurs que dans l'examen du droit vécu. Son objectif semble avoir été de démontrer l'importance du droit romain comme fondement du droit français dans le but, non pas de donner une assise solide aux règles françaises, mais de puiser directement une législation dans l'antiquité[755].

---

demandait au Droit de s'adresser à tous les hommes, de tous les temps et de tous les pays, la tentative de Domat pouvait paraître quelque peu anachronique. Aussi comprend-on que, laissant de côté l'aspect proprement chrétien de l'oeuvre, les successeurs de Domat se soient surtout intéressés à la *mise en ordre* effectuée par l'auteur des *Loix civiles*, [...]. », *ibid.* pp. 72-73 et 146.

751 *Ibid.*, p. 73.

752 *Ibid.* p. 84.

753 Voir partie I, Section D, 2 b).

754 « La culture de Bouhier s'étendait aux grands courants de pensée qui traversaient son siècle. [...] Et l'on aurait pu s'attendre à ce qu'il fût moins réfractaire à des idées qui ne le rebutaient pas. Lorsque sortirent, par exemple, les lettres philosophiques de Voltaire, après un premier mouvement nettement hostile, il se montra tout à fait modéré. », A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français*, 1969, p. 87, précité note 618.

755 « Si l'on excepte le petit nombre de matières, dont je viens de parler, je ne comprens pas, comment des personnes sensées peuvent nous proposer de recourir au prétendu Droit François, à défaut de nos coutumes, dans les choses, qui ont été réglées par le Droit Romain. », *Les coutumes du Duché de Bourgogne: avec les anciennes coutumes, tant générales que locales, de la même province, non encore imprimées, et les observations de M. Bouhier*, Tome I, par Jean Bouhier, Dijon: A.J.B. Augé: Pierre De Saint, 1742-1746, p. 188.

Par ailleurs, il ne semble pas vouloir rechercher de cohésion entre les dispositions « législatives » qu'il réunit. Sa méthode a été essentiellement compilatrice: « Bouhier pense que la législation uniforme tant désirée peut s'obtenir de la façon suivante: rassembler le Droit écrit, et le modifier en fonction de la législation proprement française qui résulte d'une conférence des Édits, Ordonnances et Coutumes »[756]. Lorsqu'on regarde le résultat, il apparaît que la *Coutume du Duché de Bourgogne* n'est pas organisée de façon logique à partir des principes généraux. Il s'agit en effet davantage d'une compilation, c'est-à-dire d'une accumulation (d'actes législatifs) sans cohésion particulière[757].

Après Jean Bouhier, dans la première moitié du 18e siècle, suivent deux compilateurs de grand renom: Pocquet de Livonnière (*Règles du Droit français,* publié en 1730 soit quatre ans après sa mort) et Prévôt de la Jannès (*Principes de la jurisprudence française exposée suivant l'ordre des diverses espèces d'actions qui se poursuivent en justice,* paru en 1750). André-Jean Arnaud cite ces deux auteurs comme faisant partie des derniers défenseurs de l'empirisme contre la montée du rationalisme. Leurs travaux auraient consisté essentiellement en la recension des textes juridiques et leur organisation. Ici encore, on ne voit pas encore, chez ces auteurs, de recherche d'une cohésion ou d'une logique dans l'organisation des règles.

Nous arrivons au cœur de la démonstration de André-Jean Arnaud avec les auteurs Bourjon (?-1751), D'Aguesseau[758] (1668-1751) et Pothier (1699-1772): « Outre le fait qu'ils étaient contemporains, ils eurent, en effet, le privilège d'assurer le triomphe du courant jusnaturalistique rationaliste moderne. Ils

---

[756] A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français,* 1969, p. 86, précité note 618.

[757] Les titres sont, dans l'ordre les suivants: « Titre I. des justices et droits d'icelles; Titre II. des confiscations; Titre III. des fiefs; Titre IV. des droits et appartenences à gens mariez et de la communion d'iceux; Titre V. des rentes vendues à réachat et exécution d'Icelles; Titre VI. des enfants de plusieurs lits; Titre VII. des successions; Titre VIII. des successions des bâtards; Titre IX. des mainmortes; Titre X. de retrait; Titre XI des censes; Titre XII. des aveus; Titre XIII. des forêts, pâturages, et rivières; Titre XIV. de prescription; Titre XV. de colombier en pied »; Notons que « La main-morte signifie en général, les corps et compagnies ecclésiastiques, les corps de villes, bourgs ou villages, les collèges, les hôpitaux, et enfin toutes les communautés tant laïques qu'ecclésiastiques qui sont perpétuelles, et qui, par une subrogation de personnes, étant censées être toujours les mêmes, ne produisent aucune mutation par mort. », M. BIBAUD, *Commentaires sur les lois du Bas-Canada ou Conférences de l'école de droit,* 1859-1862, p. 261, précité note 273.

représentent la dernière expression du Droit français d'ancien régime: grâce à eux l'unification juridique était accomplie »[759]. En fait, Pothier est né trente ans après les deux autres. Le milieu du 18e siècle devrait, selon nous, commencer à manifester quelques effets de l'esprit scientifique. Il ne serait pas étonnant de découvrir en Pothier une œuvre plus adaptée à la pensée scientifique que celles de Bourjon ou Daguessau.

André-Jean Arnaud écrit: « La synthèse réalisée par Bourjon dans l'ouvrage intitulé *Le Droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes,* représente l'une des étapes décisives vers la réalisation du Code civil »[760]. L'ouvrage a été publié en 1747. On semble commencer, ici, à observer des changements caractérisés: « L'ambition de l'auteur avait été de réaliser, sur la Coutume de Paris, ce que Domat était parvenu à faire pour le Droit romain. Le résultat fut conforme aux vœux. Le Droit commun de Bourjon apparaît, en ce milieu du XVIIIe siècle, comme la première grande synthèse de tous les courants rencontrés jusque-là dans la doctrine, celui qui se perpétua de Loisel à Prévôt de la Jannès, celui des commentateurs de coutumes, et celui, aussi, des romanistes ». Nous voyons dans ce commentaire d'A.-J. Arnaud, le souci chez Bourjon de comprendre le droit tel qu'il existe. Il s'agit là, peut-être d'une première association entre l'expérience réelle et la théorie. Le tableau comparatif d'André-Jean Arnaud montre une vive ressemblance entre le plan de Bourjon et celui du Code civil de 1804[761]. Cette ressemblance ne semble pas être le fait du hasard, car l'un comme l'autre, se seraient inspirés des *Institutes*[762]. Pourtant, du constat même d'A.-J. Arnaud, la théorie de Bourjon ne semble pas dépasser la classification. Il y aurait encore peu de liens logiques entre les règles montrant la volonté de comprendre l'organisation du droit français. Bourjon

---

[758] La plupart des auteurs écrivent « Daguesseau ». Nous ne saurions expliquer le choix de André-Jean Arnaud. Tony Sauvel utilise aussi la même orthographe (T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé, » (1955), p. 53, précité note 53).

[759] *Ibid.*, p. 103; voir aussi: P. DUBOUCHET, *Sémiotique juridique: introduction à une science du droit*, 1990, p. 110, précité note 489.

[760] A.-J. ARNAUD, *ibid.* p. 104.

[761] *Ibid.*, pp. 161-162.

[762] « En outre, à la différence de Domat, il [(Bourjon)] adopte un plan tripartite en *personnes, biens, obligations,* qui tient des *Institutes* et qui est celui-ci même que retiendront les rédacteurs du Code civil. », P. DUBOUCHET, *Sémiotique juridique: introduction à une science du droit*, 1990, p. 112, précité note 489.

semble, lui aussi, rester au niveau de la compilation: « Qu'on ne retrouve chez Bourjon ni théorie de la propriété, ni théorie générale des obligations, nous montre qu'il est encore très lié par la lettre de la Coutume de Paris (...). en effet, Bourjon a ordonné le droit, il n'a pas cherché à en transformer l'esprit »[763].

Néanmoins, sa dissertation introductive du *Droit commun de la France et de la coutume de Paris réduits en principes* nous laisse perplexe. En effet, tous les éléments d'un esprit scientifique semblent présents. L'auteur semble opérer une véritable induction en théorisant des dispositions relatives à la coutume de Paris. Il met en évidence des principes de droit sous forme de propositions courtes: « chaque proposition porte dans l'esprit son idée distincte, et s'y imprime plus fortement; sa séparation, sa distinction d'avec les autres, avertissant continuellement le Lecteur, que toutes ensemble, ne veulent pas être lues rapidement; c'est le propre des Ouvrages qui contiennent beaucoup en peu de paroles »[764]. Son travail n'est pas une théorie du droit mais « un précis de l'esprit vaste de la Coutume, précis par lequel seul on peut rendre le point de vue général sensible; c'est l'étendue que doit avoir l'abrégé de ce que j'ai embrassé »[765] pour lequel il conserve la rigueur de la transparence[766]. Il semble donc se refuser à *inventer* une nouvelle théorie: « l'invention est interdite à tout Auteur qui écrit sur la jurisprudence ». Il semble aussi être conscient de l'impact limité de son travail: « (...) ce Commentaire (...) embrasse la totalité du droit qu'on peut appeler Parisien (...) »[767]. On ne semble plus être ici dans le cadre d'une universalité métaphysique car les principes mis en lumière sont parisiens. Enfin, l'auteur écrit qu'il veut organiser ses propositions dans un ordre logique. Il cherche à « (r)endre sur chaque matière l'analogie sensible par l'enchaînement prompt et non interrompu de tous ses principes, montrer que leur ordre progressif

---

763 A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français*, 1969, p. 163, précité note 618.

764 François BOURJON, *Droit commun de la France et de la coutume de Paris réduits en principes*, Nouvelle édition, Tomes I, Paris: Grangé, 1770, *Dissertation*, p. 13.

765 *Ibid.*.

766 « À l'égard des citations, de plus de vingt mille que ce Commentaire contient, il n'y en a pas deux cents que j'aie indiqué sur la foi d'autrui, encore en ce cas ai-je eu la précaution de citer l'Auteur dont je l'ai tiré. [...] J'indique mes sources et mes garants; loin donc d'exiger du Lecteur, j'ai recours à la méthode que je suis, pour faire trouver facilement les autorités: quant à ceux qui auront du penchant pour l'opinion contraire à celle que j'ai embrassée par la nécessité de choisir, [...] ils n'auront qu'à recourir aux sources que je leur indique, [...] les moyens qui fondent tant l'opinion que je suis d'après un guide, que ceux de l'opinion contraire; [...]. », *ibid.*, pp. 9 et 10.

renferme la plus forte de leurs preuves, preuve qui est inalliable avec les autres »[768]. En conséquence, il serait difficile de nier l'esprit scientifique qui anime François Bourjon. Toutefois, son œuvre ne se veut pas un essai de législation. Il semble s'agir essentiellement d'un outil de doctrine servant à faciliter le travail des juristes: « Il me fournit en un instant, les principes et les autorités, que je ne trouvais avant, qu'après trois heures de recherches »[769]. Il suffit de reprendre le libellé des premières propositions pour comprendre le caractère descriptif des commentaires de François Bourjon. Prenons par exemple les premiers articles:

> « Livre premier (des personnes), Titre premier (des personnes libres), Chapitre premier (quelles personnes sont libres):
>
> I. Toute personne est libre, s'il n'y a loi ou jugement contraire; les troubles des siècles d'ignorance ont pu seuls dénier cette justice à l'humanité. Tel est le Droit commun de la France. Heureuse la terre où cette maxime est inviolablement observée! Elle est fondée autant sur la religion que sur la nature & la raison.
>
> II. Le fils de famille jouit de cette liberté; la nature la lui donne, la loi la confirme: son état est de respect & d'obéissance, non de servitude. Il jouit donc, comme les autres sujets du roi, de cette même liberté; mais dans les limites de la loi, limites qui laissent à la puissance paternelle les justes effets; lesquels, par leur faveur, et la nécessité d'une telle subordination, méritent plutôt d'être entendu, que d'être restraints.
>
> III. La puissance paternelle ne s'étend que sur la correction des mœurs des enfants, sur leur éducation; la majorité en fait celler les effets, sans affoiblir leur respect, qui a la racine dans la loi divine, & dans la nature. Juste bornes, parce que les enfants appartiennent moins encore à leurs pere et mere qu'à l'Etat, dont l'intérêt exige & assure leur liberté »[770].

Comme on peut le constater, l'auteur ne semble pas avoir cherché à rédiger un texte normatif. Par conséquent, on ne saurait assimiler son œuvre à un code. Par ailleurs, en dépit d'une méthode proprement scientifique, ses propositions font

---

[767] *Ibid.*, p. 12.
[768] *Ibid.*, p. 7.
[769] *Ibid.*, p. 14.
[770] *Ibid.*, p. 2.

souvent référence à la nature et au droit naturel. On sent donc encore chez Bourjon la teinte d'une influence philosophique. Et si, comme il le dit lui même, il n'invente rien mais traduit le droit tel qu'il est, c'est donc qu'il accepte un droit encore empreint d'une pensée orienté vers la rationalité.

En somme, même si l'on décèle chez François Bourjon les manifestations d'une pensée scientifique, il semble encore à la croisée des chemins en produisant une œuvre qui semble afficher un caractère essentiellement empirique.

En ce qui concerne le Chancelier Daguesseau, il est difficile de voir en lui un esprit scientifique. Comme nous le verrons, les grandes ordonnances dont il a été l'auteur, ne semblent pas, elles non plus, faire preuve d'une grande cohésion entre les règles. *A priori* même, on aurait tendance à le classer parmi les empiristes si André-Jean Arnaud ne nous démontrait pas son appartenance au rationalisme: « C'est lui qui fut entre Domat et Pothier, le véhicule de la pensée janséniste appliquée au Droit, en même temps que le porte-parole des philosophes *modernes* »[771]. Même si son esprit semblait être rationaliste, son œuvre législative était néanmoins très empirique, comme nous le verrons dans notre troisième partie. Il est facile de voir en Daguesseau la présence simultanée des deux tendances philosophiques empirique et rationaliste. Or, l'esprit scientifique peut être vu comme une combinaison de ces deux formes d'esprit. À la mort du Chancelier Daguesseau, nous sommes déjà au milieu du 18e siècle. Les auteurs postérieurs pourraient, eux aussi, commencer à présenter des manifestations de l'influence de l'esprit scientifique. Le Chancelier a beaucoup influencé Pothier[772] dont on dit souvent qu'il était le « père du Code civil » français. Examinons maintenant les particularités de l'œuvre de Pothier.

Il est difficile de classer la théorie juridique de Robert-Joseph Pothier (1699-1772). Selon André-Jean Arnaud « l'ensemble de la doctrine de Pothier a assuré la

---

771 A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français*, 1969, p. 110, précité note 618.

772 « Célèbre par son œuvre, Daguesseau ne l'est pas moins par son amitié avec Pothier. Le fait est capital. Daguesseau, en effet, a joué, en premier lieu, le rôle de gardien de la tradition juridique française. Né en 1668, il a connu tous les hommes célèbres du temps de Domat: mort en 1751, il a fait connaître leur pensée aux juristes de la génération de Pothier, à Pothier lui-même. D'autre part, grâce à sa très large culture, le Chancelier a été, pour Pothier, un maître à penser incomparable, le conseillant et le dirigeant parfois de très près. », *ibid.*.

victoire du rationalisme juridique »[773]. Pourtant, « solide juriste, à la réputation bien établie, Pothier ne négligea pas ce que la doctrine traditionnelle avait apporté au Droit. A chaque page, il s'appuie sur Bartole, Cujas, Le Douaren, et nombre de ses prédécesseurs immédiats dont nous avons dit qu'ils étaient des traditionalistes: leurs enseignements sont bons, puisque leurs analyses sont solides »[774]. Le souci de Pothier de comprendre le droit en vigueur est peut-être un indice de son souci de sortir d'une rationalité pure. En fait, « Pothier s'est formé peu à peu. Sa pensée a évolué avec le temps, et c'est lentement qu'il est devenu rationaliste: chacune de ses œuvres marques, à cet égard, un progrès par rapport à la précédente »[775]. En 1748, lorsqu'il publia les *Pandectae Justinianeae in novum ordinem digestae*, « Pothier avait eu du mal à trouver un éditeur: on pensait que l'œuvre ne correspondait pas au genre le plus demandé, et l'on craignait la mévente. Ce furent les étrangers qui enlevèrent la plupart des volumes dès leur parution. Caractéristique, alors, la réaction de ce journaliste allemand, qui reprochait à ce travail de n'apporter rien de neuf: en Allemagne, peut-être, mais pas en France »[776]. Ainsi, nous déduisons de cette remarque, que la France commençait déjà à tourner la page sur un rationalisme exclusif où la pensée pouvait émettre toute sorte de règles à condition de respecter une certaine rationalité. On ne semble plus accepter le droit romain, même s'il concorde bien avec la logique de la pensée moderne. La rationalité ne semble plus être le seul pôle de la réflexion juridique. Il faut tenir compte de la situation juridique réelle. Selon A.-J. Arnaud, Pothier a dû faire des compromis avec « les exigences de la morale jansénisante »[777]. Il est aussi possible qu'il ait dû se soumettre aux exigences d'une nouvelle mentalité de plus en plus dominante à son époque. En effet, il ne semble plus se contenter d'organiser les textes juridiques. Il semble élaborer une théorie du droit au sein du texte même:

> « Les grandes masses sont divisées tout autrement que chez Gaïus ou Justinien: des sections, des articles et des paragraphes; de petits traités

---

[773] *Ibid.*, p. 112.
[774] *Ibid.*.
[775] *Ibid.*.
[776] *Ibid.*, p. 113.

sur les différentes matières du Droit, qui font bien autre chose que reprendre les textes qui se trouvent réellement au titre visé de Justinien, et s'enchaînent logiquement »[778].

D'ailleurs, quelque temps plus tard, Cambacérès semble avoir été confronté à la même difficulté, car tous ces projets de Code furent refusés par la Convention. Il est possible que la Convention, peut-être conformément à la mentalité de cette époque, ait été réticente à accepter des projets de pure rationalité et ait voulu une législation représentative du droit vécu plutôt qu'un droit idéal[779]. A. Esmein expose de façon convainquante que « Le Discours préliminaire, signé de Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu et Maleville, montre combien ces vétérans de la Révolution avaient abandonné les idées chimériques de ses premiers jours. (...) ils proclament, en effet, que « les lois ne sont pas de purs actes de puissance;... que les lois sont faites pour les hommes et non les hommes pour les lois; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites; qu'ils faut être sobre de nouveautés en matière de législation;... qu'il serait absurde de se livrer à des idées absolues de perfection dans des choses qui ne sont susceptibles que d'une bonté relative (...) »[780] »[781]. Notons que A. Esmein se défendrait peut-être d'être associé à une argumentation démontrant une originalité dans la codification; il semble au

---

[777] *Ibid.*, p. 114.

[778] *Ibid.*, p. 166.

[779] À ce propos, en 1838, l'éditeur du premier tome du Journal du palais (recueil à vocation exhaustive pour tous les jugements de la judicature français) F.-F. Patris explique que les jugements sont placés par ordre chronologique d'une part en raison de la simplicité de ce choix face à « une masse de plus de *cinquante mille* arrêts » et d'autre part, en raison du manque d'objectivité des anciens recueils qui aurait fait passer le souci d'organisation au détriment de l'authenticité et de l'intégrité des jugements: « Aussi s'est-on dégoûté des recueils même les plus accrédités en ce genre, en ce que, faits par cent mains différentes, une page dément l'autre, et qu'avec le même ouvrage, sur la même question, chacun des deux adversaires peut, à l'audience, s'obstiner à avoir raison. Il y a plus, dans un tel recueil le lecteur n'est pas sûr de trouver intact l'arrêt qu'il cherche: car l'arrêtiste, dans une décision à solutions multiples, ne prend que ce qui converge au mot de sa division. Il dénature nécessairement la physionomie des décisions complexes, en ce qu'il scinde les faits, la discussion, le dispositif même, pour les faire entrer dans ses compartiments et en placer les membres divisés sous les mots les plus distans de sa collection. [...] On conçoit que la même pensée qui nous a décidé à suivre l'ordre chronologique, parce qu'il était le plus naturel et le plus vrai, nous a également forcés à conserver aux arrêts leur couleur contemporaine, leur physionomie historique. », F.-F. PATRIS, « Avis de l'éditeur pour la troisième édition du Journal du palais », dans: LEDRU-ROLLIN, *Journal du Palais*, Tome I - 1791 - an VIII, 3e éd., Paris: F.-F. Patris, 1838, V-VIII, pp. V-VI.

[780] Pierre Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Réimp. de l'éd. 1867, t. I, Osnabrück: Otto Zeller, 1968, pp. 466-467.

[781] A. ESMEIN, « L'originalité du Code civil », dans: SOCIÉTÉ D'ÉTUDES LÉGISLATIVE, *Le Code civil - 1804-1904 - Livre du centenaire*, t. I, Paris: Arthur Rousseau, 1904, 5-21, p. 12.

contraire réclamer une continuité dans la tradition juridique française[782]. Il n'empêche que ce souci d'enracinement de la théorie dans la réalité juridique reflète, peut-être, un changement des mentalités. Par ailleurs, nous verrons dans notre troisième partie de quelle manière la structure du Code civil semble trancher avec les textes de l'ancien régime.

Pour en revenir à Pothier, il semble ouvrir véritablement la porte à une nouvelle méthode de construction du droit. Sa méthode semble inédite et, pourtant, « ne déroute pas les juristes contemporains »[783]. Son époque commençaient peut-être à intégrer une nouvelle façon d'appréhender la réalité du droit. Bien qu'on soit encore au milieu du 18e siècle, Pothier est peut-être le premier à produire une théorie inductive du droit: « Avec lui, c'en est fini des vieilles méthodes, et l'on a bien raison de dire qu'il est « le père du Code civil » (...) »[784]. En effet, en dépit de son emprunt au droit romain pour la base de son plan, le contenu du droit ressemble au contenu du droit tel qu'on le pratiquera ensuite. Mise à part les grands titres, la structure du plan de Pothier semble non seulement être très adaptée au droit en vigueur, mais en plus, semble concevoir une logique partant du général au particulier.

Paul Dubouchet dans son ouvrage sur la sémiotique juridique, qu'il définit « comme l'étude comparée du langage juridique, du langage scientifique et du langage ordinaire »[785], situe la particularité de l'œuvre de Pothier dans l'importance que celui-ci aurait accordé à la définition:

> « Plus nouvelle et plus pertinente ici est toutefois cette remarque de Pothier « déclarant que, dans l'esprit des jurisconsultes romains, definitio signifiait regula ». La définition doit être claire et précise puisqu'elle est règle de droit. Son importance juridique explique que Pothier ait fait - comme Leibniz d'ailleurs - un immense travail de recherche en ce

---

782 *Ibid.*, pp. 16-18.
783 A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français*, 1969, p. 167, précité note 618.
784 *Ibid.*.
785 P. DUBOUCHET, *Sémiotique juridique: introduction à une science du droit*, 1990, p. 23, précité note 489.

domaine. C'est en effet à partir de ces définitions que peut se développer la théorie juridique »[786].

Le droit français - dans son *Traité des obligations* (1761) - semble ainsi avoir été théorisé sous forme de propositions ou d'articles. La mise en ordre de ces articles peuvent ensuite servir de « cadre dans lequel pourra s'exercer, avec plus de simplicité, plus de rapidité, mais aussi plus de rigueur, l'art du juriste. Avant le Code civil, Pothier, le premier, a mis en place le mécanisme dont les magistrats et jurisconsultes éprouveront le fonctionnement logique qui ne sépare plus ici du fonctionnement juridique »[787]. Toutefois, le fait que la théorie semble avoir été tirée d'une analyse de la réalité du droit nous permet d'envisager ici un lien avec l'esprit scientifique. Or, selon Paul Dubouchet, Pothier contrairement à Leibniz n'aurait pas tenté d'adapter la réalité à la théorie:

> « Pothier, au contraire, se borne à enregistrer les usages, à les décrire, à les mettre en ordre et partant en lumière. Il considère que la langue du droit telle qu'elle est, en elle-même et pour elle-même. (...) Pothier n'a fait qu'observer et décrire la langue du droit, il n'a fait qu'enregistrer les usages et les textes préexistants, leur donnant les définitions adéquates qu'ils appelaient. Il a synthétisé, condensé, résumé, mis en ordre. Ce faisant, il a tout éclairé, tout rendu lumineux et rigoureux dans le monde du droit jusque-là si obscur, compliqué et flou. De lui aussi, on peut dire: « Il n'invente rien, mais découvre tout. »

La méthode de Pothier pourrait donc être qualifiée d'inductive. De ses recherches et observations concrètes, il semble tirer une théorie et ordonner celle-ci selon la rationalité la plus appropriée. Les faits ne semblent donc pas avoir été adaptés à la théorie, mais la théorie au faits. Dans son essence, l'œuvre de Pothier semble donc présenter quelques caractères semblables à ceux d'un esprit scientifique.

---

[786] *Ibid.*, p. 116, précité note 489.

[787] *Ibid.*, pp. 116-117; voir aussi: Jean-Louis GARDIES, « Système normatif et systèmes de normes », (1974) 19 *Archives de philosophie du droit* 33-47.

Le dernier point dont nous traiterons dans cette section touche le rôle de la doctrine dans la naissance des théories générales. Ce point sera abordé rapidement, car il fait surtout référence à la teneur des règles du droit. Or le droit substantiel semble surtout dépendre des mœurs et moins de la forme de pensée. Néanmoins, il est vrai que mœurs et forme d'esprit sont liés d'une façon ou d'une autre. Par exemple Gérard Fourez montre que l'objectivation du monde serait venue avec la montée de la bourgeoisie dont les mœurs et les usages auraient été différents de ceux de la société paysanne qu'elle remplaçait[788]. André-Jean Arnaud explique l'apparition des théories générales du droit privé par l'expansion de la bourgeoisie au 18e siècle[789] en corrélation avec la pensée rationaliste axiomatique. Il ne faut pas confondre cependant, la naissance de concepts nouveaux tels, la propriété foncière privée ou les droits individuels (subjectifs), avec la forme prise par leur représentation écrite. En effet, admettant que la notion de propriété foncière privée serait directement liée à la montée de la bourgeoisie, son expression législative dépendrait surtout de la forme d'esprit en vogue. Si l'esprit rationnel avait été le seul facteur à la source des expressions générales du Code civil, selon toute vraisemblance, de telles expressions auraient pu voir le jour avant Pothier[790]. L'esprit rationnel, en vogue depuis Grotius, aurait pu, avec Daguesseau, générer une législation (ou même une doctrine) caractérisée par une organisation logique centrée autour des règles générales. Les thèmes juridiques éprouvés ne manquaient pas. Prenons simplement tous les aspects de la féodalité. Il aurait été possible à l'esprit rationnel d'édicter une législation objectivée de la féodalité. Cela ne fut pas réalisé car la rationalité seule ne suffirait pas pour objectiver le droit tel qu'il existait. Il fallait peut-être une autre forme d'esprit promouvant l'induction.

André-Jean Arnaud montre, dans la foulée de Michel Villey, que le droit romain ne semblait pas pouvoir générer des règles juridiques telles qu'elles auraient été

---

788 G. FOUREZ, *La construction des sciences*, 1996, précité note 338; A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français*, 1969, pp. 171-178, précité note 618.

789 « Désormais, quatre mots vont hanter les bourgeois: *propriété libre et franche* », A.-J. ARNAUD, *ibid.*, p. 174.

790 « Le mérite de Fleury et Argou est d'avoir transformé les rapports *réels*, de propriété à propriété, en rapports personnels, fondés sur les droit et les devoirs. Il ne restait plus qu'à établir une théorie générale de la propriété: le mérite devait en revenir à Pothier. », *ibid.*, p. 186.

« introduites dans le Droit par les philosophes modernes »[791]. Pourtant, dans la doctrine du 16e au 18e siècle, il fut largement puisé à même le droit romain. Selon notre thèse, pour en finir avec cette section, la même logique pourrait être employée afin d'expliquer la naissance des règles objectivées: la pensée rationaliste du 17e siècle ne semblait pas pouvoir générer des règles objectivées telles qu'elles furent conçues à la fin du 18e siècle. Cependant, les théoriciens de la fin 18e siècle semblent avoir abondamment puisé à même les idées de l'École du droit naturel[792].

Ainsi, l'évolution naturelle de la pensée juridique ne semble pas suffire à expliquer la codification et le positivisme. Une autre explication pourrait-elle être apportée par l'examen de l'évolution socio-historique du droit ? En effet, l'importance accordée à la loi dès la fin du 18e siècle pourrait-elle être expliquée par les exigences d'un esprit révolutionnaire ? La révolution réclamait un contrôle des institutions de l'État par le peuple pour le peuple. Conformément à cette exigence, le droit devait donc prendre sa source dans la loi, expression de la volonté du peuple. Or, cette perspective historique, ne semble laisser aucune une place à l'influence de l'esprit scientifique. Qu'en est-il exactement ? C'est ce que nous examinerons dans la dernière section.

c) Place de la loi dans la société et la logique interne du droit?

Il paraît possible, à ce stade, d'entrevoir une certaine relation entre science et positivisme juridique. Pourtant, il faut revenir ici sur une théorie déjà abordée dans cette thèse car elle semble remettre en question l'origine du positivisme et, par le fait même, un lien potentiel entre la science et le droit. Il s'agit de la théorie selon laquelle le positivisme juridique du 20e siècle serait l'aboutissement d'une

---

791 *Ibid.*, p. 188.

792 « L'influence de l'École du Droit naturel ne fait aucun doute: Portalis cite lui-même Grotius, Pufendorf et Wolf. Et son collègue, le Tribun Grenier, de donner à son tour les noms d'Heineccius, Barbeyrac et Cumberland. Notons bien que ce sont là des romanistes modernes, qui nous sont indiqués, et non pas des références au Droit romain, comme devait le faire Maleville dans l'*Analyse raisonnée du Code civil*. Dès lors, ne nous étonnons plus de ce que le *Code civil* rapporte la conception subjectiviste et individualiste moderne du droit de propriété, puisque le rédacteur de l'article 544 était acquis à ces idées. Et que l'on ne se fie pas aux apparences: le langage

évolution continue du droit prenant ses racines dans les premières réflexions nominalistes.

Ph.-I. André-Vincent explique que le positivisme juridique résulte d'une lente évolution depuis les premières réflexions nominalistes de Duns Scot et Guillaume d'Occam[793]. Il aurait pris la place du jusnaturalisme classique, vision naturelle du droit où celui-ci serait déjà présent en toute chose. C'est d'ailleurs la position que prendra encore Michel Villey en 1983 dans son ouvrage: *Le droit et les droits de l'homme*[794].

Cette vision de l'évolution de la théorie juridique implique que le positivisme juridique ne pourrait être lié à l'esprit scientifique, mais serait plutôt un effet de l'histoire de la pensée conduisant la société vers la Révolution. Une interprétation essentiellement historique aboutirait en fin de compte, à associer l'importance de la loi (c.-à-d. positivisme juridique) au « Pouvoir révolutionnaire » (qui est aussi un pouvoir de nommer les choses) ! La question se pose donc de savoir si la science a pu jouer un rôle quelconque dans les changements relatifs à la perception du droit de l'époque révolutionnaire?

Pour réfléchir à cette question, introduisons la discussion avec une brève citation de Ph.-I. André-Vincent:

> « Il est essentiel à la pensée jacobine dérivée de Rousseau d'identifier la souveraineté à la Volonté générale, c'est-à-dire à la Loi. Toute la lutte de la Révolution s'inscrit dans un transfert de la souveraineté qui passe du Roi à la Loi, de la volonté royale à la volonté de la nation »[795].

Malgré la forte dimension historique expliquant l'importance donnée à la loi, il semble aussi y avoir, dans cette affirmation de Ph.-I. André-Vincent, la marque

---

est emprunté aux romains, mais point l'esprit. », *ibid.*, pp. 188-189; A. ESMEIN, « L'originalité du Code civil », 1904, précité note 781.

793 Ph.-I. ANDRÉ-VINCENT, *Les révolutions et le droit*, 1974, p. 62, précité note 726; Voir aussi à ce sujet: Michel VILLEY, «Kant dans l'histoire du droit», dans: Institut international de philosophie politique, Annales de Philosophie Politique 4, *La philosophie politique de Kant*, P.U.F., Paris, 1962.

794 M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, 1983-1998, précité note 25.

795 Ph.-I. ANDRÉ-VINCENT, *Les révolutions et le droit*, 1974, p. 70, précité note 726.

d'une pensée positiviste juridique où la loi est synonyme de volonté générale. Nous sommes confrontés ici à l'immense influence de la philosophie positiviste sur les auteurs de cette époque.

Malgré les analogies qu'opèrent quelques auteurs entre la science et le positivisme juridique, il est ardu de mettre en avant un lien éventuel avec l'influence scientifique. Il est possible que la période révolutionnaire ait placé la législation au centre du système juridique, car elle aurait représenté l'aboutissement d'un « transfert de la souveraineté qui passe du roi à la Loi ». Cela ne semble pas être le positivisme juridique que, pour faciliter l'analyse, nous choisissons momentanément de réduire ici à *la recherche d'une solution juridique issue de la règle de droit.*

Nous avons vu que la naissance de l'État français semblait s'être réalisée en grande partie grâce à un effort de législation par les rois successifs. L'unité législative que recherchait l'État par ses lois, à partir du 14e ou 15e siècle, ne semblait pas répondre aux mêmes objectifs que l'unité recherchée dans le Code civil de 1804 ou dans les réformes anglaises du droit judiciaire au 19e siècle. La première, réduite au plus simple, provient d'une volonté de pacification du roi (par la concentration des pouvoirs entre ses mains), puis - avec la Révolution - de démocratisation. La seconde est plutôt issue d'une volonté interne de clarification du droit qui répondrait ainsi aux besoins d'organisation, d'universalité et de théorisation.

Dans l'un ou l'autre cas, il ne semble pas s'agir du même niveau de réflexion. La loi n'est donc pas approchée sous le même angle ni ne répond aux mêmes objectifs: l'esprit révolutionnaire serait l'aboutissement d'un long processus historique qui placerait la législation comme source de paix et de pouvoir voire de démocratie[796], alors que le positivisme juridique placerait la règle juridique comme source quasi exclusive de droit. Ainsi, l'évolution socio-historique apporterait une explication sur le rôle de la loi dans la société, alors que

---

[796] P. RAYNAUD, « La loi et la jurisprudence, des lumières à la révolution française », (1985) pp. 69-70, précité note 560.

l'évolution de la forme d'esprit apporterait une explication sur le rôle de la loi dans la rationalité du droit. Nous entrevoyons cette distinction dans le passage suivant de Camille Jauffret Spinosi sur la structure du droit français:

> « La loi a toujours été considérée comme ayant une portée générale s'imposant à tous les citoyens et liant le juge qui ne peut que l'appliquer au cas concret qui lui est soumis.
>
> La généralité de la règle de droit, insérée dans la loi a conduit à ne reconnaître au juge qu'un pouvoir d'interprétation de la loi »[797].

Dans le premier cas, il s'agit d'une explication historique du rôle de la loi dans la société, alors que dans le second cas, il s'agit d'une explication exclusivement juridique de la place de la loi dans l'interprétation du droit.

Nous expliquons cette confusion par le fait que les deux cas conduisent au même résultat: un système juridique centré autour de la loi (essentiellement dans les systèmes civilistes). Sauf que l'un proviendrait essentiellement d'une vision sociale, alors que l'autre serait issu d'une vision juridique. D'ailleurs, lorsqu'au 17e siècle, les lois de l'État commençaient à proliférer, les autres sources de droit, telles les coutumes, ne restaient pas moins d'égale importance et ce jusqu'à la codification. De plus, dans les systèmes anglo-saxons démocratiques le *statute law* était accessoire à la *common law*, même si en théorie les parlements avaient préséance sur les tribunaux[798]. Cela montre bien l'indépendance des deux niveaux d'aperception de la loi.

Le coup d'État anglais de 1649 illustre bien cette distinction. Dans les années qui suivirent 1649, le besoin se fit sentir de réformer le droit. Pendant 10 ans, de 1650

---

797 C. JAUFFRET SPINOSI, « La structure du droit français », (2002), pp. 274-275, précité note 11.

798 Michel Doyon nous semble refléter la confusion entre le positivisme juridique et l'importance politique de la loi. Selon nous, cette confusion l'engage dans un contre sens sur la philosophie de Hobbes: « L'État, le souverain chez Hobbes, légifère pour le bien des hommes. Il ne peut y avoir d'autre droit que celui de la loi. Le droit s'assimile à la loi du législateur », Michel DOYON, « Droit, Loi et Équité », (1995) 26 *Revue générale de droit* 314-324, p. 330. Hobbes n'échafaudait pas une théorie sur le droit et son interprétation mais sur la structure de la société visant à établir une stabilité. Bien qu'il ait pu servir d'inspiration à Rousseau, on ne saurait parler de positivisme juridique en 1651. À cette époque, Hobbes accentuait l'importance sociale de la loi et du législateur, sans pour autant « assimiler » le droit « à la loi du législateur ».

à 1660, de nombreuses propositions furent avancées[799] et quelques changements menés à bien par William Sheppard. Mais écrit J.H Baker: « *In so far as these proposals were acted on in the 1650s, which was not very far, all was undone in 1660. With the Restoration of King Charles II the old forms of law were restored, not excepting even the use of Latin in records, and fictions.* »[800] Si ces changements avaient été apportés en raison d'un nouvel esprit des juristes, il est probable qu'ils n'eussent pas été si facilement écartés par la restauration, ni abandonnés pendant quelques siècles. En conséquence les réformes apportées dans le droit après 1649 devaient répondre davantage, selon nous, à d'autres exigences que celles d'une nouvelle forme d'esprit.

La confusion régnait même parmi les acteurs de la codification. Marie-Claire Belleau expose les divergences entre les commentaires des cours d'appel et ceux des codificateurs, au moment de la codification française[801]. Les cours d'appel réclamaient une loi claire et précise, facile d'application, alors que les codificateurs semblaient surtout vouloir instaurer un pouvoir législatif autonome, écartant les tribunaux du processus législatif. Ainsi, les divergences mises en avant par M.-C. Belleau entre le législateur et les tribunaux ne semblent pas être l'effet d'une mentalité différente mais, comme on peut le comprendre du passage suivant, d'un objectif différent: « Les codificateurs, hommes d'influence coupés de la vie courante des juges, visent à rédiger un Code qui consacre le « droit universel et immuable ». Pour les tribunaux, le problème se situe ailleurs. Ils désirent un Code qui les dirige, les guide mais surtout un Code qui les lie »[802]. Les tribunaux cherchaient à promouvoir un système d'interprétation facile où la règle juridique se retrouverait dans la loi exclusivement (positivisme juridique), alors que

---

799 « *In 1656 he [William Sheppard] published an impressive array of proposals for reform: fusion of law and equity; county courts for small claims; a hierarchy of appellate courts; abolition of the forms of action; uniformity of process; the end of special pleading and fictions; trial without jury for small claims; registration of tittle and simplified conveyancing; abolition of primogeniture; abolition of imprisonment for dept; secular probate courts; survival of causes of action on death, and death to be a cause of action for dependents; abolition of benefit of clergy (with more rational restrictions on the death penalty); abolition of the* peine forte et dure*; prison reform; and also a mass of social reforms, including the introduction of banks and an income tax.* », J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 1979, p. 245, précité note 249.

800 *Ibid.*.

801 Marie-Claire BELLEAU, « Pouvoir judiciaire et codification: perspective historique », (1997-98) 28 *R.D.U.S.* 67-124.

802 *Ibid.*, p. 116.

les codificateurs cherchaient à implanter un système juridique centré autour du législateur et excluant les tribunaux (objectif politique). Il ne semble donc s'agir de deux visions contradictoires, mais complémentaires.

Par exemple en ce qui à trait à l'interprétation, les codificateurs acceptaient une interprétation du texte, mais refusaient aux tribunaux de légiférer indirectement par ce biais:

> « À propos de l'interprétation par voie de disposition générale, les codificateurs évitent le terme « interprétation » et proposent: « Le pouvoir de prononcer par forme de disposition générale, est interdit aux juges. »[803] (...) Les codificateurs distinguent l'interprétation par voie de doctrine, qui constitue le ministère du juge, de l'interprétation par voie d'autorité réservée au pouvoir législatif et interdite aux tribunaux »[804].

Le contexte Gouvernement/loi dans lequel semblaient réfléchir les codificateurs pourrait trouver une explication dans l'histoire du droit. Sous l'ancien régime, les parlements, responsables de la publication des actes royaux, avaient pris l'habitude (comme nous l'avons vu dans notre première partie) d'imposer leurs modifications sous peine de non publication:

> « Les lois non publiées n'étaient pas appliquées dans le ressort de la cour[805]. Au cours des siècles, la royauté adopta en alternance une attitude ferme ou conciliante et dut même recourir à la force pour faire face à la résistance des parlements. Cependant, à la veille de la révolution, Louis XVI abandonna la résistance en rétablissant les cours souveraines dans leur état antérieur. L'opposition des parlements se révélait plus grande que jamais. Au moment de la révolution, ces

---

[803] P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 2, 1867/1968, « Projet de la Commision du Gouvernement, présenté le 24 thermidor », Titre V - De l'application et de l'interprétation des lois, article 3, précité note 780.

[804] M.-C. BELLEAU, « Pouvoir judiciaire et codification: perspective historique », (1997-98), p. 106, précité note 801.

parlements malgré la résistance qu'ils manifestaient à l'égard du pouvoir absolu du roi, demeuraient suspects à l'Assemblée parce qu'ils personnifiaient toujours l'ancien régime. Ils tombèrent parmi les premières victimes de la révolution »[806].

Compte tenu de cette description, il paraît raisonnable d'envisager que les codificateurs aient porté leur attention sur l'organisation du système juridique, avant de penser au problème d'application des règles. Cela n'enlève en rien, cependant, à l'esprit positiviste dans lequel auraient pu réfléchir les codificateurs.

De leur côté, les tribunaux, peut-être moins préoccupés par le système, pouvaient concentrer leurs efforts sur la mise en œuvre du droit. Leurs commentaires traduisent une certaine volonté d'établir des règles juridiques dans la loi, dont l'application serait possible. Ils s'opposaient aux énoncés de principes trop vagues et imprécis:

> « Rien de plus vrai que ces maximes vagues et quelques autres semblables qui se trouvent dans ce livre préliminaire; mais on ne pense pas qu'on doive faire autant d'articles d'un code, qui ne doit présenter que des règles claires et précises, et non pas des vérités abstraites, qui sont elles-mêmes le résultat d'une méditation sur les lois »[807].

Par ailleurs, comme on peut le comprendre de la lecture de Marie-Claire Belleau[808], il est fort possible que les juges, en raison des remaniements de la révolution et des contrôles serrés de leur fonction, aient été acculés à un rôle réduit d'exécutants de la loi. De ce fait, ils se seraient enfermés dans ce rôle dépendant de la lettre de la loi. Il est possible que les circonstances de la

---

805 J. HILAIRE, *Histoire du Droit et des Institutions (Licence 1ère année)*, Paris: Les Cours de Droit, 1975, pp. 168-170.

806 M.-C. BELLEAU, « Pouvoir judiciaire et codification: perspective historique », (1997-98) pp. 92-93, précité note 801; M. REGNAULT, *Histoire du Droit Public*, 1931-1932, p. 293, précité note 93.

807 FRANCE - TRIBUNAUX D'APPEL, *Observations des tribunaux d'appel sur le Projet de Code civil*, Paris: Imprimerie de la République, IX-X, 1802-03, Tribunal d'appel de Paris, p. 3, cité dans: M.-C. BELLEAU, *ibid.*, p. 87.

808 « Les tribunaux souffrent encore des séquelles laissées par les nombreuses réformes judiciaires et les mécanismes de surveillance et de contrôle que le régime de la terreur n'a fait que rendre plus menaçant et immédiats. Ils visent à abdiquer leur pouvoir au profit du législatif. », *Ibid.*, p. 115.

période révolutionnaire aient influencé la mentalité des juges, mais leurs commentaires ne semblent pas remettre en question l'organisation ou la structure du Code civil. Les juges et les codificateurs semblaient être animés par une même forme d'esprit.

L'activité législative et le positivisme sont donc deux mouvements différents. On pourrait presque dire que la première est en amont du second. La première dépendrait du rôle de l'État[809], alors que le second dépendrait de la forme d'esprit du juriste.

Pourtant, Pierre Issalys[810], rappelle que Karl Marx, François Ewald et Jürgen Habermas, tous les trois analystes du système juridique moderne, voient dans la révolution une explication de la victoire de la rationalité du droit moderne. Comme si l'un était lié à l'autre. Chronologiquement, nous leur donnons raison. Toutefois, les caractères d'abstraction et d'universalité qu'ils semblent dénoncer comme les fondements de l'impérialisme de la législation sur le droit, n'ont pas de raison d'être vu comme des caractères révolutionnaires. En dépit du synchronisme, il est possible que l'on ait mis sur le dos de la Révolution des changements ou des influences qui pourraient être expliqués par un autre mouvement social, tel par exemple le développement des sciences. Par exemple, François Ewald et Jürgen Habermas, décrivent l'apparition d'une nouvelle rationalité du droit avec l'État providence. Pierre Issalys résume F. Ewald pour lequel « (l)'énoncé abstrait de règles universelles recule devant l'irruption, dans le texte légal lui-même, du débat politique et économique »[811], et pour J. Habermas: « (c)'est cette rationalité de l'État providence qui a pris le relais de l'utopie rationaliste de la philosophie des Lumières »[812].

Si l'État semble avoir pris une nouvelle orientation, un nouveau rôle, nous pensons que le droit aurait lui aussi pu prendre le même virage. Toutefois, l'utilisation du terme « rationalité » doit être explicité. En effet, comme nous l'avons vu, le rôle du

---

809 P. RAYNAUD, « La loi et la jurisprudence, des lumières à la révolution française », (1985) précité note 560.
810 P. ISSALYS, «La loi dans le droit: tradition, critique et transformation», 1993, précité note 158.
811 *Ibid.*, p. 208.
812 *Ibid.* p. 209.

droit semble dépendre du rôle de l'État, alors que la logique du droit dépendrait plutôt de la forme d'esprit du juriste. Nous ne pensons pas que la nouvelle rationalité de l'État providence ait été la seule raison expliquant la présence d'un droit moins abstrait ou moins universel, pas plus que nous ne pensons que la Révolution ait été à l'origine de la nouvelle logique du droit. Le constat suivant de Pierre Issalys va dans le sens de notre opinion: « cette vocation de la loi à l'*imperium* restera très largement latente, en Grande-Bretagne, pendant un siècle et demi »[813]. La société juridique anglaise n'aurait pas encore eu, malgré la Révolution de 1689, la forme d'esprit qui convenait pour placer la règle de droit au centre de son système.

Ces distinctions entre rôle du droit et structure du droit nous amènent à nous pencher sur le travail de deux auteurs incontournables: Jürgen Harbermas et Max Weber. En effet, Jürgen Habermas décrivait l'apparition d'une nouvelle mentalité du 20e siècle, une nouvelle rationalité sociale influente, une idéologie dominante influençant l'État dans son ensemble. Il est probable que, considérant l'ampleur de l'influence décrite par J. Habermas, le droit ait été affecté par cette nouvelle rationalité.

La nouvelle idéologie de J. Habermas semble naître non pas d'un esprit scientifique ou technique, ni même technoscientifique, mais d'un esprit issu d'un « complexe technique-scientifique-armée-administration intégré, avec un processus de feed-back généralisé, que l'auteur compare à un *système de vases communicants* »[814]. Toutefois, cette nouvelle tendance sociale serait apparue au 20e siècle, après la période de notre analyse. Elle ne nous concerne donc que de loin. En revanche, Jürgen Habermas fait aussi appel à une autre notion qui nous intéresse de plus près. « (L)'utopie rationaliste de la philosophie des Lumières » fait allusion à une rationalité économique déjà décrite par Max Weber: « Max Weber a introduit le concept de « rationalité » pour caractériser la forme capitaliste de l'activité économique, la forme bourgeoise des échanges

---

[813] *Ibid*, p. 194.

au niveau du droit privé et la forme bureaucratique de la domination »[815]. Il s'agit en fait d'une réflexion tenant compte de toute une perspective socio-économique[816] qui, sans doute, comme a pu le montrer plus tard Jürgen Habermas, a pu avoir un lien étroit avec l'esprit scientifique. Toutefois, en dépit de la grande pertinence de l'approche sociologique, cette thèse n'a pas pour objectif de développer une réflexion socio-économique.

L'argumentation de François Ewald semble s'intéresser au même niveau en montrant une mutation de droit intimement reliée au rôle de l'État. Nous plaçons les rationalités socio-juridiques décrites par F. Ewald en aval (historiquement) de la rationalité du droit en question dans cette thèse. Par exemple, dans son ouvrage, *L'État providence*, la prémisse de base réside dans le constat suivant: « ce n'est qu'à la fin du XIXe siècle que le terme accident part de son sens abstrait de « ce qui arrive par hasard » pour s'associer à l'idée d'un dommage à réparer. (...) Comment donc l'accident est-il devenu le problème social que nous connaissons, un problème qui appellerait la formation d'un droit spécifique ? »[817] Dans cet exemple, notre travail consisterait à montrer la rationalité qui se cache derrière le fait que le terme juridique « accident » a un « sens abstrait ».

Avant de conclure, notons que la confusion pourrait aussi opérer dans l'autre sens. On pourrait commettre l'erreur d'assimiler la loi juridique à la loi scientifique et prétendre que l'importance accordée à la loi juridique serait due à l'importance qu'a prise la loi scientifique dans notre société. La loi serait toute puissante. Elle serait à la fois source et outil. Elle énoncerait les grands principes

---

[814] J.-R. LADMIRAL dans la préface de l'ouvrage: J. HABERMAS, *La technique et la science comme « idéologie »*, 1973, p. XI, précité note 11; voir aussi: J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, 1997, pp. 415-437, précité note 11.

[815] J. HABERMAS, *ibid.*, 1973, p. 3; voir aussi: J. HABERMAS, *ibid.*, 1997; Notons que la rationalité de Max Weber n'est pas seulement économique: « la sociologie du droit est au centre des préoccupations de Max Weber. » (Albert BRIMO, « La notion de rationalisation du droit dans la sociologie juridique de Max Weber », dans: *Recueil d'études en Hommage à Charles Eisennmann*, Paris: Éditions Cujas, 1975, 21-31, p. 21). Max Weber a développé toute une théorie autour de la rationalité du droit jusqu'au 18e siècle (notre thèse ne contredit nullement la perspective de M. Weber), mais J. Habermas a surtout repris la rationalité économique de M. Weber.; pour un exposé complet de la rationalité et sociologie du droit de Max Weber, voir Michel COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995.

[816] « Assurément, la Sociologie du droit demeure à peu près incompréhensible si elle est lue comme un essai isolé, hors du cadre d'Économie et société dont elle forme l'un des chapitres majeurs », M. COUTU, *ibid.*, p. 46.

[817] F. EWALD, *L'État providence*, 1986, p. 16, précité note 321.

juridiques. Elle serait naturelle à l'humanité. Comme le dit Daniel Boorstin dont l'extrait suivant sert bien à décrire cette confusion, critiquer la forme de la loi juridique, c'est remettre en question toute la création: « *The whole of the English law was a unified natural phenomenon like the rest of God's works. And to criticize the shape of the law would be like criticizing the shape of a tree.* »[818]

En résumé, l'importance nouvelle de la loi dans l'interprétation du droit à la fin du 18e siècle ne trouverait pas forcément sa source dans l'esprit révolutionnaire, mais plutôt dans la forme d'esprit des juristes de cette époque. Si l'esprit révolutionnaire insiste sur le respect des lois avant toute autre chose, l'importance dans le droit des règles objectivées semble plutôt pouvoir être associée à une autre forme d'esprit. Il s'agirait de deux mouvements parallèles. Le positivisme juridique n'attache aucune importance à la source légale ou jurisprudentielle des règles. Le *common law* peut donc, lui aussi, être soumis à l'influence du positivisme juridique ou, plus précisément, l'influence d'un esprit inductif-déductif.

4. Conclusion

Le positivisme juridique semble assez proche de l'esprit scientifique[819]. Nous avons remarqué que, contrairement au droit naturel, le souci de chercher une justification à la règle de droit semblait être un trait particulier du positivisme

---

[818] D. J. BOORSTIN, *The mysterious science of the law*, 1941, p. 122, précité note 435.

[819] Dans le passage qui suit, Chrisitan Atias conteste la légitimité d'un droit scientifique. Il reconnaît néanmoins la volonté des juristes de s'inspirer de la démarche des scientifiques. Nous n'en demandons pas plus, car telle est notre thèse. Peu nous importe si le juriste puisse, ou ne puisse pas, aspirer au qualificatif de scientifique: « En tout juriste qui consulte quotidiennement des dispositions légales et leur interprétations, sommeille un légiste qui croit pouvoir saisir la même chance que les scientifiques, celle de ne pas tout comprendre, mais de pouvoir expliquer certains phénomènes importants. Il aspire aux mêmes consécrations sociales que les chimistes, les physiciens ou les biologistes. Il élabore ce qu'il conçoit comme sa science sur la constatation que, dans certains cas, la loi produit certains effets. L'erreur est de penser que cette constation pourrait fonder une science et une technique qui composeraient la discipline des juristes. Les seuls effets de la loi sont ceux qui ne recquièrent pas l'intervention des juristes. [...] La tâche du juriste est de déterminer les effets de la loi dans l'incertain, notamment parce que les circonstances du cas ne correspondent pas exactement au présupposé de la règle. Dans le travail scientifique, il est possible d'éliminer les aspects de l'expérience qui empêcheraient la théorie de fonctionner. Dans le raisonnement juridique, ce sont ces "impuretés" qui donnent son sens à la recherche du juste. », C. ATIAS, *Science des légistes, savoir des juristes*, 1993, p. 133, précité note 587; voir aussi du même auteur: *Théorie contre arbitraire, éléments pour une théorie des théories juridiques*, Paris: Presses Universitaires de France, 1987.

juridique. Le droit naturel révélait une approche essentiellement rationnelle du droit, alors que le positivisme cherchait plutôt à valider les règles dans la connaissance acquise par l'action des tribunaux ou par la critique de la doctrine. Ainsi, l'esprit positiviste aurait tendance à soumettre les règles de la loi à interprétation des tribunaux à moins de répondre d'emblée à un consensus sur sa clarté.

Les idées rationnelles, si elles semblent avoir d'une certaine façon inspiré les codificateurs, ne semblent pas, en revanche, avoir imposé leur logique. En effet, la pensée rationnelle, même si parfois emprunte à l'empirisme, n'a pas l'obligation de prendre pied dans la réalité juridique quotidienne pour générer sa théorie. Or la première codification était, selon Portalis, imprégnée des règles et mœurs de la vie courante. Le travail inductif, des positivistes de la fin du 18e siècle, se détache donc clairement des réflexions théoriques des penseurs rationnels des 16e et 17e siècles dont les textes ressemblaient davantage à des compilations utiles pour nourrir la théorie.

Enfin, le côté déductif du positivisme ne saurait non plus être confondu avec l'importance sociale accordée à la loi par les révolutionnaires en recherche de contrôle. Ainsi, nous avons vu que, depuis le 14e siècle, l'État français semblait avoir été bâti en grande partie grâce au travail législatif des rois et de leur administration. Pourtant, la loi semblait occuper durant ces époques une place secondaire dans le droit. Le cas de l'Angleterre nous est apparu particulièrement éloquent car, malgré une reconnaissance de l'importance du parlement, la *common law* semble être restée, pendant longtemps, la source la plus importante du droit. Le positivisme semble donc se reconnaître, non pas par l'importance de la loi, mais par la façon - inductive-déductive - dont les règles seraient placées au cœur de l'action juridique.

D. Conclusion

Rappelons que notre première partie a été consacrée aux contours des traits principaux de l'esprit scientifique. De cette analyse sont ressortis certains caractères de l'esprit scientifique, soit: sa tendance à l'*induction*, c'est-à-dire l'établissement d'un lien entre la théorie et les faits objectivés; un processus tendant vers l'*organisation* de la théorie; l'action d'appliquer cette théorie de façon *universelle* à l'ensemble du cadre factuel en question. Rajoutons que l'objectivité de l'esprit scientifique se manifesterait, selon Karl Popper, par une remise en question systématique des faits; ce qu'il appelle: la réfutabilité.

Notre seconde partie a consisté à exposer quelques façons dont ces caractères de l'esprit scientifique pouvaient être perçus à travers le droit moderne.

Ainsi, un survol du contexte de la théorie du droit romain a permis d'envisager le fait que l'*universalité* scientifique pouvait être un concept récent beaucoup plus limité que l'universalité philosophique de l'Antiquité. La théorie du droit moderne possiblement beaucoup plus restreinte que celle du droit romain laissait suggérer en toile de fond la présence d'une nouvelle forme d'universalité. L'universalité des règles juridiques semblait aussi s'appliquer à un système juridique ou une société en particulier. Un survol des diverses conceptions de la loi et du droit nous ont amené à penser que l'universalité métaphysique aurait été présente dans le droit pendant tout le Moyen Âge et la Renaissance jusqu'au Siècle des Lumières. En 1763, Rousseau semblait avoir été parmi les premiers théoriciens à décrire une loi réunissant les propriétés d'une loi moderne, c'est-à-dire une loi issue d'un acte de l'État, d'une portée universelle mais portant aussi sur un objet correspondant aux valeurs ancrées dans la société. Non que Rousseau ait été particulièrement perspicace ou visionnaire, il aurait simplement décrit la loi telle qu'elle était perçue à son époque, chose que les auteurs antérieurs ne pouvaient que difficilement imaginer.

Le caractère d'organisation semble s'être manifesté, en droit, surtout dans une reconnaissance des règles législatives ou jurisprudentielles par le milieu juridique. Le respect de l'organisation juridique nous a semblé rappeler l'organisation dans les sciences. Par exemple, nous avons fait un rapprochement entre les principes du droit et les paradigmes de Thomas Kuhn. Selon la théorie de T. Kuhn la science évoluerait au rythme des changements de paradigmes ou principes généraux reconnu par les pairs. En droit, le changement d'une règle semble devoir recevoir l'aval de la communauté juridique en étant intégré progressivement au système. Certaines règles ne le seraient jamais, d'autres tomberaient dans l'oubli. La théorie du droit dépendrait donc beaucoup de la perception des règles par la communauté et de leur l'application concrète. Derrière cette organisation du droit, la pensée inductive ne semble donc pas être très loin.

Il ne s'agit là, bien évidement, que de parallèles ou analogies entre le droit et l'esprit scientifique dénotant une influence. Nous avons réduit au plus simple nos observations sachant que l'organisation juridique ou la reconnaissance par les pairs ne saurait revendiquer le qualificatif de science en raison notamment de tous les autres facteurs politiques, sociologiques, économiques, à commencer par ses objectifs, pouvant intervenir dans l'élaboration du droit. Toutefois, bien que nous n'ayons pas beaucoup développé l'interaction entre les autres facteurs et le droit, si l'on accepte l'influence de plusieurs autres facteurs, pourquoi ne pas envisager d'en ajouter un à la liste ?

L'induction fut le troisième caractère de l'esprit scientifique dont nous avons cherché quelques manifestations dans les systèmes romano-germanique et anglo-saxon.

L'induction consisterait à faire le lien entre la théorie et la réalité, c'est-à-dire un lien entre la règle juridique et le contexte de son application. L'influence de l'esprit inductif pourrait se reconnaître dans la volonté de justifier la règle en la rattachant à la réalité juridique objective. En cela, il a fallu distinguer l'esprit rationnel de l'esprit scientifique. L'esprit rationnel, souvent associé au droit naturel, mettrait l'accent sur la raison plutôt que sur les faits. Selon un esprit exclusivement rationnel, les règles pourraient être pleinement justifiées par leur

cohésion ou leur logique. Selon une vision rationnelle du droit le rapport des règles à la réalité sociale ne semble pas être essentiel.

En conséquence, l'interprétation de la règle par les tribunaux semble donc, le plus souvent, être un processus inductif. Le positivisme attaché à la règle semble lui aussi pouvoir faire appel à une forme d'induction. En cela on pourrait le différencier du droit naturel qui porterait davantage d'attention à la rationalité ou à la théorie. La distinction n'est peut-être pas aussi tranchée qu'elle semble l'être et il existe sans doute tout un éventail de positions entre le positivisme rigide et le droit naturel philosophique. Ces deux extrêmes sont peut-être même aussi éloignés de la réalité l'un que l'autre.

Néanmoins, l'attitude qui consiste à mettre la règle au cœur du raisonnement est souvent qualifiée de positiviste. Le positivisme juridique serait ainsi souvent perçu comme une appréhension du droit à travers la règle juridique. Ce type de positivisme, ayant émergé au 19e siècle, ne permettrait donc plus de soumettre la loi à des valeurs purement rationnelles comme semble le confirmer ici Michel Villey:

> « Certes, il restera difficile, dans le triomphe universel du positivisme juridique au cours du XIXe siècle, de distinguer ce qui provient spécifiquement du kantisme, ou d'autres philosophes modernes, puisque l'ensemble de la philosophie moderne nous est apparue confluer dans cette direction. Ainsi notre Code civil, dont il n'est guère

vraisemblable que les auteurs aient connu les œuvres de Kant[820], mais plutôt avaient lu Grotius et Pufendorf (sans compter Rousseau), semble déjà porter la marque du positivisme; et la même remarque vaudrait pour les autres codifications de la même période (codes bavarois et prussien). Mais précisément la doctrine des sources qui prévaut au temps de ces codes ne me paraît pas être encore du positivisme intégral: les codes valent, ou prétendent valoir comme sources exclusives du droit, parce qu'ils sont censés être l'expression de la justice, de la raison, du droit naturel, ou conforme à l'utilité commune »[821].

Michel Villey semble voir un lien entre le positivisme et la codification. Or nous avons aussi vu que le positivisme et l'esprit scientifique semblaient avoir des caractères commun.

Nous chercherons à vérifier, dans la prochaine et dernière partie, si la codification contient, elle aussi, quelques marques de l'esprit scientifique. Le constat que fait Michel Villey concernant « la marque du positivisme » dans la codification est peut-être révélatrice d'un lien, entre le positivisme juridique et la législation codifiée, plus profond qu'un simple mode d'interprétation. Cet examen sera complété par une analyse semblable du droit québécois et du *common law* anglais.

820«Encore que la Paix perpétuelle de Kant ait été aussitôt traduite et semble t-il très répandue dans le public français; en 1796, huit ans avant le Code civil. Mais Portalis, Tronchet et Bigot de Preameneu avaient-ils de telles lectures?», M. VILLEY, « Kant dans l'histoire du droit », 1962, p. 64, précité note 782.

821 *Ibid.*.

PARTIE III. LA STRUCTURE DES SYSTÈMES JURIDIQUES ET L'ESPRIT SCIENTIFIQUE

Dans la preuve de toute action en responsabilité, l'avocat doit démontrer au juge la présence, à l'origine, d'un fait fautif, d'un résultat préjudiciable et d'un lien de causalité entre le fait et le résultat. Notre analyse s'apparente à cette situation. Dans notre cas, le fait ou l'événement est l'importante présence des sciences au sein de la société. Étant donné cette forte présence, il semble possible que la science ait, à certain égards, influencé le droit. D'un autre côté, on ne peut nier que le droit occidental a vécu des transformations du 18e au 20e siècle: c'est un résultat. Notre thèse consiste à explorer la présence éventuelle d'un lien entre la science et les changements survenus dans le droit vers la fin du 18e siècle. Nous isolerons, dans cette dernière partie, certains changements que le droit a connus pendant cette période et montrerons que la nature de ces changements évoque les traits de l'esprit scientifique.

Le processus suivant lequel la science aurait pris son essor serait postérieur à la naissance de l'État. Or nous avons vu que les objectifs du droit semblaient principalement s'être échafaudés en cohésion avec le rôle stabilisateur social de l'État. Récapitulons ici, pour plus de clarté quelques liens entre l'État et le droit.

L'Angleterre et la France, probablement en raison d'événements historiques différents, n'ont pas la même structure étatique et juridique. L'État anglais s'est développé principalement à travers ses tribunaux et, même si la loi a servi à l'érection de l'administration judiciaire, le rôle stabilisateur de l'État aurait surtout misé sur le règlement des conflits. Fondamentalement, les règles juridiques anglo-saxonnes ont donc surtout été développées par les tribunaux de l'État. Les tribunaux français ont aussi été mis à l'épreuve dès les débuts de l'État. Toutefois, peut-être en raison d'une instabilité plus profonde, nous avons observé que la loi avait pris plus d'importance pour régulariser les relations sociales litigieuses. Les diverses ordonnances royales auraient imposé une forte administration et auraient progressivement envahi les relations privées. Dans les deux systèmes juridiques, le droit aurait donc servi à établir la paix, justifiant ainsi la présence de l'État comme source de droit.

Compte tenu de ces éclaircissements, nous pouvons constater que le *rôle* du droit était déjà bien établi avant l'arrivée de la science. Celle-ci n'aurait donc eu qu'une influence relative sur la raison d'être du droit. En revanche, nous verrons qu'une conception du droit et plusieurs façons dont celui-ci remplit son rôle, sans être forcément scientifiques, semblent refléter la présence d'une influence de l'esprit scientifique.

Nous ne reprendrons pas ici tous les aspects du droit. Nous ne nous intéresserons qu'aux volets législatif et judiciaire. Ce choix s'explique par le fait que ces deux aspects du droit sont présents depuis l'Antiquité[822].

Nous avons vu que le développement accru de la science s'était effectué, en majeure partie, pendant le siècle des Lumières. Comme pour toute chose cependant, les effets sur le droit ne se sont pas fait sentir immédiatement. On peut concevoir qu'il a fallu plusieurs générations avant de constater un changement significatif dans certains aspects droit. Ainsi, les exemples que nous utiliserons ne seront pas garants de l'ensemble du droit, mais illustreront peut-être tout de même une tendance. Notons aussi que l'influence de la science ne semble pas être exclusive. D'autres nouveautés sociales ont pu aussi influencer le droit, ne serait-ce que l'accroissement de la population à partir des années Lumières ou l'apparition de nouvelles techniques[823]. Par conséquent, en dépit de nos conclusions exclusivement centrée sur une relation possible entre la science et le droit, nous ne prétendrons pas minimiser ou nier d'autres influences. Dans la mesure où elles ne semblent pas affecter pas nos conclusions, ces dernières ne seront pas traitées dans cette thèse. Finalement, nous ne prétendons pas, non plus, démontrer une métamorphose complète du droit résultant du développement de la science. Comme nous le verrons, le droit a conservé, malgré les tendances nouvelles, des marques du passé. Le travail consistera essentiellement à observer certains aspects nouveaux du droit en montrant leur ressemblance avec des grands traits de l'esprit scientifique, sans pour autant, ici encore, minimiser ou nier les acquis.

---

[822]En France, le droit public n'a commencé à se développer que depuis la Révolution. voir à ce sujet: R. DAVID, *Le droit français*, 1960, p. 87-90, précité note 35.

[823] P. CHAUNU, *La civilisation de l'Europe des lumières*, 1993, précité note 406.

Considérant ces nuances, nous sommes d'accord avec René David lorsqu'il déclare: « Le caractère historique et traditionnel du droit français n'a pas disparu en faveur d'un caractère logique et rationnel, imposé par la codification. En considérant même la portée de cette codification, les domaines qu'elle embrasse, on observe la persistance de la tradition »[824]. Le caractère traditionnel du droit français n'a pas disparu, mais il semble peut-être avoir été associé à un nouveau schème de la pensée juridique plus « logique et rationnelle » comme le dit lui-même René David[825]. Ce nouvel esprit juridique n'est peut-être pas sans lien avec le développement des sciences à la même époque.

Les sciences ont pu avoir, et semblent encore avoir, un impact sur le choix de certaines règles juridiques. En 1955, Ripert s'insurgeait contre l'influence de la science sur le droit. Il réclamait une indépendance du droit vis-à-vis des découvertes scientifiques: « Une législation nouvelle est née du machinisme, dit M. Colliard[826]. On ne peut le nier; mais la machine n'est qu'un objet et le droit régit les rapports des hommes. Sur des objets nouveaux faisons du droit antique »[827]. Il prend l'exemple de la filiation où les « découvertes des biologistes sur la durée des grossesses, l'analyse des groupes sanguins, la possibilité de l'insémination artificielle » n'ont pas affecté la décision des rédacteurs du Code civil de s'en tenir aux « considérations morales » et à « l'intérêt de la famille ». Ainsi à cette époque, selon Ripert: « les rédacteurs du Code civil, après avoir consulté Fourcroy sur la durée des grossesses, n'ont pas retenu les délais qui leur étaient indiqués. Ils les ont allongés dans l'intérêt de la filiation légitime et n'ont même pas reculé devant l'absurdité d'admettre la légitimité d'un enfant né plus de dix mois après la mort de son père. La paternité du mari est affirmée par une présomption irréfragable qui ne tombe pas par la preuve de la durée réelle de la grossesse »[828]. Nous voulons illustrer, par ces préoccupations de Ripert, ce qui nous apparaît comme un impact de la science sur le droit: l'influence externe. Elle affecte le contenu des règles. Ce n'est pas cette forme d'influence qui nous

---

[824] *Ibid.*, p. 14.
[825] *Ibid.*.
[826] Claude-André COLLIARD, *La machine et le droit privé contemporain*, 1950, dans G. RIPERT, *Études Ripert*, I, p. 115.
[827] G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 1955, p. 39, précité note 11.
[828] *Ibid.*, p. 40.

intéresse, car le sujet a été déjà abondamment traité et continue de l'être avec l'évolution des technosciences (informatique, biotechnologies, autres)[829]. Ce qui nous intéresse sont les changements dans la structure de certains aspects du droit.

Nous avons mis en avant, dans la première partie, plusieurs caractères dont la concomitance, selon nous, permettait d'envisager la présence d'un esprit scientifique. Il s'agit de *l'universalité* scientifique, de *l'organisation* et de *l'action de créer un lien entre la théorie et la réalité*. La deuxième partie de cette thèse a montré que certains aspects de la conception moderne du droit semblaient détenir les mêmes caractéristiques que ceux de l'esprit scientifique.

Notre troisième et dernière partie cherchera, cette fois dans la structure de quelques règles, la présence des mêmes caractères propres à l'esprit scientifique. Cette recherche se fera ici encore dans la même période de la fin du 18e siècle en comparaison avec la période antérieure. À l'occasion nous examinerons même le droit romain afin d'étudier la légitimité de certaines objections. Dans cette partie, nous commencerons par consacrer quelques pages à la notion de *principe juridique* qui, selon nous, pourrait incarner les caractères scientifiques d'universalité et d'induction. Par la suite, nous chercherons parmi certaines règles des systèmes juridiques civilistes et de *common law* la présence de ces principes.

---

[829] Pour s'en convaincre il suffit de lire notamment la bibliographie de Henri OBERDORFF (« Éléments pour une bibliographie sur le droit au contact de l'innovation technologique », dans: Centre de recherches critiques sur le droit (CERCRID), *Le Droit au Contact de l'inovation Technologique*, Colloque de mai 1987, Université Jean Monnet, Saint-Étienne, 153-161), ou d'autres sources telles le *Recueil International de Législation Sanitaire*, (1998) 49:1; CENTRE DE RECHERCHES CRITIQUES SUR LE DROIT, *Le droit au contact de l'innovation technologique*, Colloque de mai 1987, précité note 331; Monique OUELLETTE, *Droit et science*, Montréal: Les Éditions Thémis, 1986; CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Les nouvelles technologies de la reproduction. Bibliographie sélective par sujet*, Québec: Gouvernement du Québec, 1989; etc..

A. Le principe juridique vu comme une règle de droit

Le travail du juriste exige-t-il des capacités d'abstraction et de synthèse particuliers? Jean Rivero, en 1951 écrivait: « Tout juriste est un faiseur de système (...). (L)e faiseur de système, remontant du concret à l'abstrait, passant du multiple à l'un, va s'efforcer de ramener la pluralité des solutions données par la loi ou la jurisprudence à quelques formules qui en dégagent les aspects fondamentaux »[830]. J. Rivero voit dans les capacités de synthèse et d'abstraction une qualité indispensable à tout juriste.

Nous ne pensons pas que ces qualités sont inhérentes au juriste, ni n'auraient été de tout temps des atouts considérés pour la profession. Il s'agit davantage, selon nous, d'une perception moderne du juriste dans laquelle la conception des principes semble revêtir une certaine importance. D'ailleurs, les « faiseurs de systèmes », que cite Rivero (Hauriou, Jèze, Laferrière, Gény, Duguit), sont tous nés après les Lumières. Si ces auteurs ont recherché des formules pouvant exprimer les aspects fondamentaux du droit, en revanche, ils ne semblent pas tous partager la même définition de *principe juridique*.

Puisque nous voulons donner à cette expression un sens particulier, cette section sera divisée en deux parties. La première proposera une définition en étayant les raisons de ce choix et la seconde confrontera le principe juridique des positivistes avec le principe supérieur des jusnaturalistes. Cette confrontation nous permettra d'éviter une confusion possible entre notre définition et une notion de principe souvent utilisée par de nombreux juristes.

---

[830] Jean RIVERO, «Apologie pour les "faiseurs de systèmes"», (1951) *Dalloz* , Chronique 23, 99-102, p. 99.

1. À la recherche d'une définition pratique

Le principe juridique n'est pas un concept clairement défini dans l'esprit des juristes. On l'emploie souvent en droit pour faire référence à des valeurs philosophiques, voire théologiques[831]. Nous chercherons ici à nous donner un outil pratique pour décrire le plus précisément possible une réalité particulière du droit. *Principe* provient du mot latin *principium*: le commencement, la source. La science physique a repris ce terme dans la définition suivante: « loi à caractère général, régissant un ensemble de phénomènes vérifié par l'exactitude de ses conséquences: *principe de l'équivalence* »[832]. Le dictionnaire Larousse définit aussi le principe comme une « proposition admise comme base d'une science, d'un art, etc. ». Pour les fins de cette thèse nous définissons le principe juridique comme *une règle juridique, générale et théorique*. Le principe est un moyen qui permettrait au juriste de théoriser le fait juridique (dans son sens large). Le principe juridique pourrait donc être vu comme un produit de l'induction juridique.

D'une manière générale, le principe juridique semble être un instrument privilégié pour traduire en droit les grandes valeurs véhiculées par la société. Cela est possible grâce à la généralité qui caractérise cette règle de droit. Il servirait donc de source à partir de laquelle, un certain nombre de problèmes particuliers différents pourraient être réglés, ou d'autres règles juridiques spécifiques édictées. Par exemple, un texte qui impose à une personne fautive le devoir de réparer le préjudice causé à autrui, est un principe juridique. Il ferait lui-même appel à la notion générale de responsabilité[833]. En comparant les lois anglaises et françaises, René David expose bien la nuance qui existerait entre un principe juridique et une règle juridique particulière: « Prenons, par exemple, les articles 146 et 180 du code

---

831 J. BOULANGER, «Principes généraux du droit et droit positif», 1950, pp. 52-53, précité note 12.

832 *Petit Larousse illustré*, 1980, sous le mot « principe », p. 824.

833 On peut prendre pour exemple l'article 1382 du *Code civil* français (1984-85): «Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer». L'article 1053 du *Code civil du Bas-Canada*, jusqu'en 1994, reprenait les mêmes notions: «Toute personne capable de discerner le bien du mal, est responsable de dommage causé par sa faute à autrui, soit par son fait, soit par imprudence, négligence ou inhabileté». Le nouveau *Code civil du Québec*, énonce le même principe d'une manière un peu plus complexe (article 1457): «Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui. Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel. Elle est aussi tenue, en certain cas, de réparer le préjudice causé à autrui par le fait ou la faute d'une autre personne ou par le fait des biens qu'elle a sous sa garde».

civil, en vertu desquels les juges français prononceront l'annulation d'un mariage pour erreur sur la personne »[834]. Cette règle générale deviendrait une règle particulière en précisant qu'une « erreur sur les antécédents judiciaires d'un des conjoints, sur son état de veuf ou de divorcé, sur sa nationalité, sur son état de santé sont ou ne sont pas des causes d'annulation du mariage »[835].

La généralité à laquelle il est fait allusion ici, n'est pas la même que la généralité de Kélada, à laquelle nous avons fait allusion dans notre première partie, lorsqu'il a défini la loi. L'aspect général de la loi fait référence à son application, c'est-à-dire l'ensemble des personnes touchées par l'énoncé juridique ou l'ensemble des actes ou des faits. L'aspect général du principe juridique réfère plutôt à l'étendue du droit concerné par la règle. Plus un principe sera général, plus il chapeautera l'application d'autres règles moins générales. La distinction est importante, car une loi, qu'elle soit fondamentale ou circonscrite à une activité particulière, qu'elle vise toute la population ou un groupe spécifique, peut contenir des règles générales et des règles particulières. Chaque définition se situe à un niveau différent. Nous emprunterons à Jean Boulanger ce passage significatif: « Ainsi se manifeste, dans l'ordonnancement juridique, une hiérarchie entre les principes et les règles juridiques. Propositions directrices, les principes règnent sur le droit positif »[836].

Pourtant, assez curieusement, J. Boulanger, alors qu'il décrit les principes comme des concepts inhérents au droit positif, écrit par ailleurs que « le législateur ne se soucie guère de formuler des principes. (...) C'est le plus souvent à l'interprète que revient le soin de dégager les principes d'où procèdent les règles juridiques »[837]. Il y a là apparence de contradiction que nous devons comprendre.

La lecture de ses arguments dans le détail semble montrer, comme nous le pensions, que les principes, auxquels il fait allusion, se retrouvent bien dans le texte

---

[834] «Art. 146 C. civ.: Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement. Art. 180 C. civ.: Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des époux, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre. », R. DAVID, *Le droit français*, 1960, p. 69, précité note 35.

[835] *Ibid.*.

[836] J. BOULANGER, «Principes généraux du droit et droit positif», 1950, pp. 56-57, précité note 12.

de loi, car ils semblent être des règles juridiques. Un seul extrait de J. Boulanger suffira à convaincre: « L'ordre juridique fondé par le Code civil devait être stable et procurer une indispensable *sécurité*. L'article 2 pose le principe que la loi ne dispose que pour l'avenir; qu'elle n'a pas d'effet rétroactif (nous soulignons) »[838]. Selon les propres termes de Jean Boulanger, *le principe* de non rétroactivité de la loi serait inscrit dans l'article 2 du Code civil. En quelques pages, J. Boulanger semble montrer que son principe juridique serait bel et bien une règle de droit qui se retrouverait, le plus souvent, dans la législation.

Cette idée sera développée plus bas, mais pour l'instant nous devons circonscrire davantage la notion de principe juridique. Cela sera fait en confrontant notre notion de principe avec un concept plus large s'apparentant parfois à la notion de valeur: le principe supérieur (parfois appelé principe général). La confrontation se fera pour les deux systèmes de droit qui semblent tous deux être aux prises avec la même discussion.

2. Principe juridique ou principe supérieur

Nous distinguerons ici le *principe juridique* du *principe supérieur* de René David. Les « principes supérieurs » seraient une source de droit distincte de la loi, de la coutume ou de la jurisprudence. Selon René David, ils auraient été développés par la jurisprudence française afin de garantir une cohésion dans la justice rendue. Il s'agirait « du complément nécessaire d'un ordre juridique. Il est nécessaire de faire appel à eux pour réaliser, d'une part, la plénitude de cet ordre juridique, et, d'autre part, pour éviter que cet ordre juridique ne revête un caractère trop formel et pour faire en sorte qu'il serve effectivement les fins auxquelles nous le destinons »[839]. Parmi les principes supérieurs, René David, en 1960, nous citait: l'équité, l'ordre public et les bonnes mœurs[840]. Selon nous, sauf

---

[837] *Ibid.*, p. 57.
[838] *Ibid.*, p. 59.
[839] R. DAVID, *Le droit français*, 1960, p. 174, précité note 35.
[840] *Ibid.*, p. 176 et ss..

exceptions[841], il s'agirait là davantage de valeurs de justice que de règles de droit comme telles. Les valeurs de justice semblent rarement être utilisées directement dans la jurisprudence, mais plutôt par l'intermédiaire des principes juridiques, plus appliqués. D'ailleurs, René David énonce aussi deux autres principes, plus particuliers qui correspondraient davantage, selon nous, aux *principes juridiques*: l'abus des droits, l'enrichissement sans cause, qui sont véritablement des règles juridiques applicables à la solution de conflits. On constate ici l'existence possible de principes juridiques issus de la jurisprudence.

Les principes supérieurs semblent relever du domaine de la philosophie du droit, c'est-à-dire une rationalité pure. On retrouve peut-être ici l'empreinte d'un jusnaturalisme où la rationalité aurait tendance à imposer ses exigences aux règles concrètes. Il est approprié de revenir quelque peu sur la notion d'universalité philosophique ou scientifique. Partant de la polysémie du concept d'universalité, François Grégoire, philosophe des sciences, semble poser une distinction entre « principe philosophique » et « principe scientifique »:

> « Dans le domaine des sciences expérimentales, le mot « principe » a une signification différente de celle que lui donnent les philosophes quand ils parlent, par exemple, des principes de la raison », c'est-à-dire de ces règles fondamentales de fonctionnement inhérentes à la structure même de l'esprit humain et qui sous-tendent implicitement tout raisonnement; l'exemple typique en est ce principe - ou axiome - d'« identité »: mais il en est d'autres, tel le « principe de causalité » (tout phénomène a une cause) ou le principe de raison suffisante », dû à Leibniz et que l'on peut ainsi résumer: tout est explicable de façon rationnelle.
>
> Les « principes » des sciences expérimentales n'ont pas ce caractère d'universalité a priori: ce sont simplement des énoncés très généraux

[841] Notons qu'au Québec, certains principes supérieurs tel l'ordre public ou les bonnes mœurs ont été intégrés, en 1866, au *Code civil du Bas-Canada* (art. 6, 13, 585, 587, 760, 831 872, 989, 990, 1258, 1926-2) et repris dans le *Code civil du Québec* (L.Q. 1991, c. 64): l'exercice des droits civils (art. 8 et 9); le mariage (art. 380 et 431); les obligations (art. 1373, 1411, 1413 et 1499); la transaction (art. 2632); l'arbitrage (art. 2639). Ces principes supérieurs deviennent donc des principes juridiques dans les matières légiférées.

> exprimant certains « modes d'action » dont le savant a cru pouvoir déceler la constance dans la Nature: tel le célèbre second principe de la thermodynamique soulignant que l'énergie de l'Univers évolue de façon irréversible »[842].

L'universalité philosophique engendrerait un principe *a priori* qui servirait de fondement à la raison, alors que le principe scientifique devrait coller à la réalité; aux faits démontrés. Après avoir établi cette distinction entre principe philosophique et principe scientifique, François Grégoire choisit le principe philosophique pour l'appliquer au droit. Son principe s'identifie donc au « principe supérieur » de Georges Ripert:

> « (O)n peut dire que, comme son étymologie (*principium*) l'indique, le principe, tout en étant à quelque égard une conclusion, un « concentré d'expériences », est aussi et surtout une BASE permettant d'interpréter et de donner leur vrai sens à toutes sortes de lois dont le rapprochement a permis d'édifier: en fait, il résulte de leur convergence; en droit, une fois énoncé, il se révèle comme leur origine. Ce caractère de généralité à la fois synthétique et féconde n'apparaît pas, il est vrai, dans tous les principes; on donne parfois et à tort ce nom à certains énoncés qui mériteraient mieux d'être appelés tout bonnement « lois »: tel le « principe » d'Archimède - qui pourrait fort bien être nommé « loi » d'Archimède, l'emploi du terme « principe » ne se justifiant ici (à la rigueur) que par l'importance de cet énoncé, *base* de toute l'hydrostatique ».

On comprendra qu'en droit, le fait d'appeler « loi » une règle générale, ne convient pas non plus car le terme de loi fait déjà appel à une réalité bien définie dont ne font pas forcément partie les règles générales de la jurisprudence de droit civil ou de *common law*. Dans le cas de l'expression de « principe juridique », faute de meilleure solution, celle-ci doit être conservée sachant qu'elle se distingue du « principe supérieur ».

---

[842] F. GRÉGOIRE, *Logique et philosophie des sciences*, p. 247, précité note 342.

La notion de principe juridique utilisée dans cette thèse est une notion pratique. C'est avant tout une règle de droit. Elle s'écarte donc du principe général de Georges Ripert qui semble y voir des *valeurs* incontournables s'apparentant aux principes supérieurs de R. David. Nous préférons la description de Jean Boulanger mise en relief par son maître, G. Ripert:

> « Toute loi, nous l'avons vu, doit dans une bonne technique être une règle générale, mais la généralité de la loi signifie que la règle s'appliquera à une série indéterminée d'actes et de faits. La généralité du principe n'est pas de même nature; elle implique une série indéfinie d'application dans l'élaboration des règles. M. Boulanger qui a mis en lumière cette différence donne un exemple: l'article 726 du Code civil décide que l'enfant conçu succède à son père: c'est une règle juridique. La règle se place sous le principe: *Infans conceptus pro nato habetur.* Ce principe domine d'autres règles car il détermine le commencement de la personnalité juridique[843] »[844].

Ripert rejette ensuite cette définition: « L'analyse est exacte, mais, à entendre dans ce sens les principes juridiques, on ruine leur autorité, car tout se réduit à une question technique. (...) En réalité ce sont les techniciens qui créent les principes si on les entend dans le sens de règles générales. (...) Si on entend ainsi les principes du droit, on ne peut pas admettre la condamnation d'une loi au nom du respect des principes »[845].

Nous ne partageons pas le point de vue qui associerait la règle générale aux techniciens. Selon nous, la règle générale relèverait davantage de l'esprit scientifique que de l'esprit technique. La technique aurait tendance à vouloir régler des problèmes concrets particuliers plutôt que de chercher à construire des théories du droit avec des règles générales. Étonnamment, Georges Ripert semble confirmer notre position lorsqu'il décrit ses principes généraux dans des termes analogues à ceux que nous avons choisi pour décrire nos principes

---

[843] J. BOULANGER, «Principes généraux du droit et droit positif», 1950, p. 56, précité note 12.
[844] G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 1955, p. 330, précité note 11.
[845] *Ibid.*, pp. 330-331.

juridiques: « (l)e juriste ne les crée pas arbitrairement, mais il découvre sous les données des règles légales, l'existence d'une règle générale qui explique un certain nombre de dispositions particulières »[846]. Contrairement à la technique, la science n'aurait pas tendance à inventer. Elle inciterait le juriste, tout comme le décrit Ripert, à *découvrir* les principes juridiques. Lui-même d'ailleurs part à la recherche d'une compréhension de la notion de principe juridique. Il semble revendiquer le *principe juridique* comme une règle supérieure à laquelle toute autre règle (législative, jurisprudentielle ou coutumière) doit se conformer[847]. Cela semble aussi être la position de François Gény qui admet « en principe, la prévalence de la loi écrite, mais cherche à en adoucir la rigueur, du moins lorsque le texte se heurte au bon sens, ou porte un flagrant défi à la justice (...) »[848]. François Gény s'appuie sur Léon Duguit[849] et Maurice Hauriou[850] pour « assurer les principes supérieurs de l'ordre juridique contre les sciences ou défaillances des majorités qui font loi ». On semble retrouver (trente ans plus tôt) les mêmes principes supérieurs dont René David se serait peut-être inspiré.

Les exemples de principes supérieurs que donne Georges Ripert sont notamment: l'ordre public, le respect de la dignité de la personne humaine, la répression des crimes contre la paix, le droit à la propriété, la liberté d'enseignement, la liberté de la presse, la liberté d'association[851]. Le droit semble s'être inspiré de quelques unes de ces notions. Au Canada, les droits québécois et fédéral en ont même édictés sous forme de loi[852]. Mais peut-on affirmer que ces *principes* à leur état brut sont juridiques? Nous dirons plutôt avec Carré de Malberg qu'il semble s'agir

---

846 *Ibid.*.

847 *Ibid.*, pp. 330-332. Cette position se retrouve avec C. Grzegorczyk qui conclu, après un examen des différentes acceptions du terme « jurisprudence » en Angleterre, France et Allemagne: « La « jurisprudence » - méthode de la découverte des valeurs juridiques en vue du règlement des conflits humains, appartenant à la faculté de la raison pratique, et donc d'essence foncièrement philosophique - telle est à notre avis la compréhension profonde de ce concept. » C. GRZEGORCZYK, « Jurisprudence: phénomène judiciaire, science ou méthode ? », (1985) p. 52, précité note 501.

848 F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, Vol. IV, 1924, pp. 137-138, précité note 1.

849 L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 1923, précité note 41.

850 Maurice HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1923.

851 *Ibid.* pp. 341-342.

852 *Charte des droits et liberté de la personne*, L.R.Q., c. C-12, articles 3 (liberté d'association), 4 (dignité de la personne); 6 (droit à la propriété privé); *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, ch. 11, (R.U.)) dans L.R.C. (1985), App. II, no 44, articles 2 (liberté de la presse, liberté d'association); *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), App. III, articles 1 (propriété privé, liberté d'association, liberté de presse).

de valeurs universelles, non juridiques[853] et ce, même si le droit leur était soumis de la même façon que les lois de la physique ou celles de la physiologie s'appliquent à l'homme et que celui-ci doit obligatoirement en tenir compte pour sa survie. De la même façon, le droit tient compte aussi des faits qui se présentent à lui. Toutefois, dans le contexte normatif du droit moderne, nous avons vu que les lois, les valeurs ou les faits ne deviennent juridiques que lorsqu'ils sont édictés dans la loi, pouvant être ou étant sanctionnés par un tribunal ou mis en application par un comportement coutumier. Jean Pineau confirme cela implicitement en écrivant:

> « Indépendamment de cette fonction que remplit le Code civil, il faut dire que l'armature très solide, constituée par l'ensemble des règles écrites, fait en sorte qu'en matière civile les principes généraux sont invoqués moins fréquemment qu'en matière judiciaire ou administrative, et sans doute le seront-ils moins encore, dans la mesure où la nouvelle codification s'est appropriée certains d'entre eux pour les ériger en règles: ainsi l'enrichissement sans cause, l'abus de droit, la bonne foi dans l'exercice des droits, l'exception d'inexécution, sont autant de principes consacrée désormais par des dispositions particulières »[854].

Mais alors, du moins en ce qui à trait aux normes, il semblerait bien s'agir de règles juridiques. Les valeurs, de leur côté, pourraient tout aussi bien être des valeurs éthiques, religieuses ou autres. Appeler « juridiques » ces valeurs ou principes, reviendrait peut-être à étendre le domaine du droit aux valeurs sociales. Or, ces valeurs n'appartiennent pas seulement au droit, mais à l'ensemble des champs de relations humaines. Elles sont propres à la société dans son ensemble et

---

853 «Mais alors il est contraire à toute logique d'étendre la notion de droit à des préceptes, fussent-ils d'un ordre transcendant, qui n'ont pas reçu cette consécration étatique. Car c'est évidemment brouiller les catégories les plus nettement distinctes que de traiter concurremment ou alternativement de règles de droit, même en y mettant une *adjectio qualitatis* variable, des règles d'essence aussi irréductiblement différente que celles qui, d'une part, tirent leur force obligatoire de la puissance de l'État, et celles qui, d'autre part, proviennent des sources situées sur un plan infiniment supérieur à toute puissance d'ordre humain. », R. CARRÉ DE MALBERG, «Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique», 1977, p. 196, précité note 44 ; Voir aussi Georges Kalinowski qui distingue la « loi naturelle » de la « loi humaine »: « la loi humaine doit compléter la loi naturelle et comme elle conduire l'homme à sa fin et non l'en empêcher », Georges KALINOWSKI, « Logique et philosophie du droit subjectif », (1964) 9 *Archives de philosophie du droit* 37-43, p. 41.

854 Jean PINEAU, « La philosophie générale du nouveau Code civil du Québec », (1992) 71 *La Revue du Barreau Canadien* 423-444, p. 429.

s'apparenteraient davantage au « fondement » de Gilbert Hottois[855]. Si, comme dit Georges Ripert, ces valeurs s'imposent au législateur, en revanche, leur sanction n'est pas forcément juridique. Par exemple, la société réagit souvent par le scandale[856] ce qui engendre souvent une sanction politique.

Néanmoins, il semble raisonnable de penser que certaines valeurs puissent imposer « une limite » à « la souveraineté du droit positif »[857]. Ces valeurs pourraient même être qualifiées de *principes* sans pour autant être des principes *juridiques*. De la même façon aucun juge ni aucune loi ne saurait ordonner au meurtrier de redonner vie à sa victime. L'irréversibilité de la mort semble être un principe souvent accepté qui s'impose au droit, mais qui n'est pas juridique.

Portalis semblait lui aussi considérer le principe juridique sous cet angle:

> « Un principe n'est point une disposition. J'en conviens. Mais un principe devient une disposition quand il est sanctionné par la puissance législative. Avant la sanction publique, un principe n'est que le résultat d'un ou de plusieurs raisonnements que d'autres raisonnements peuvent atténuer ou obscurcir. Après la sanction publique, un principe devient un fait positif qui termine tous les raisonnements et toutes les incertitudes »[858].

Toutefois, à l'argument qui réclame un ascendant des valeurs morales sur le Code tel que cela avait été « expressément » énoncé dans le Livre préliminaire du projet de 1800 (an VIII)[859], nous répondons que le milieu juridique de l'époque de la codification ne semblait pas vouloir de philosophie dans le code. Pour cette

---

855 « Affirmer des fondements est, traditionnellement, une question de métaphysique ou de théologie, c'est-à-dire de transcendance. Le fondement - principe, axiome, valeur ou dogme - est intangible: il définit ce que nous pouvons (au double sens de "possible" et de "permis") et ce que nous ne pouvons pas faire. [...] Le fondement légifère, dicte, impose. Il est transcendant, c'est-à-dire en dehors, au-dessus ou en-dessous (mais à la façon d'une base inamovible et inaccessible qui porte et *délimite* toute construction possible). », Gilbert HOTTOIS, «Bioéthique: du problème des fondements à la question de la régulation», dans Gilbert HOTTOIS et Charles SUSANNE, *Bioéthique et libre-examen*, Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 1988, 101-111, pp. 103 et 109.

856 G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 1955, pp. 342-344, précité note 11.

857 *Ibid.* p. 344.

858 PORTALIS, « Corps législatif », 14 décembre 1801, pp. 243-254, précité note 46.

859 Voir par exemple: A. BOISTEL, « Le Code civil et la philosophie du droit », 1904, 47-70, pp. 47-48, précité note 715.

raison, comme l'écrit Marie-Claire Belleau et le constate aussi A. Boistel[860], les tribunaux ont demandé le retrait du Livre en entier. Ils n'auraient pas voulu travailler dans un contexte philosophique, mais dans un contexte positif, purement juridique. Elle cite, à cet égard, les commentaires des tribunaux de Paris et de Lyon:

> « Ainsi, le Tribunal de Paris écrit: "Rien de plus vrai que ces maximes vagues et quelques autres semblables qui se trouvent dans ce livre préliminaire; mais on ne pense pas qu'on doive faire autant d'articles d'un code, qui ne doit présenter que des règles claires et précises, et non pas des vérités abstraites, qui sont elle-mêmes le résultat d'une méditation sur les lois." Le Tribunal de Lyon renchérit: toute les maximes du projet constituent des "abstractions métaphysico-légales ... essentiellement sujettes à controverse, à discussion, à interprétation" qu'il demeure dangereux d'ériger en principes et de consacrer dans un Code[861] »[862].

Après la suppression de ce Livre, quoi qu'en dise A. Boistel, les principes philosophiques qui y étaient formulés semblent eux aussi être sortis du champ du droit ou du moins de la conception normative du droit. N'y sont restés que les principes juridiques que nous avons choisi de définir comme ce que A. Boistel appelle les « applications concrètes »[863].

Du côté du *common law*, la situation semblaient présenter les mêmes difficultés. En effet, tout comme Georges Ripert, les premiers auteurs rencontrés dans notre recherche relative aux principes distinguaient principe et règle juridique[864]. Michael Bayles par exemple, à quelques nuances près, embrassait la position de

---

860 *Ibid.*, p. 48.

861 FRANCE - TRIBUNAUX D'APPEL, *Observations des tribunaux d'appel sur le Projet de Code civil*, Paris: Imprimerie de la République, IX-X, 1802-03, Tribunal d'appel de Paris, p. 3 et Tribunal d'appel de Lyon, p. 9.

862 M.-C. BELLEAU, « Pouvoir judiciaire et codification: perspective historique », (1997-98) p. 87, précité note 801.

863 « Mais le Code n'a pas eu besoin des formules théoriques, qu'il a volontairement écartées, pour affirmer son respect à l'égard du droit individuel, conçu comme ayant un fondement extérieur et supérieur à la loi positive. Les applications concrètes, auxquelles le législateur s'est volontairement réduit, suffisent amplement pour consacrer, mieux que des formules abstraites, la reconnaissance de ce droit », A. BOISTEL, « Le Code civil et la Philosophie du Droit », 1904, p. 48, précité note 715.

Ronald Dworkin qui semblait considérer les principes comme des standards orientant le juge tant dans le choix que dans l'application de la règle juridique: « *Legal principles state the criteria for the standard of a good rule to be used in a judicial decision.* »[865] Ce n'était pas en ce sens que nous avons défini le terme *principe*. Néanmoins, le principe décrit par Ronald Dworkin semble *a priori* beaucoup plus juridique que celui de Ripert car il intervient directement, et dans le choix, et dans l'interprétation de la règle. Le principe de Ripert et David semble plus abstrait, car il ne servirait principalement que de guide au législateur ou à la communauté juridique. Il faut admettre qu'en droit anglais, le juge porte parfois un chapeau de législateur et, à ce titre, on pourrait penser que les principes dont il se sert ne sont pris que comme des guides ou des standards. Mais toute la différence avec le législateur réside dans le fait que le juge doit aussi appliquer la règle. Si, pour ce faire, il s'appuie sur des principes, aussi généraux soient-ils, comment ne pas considérer ces principes comme des règles juridiques? Le juge ne semble pouvoir faire appel à des valeurs - des principes supérieurs ou autres - qui ne sont pas des règles juridiques que sous son chapeau de législateur. Pour le reste, dans la plupart des situations, comme nous le verrons, lorsque le principe guide *l'application* d'une règle particulière ou sert carrément de fondement à une décision, il deviendrait, selon nous, une règle juridique. C'est donc sous cette forme que nous choisissons ici de le définir.

Ici encore, nous sommes conscients que ce choix conceptuel contourne un important débat sur la présence ou l'absence et l'importance ou la futilité des principes au sein des droit français, anglais ou québécois. Nous ne voulons pas ici nous inscrire derrière une théorie plus qu'une autre et leur évocation n'avait pour seul objectif que de mieux cerner la définition que nous entendions donner au principe juridique. En conséquence, cette définition peut sembler à ce stade artificielle, mais elle devrait être suffisante pour décrire une réalité juridique que nous croyons voir émerger à la fin du 18e siècle.

---

[864] « *More often I shall use the term "principle" generically, to refer to the whole set of these standards other than rules* [...] », R. D. DWORKIN, « The Model of Rules », (1965), pp. 22-23, précité note 60.

[865] Michael D. BAYLES, « Legal principles, rule and standards », dans: *Le raisonnement jurdique*, Actes du Congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale, Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1971, 223-228, p. 226.

Dans les États modernes « romano-germaniques », de nombreux principes juridiques pourraient avoir été intégrés aux codes. Parmi les nombreuses acceptions de la notion de positivisme juridique, la plus connue semble être celle qui appréhenderait le droit, de façon quasi exclusive, à partir de la loi dans un sens large:

> « D'après son étymologie (*jus positivum* scolastique), et selon l'usage le plus correct du monde des juristes, l'expression de positivisme juridique signifie: la reconnaissance pour source exclusive du droit des normes posées volontairement, par un législateur humain; et le refus d'en appeler à d'autres critères, telles que la nature, la justice ou l'utilité »[866].

Une recherche systématique et exclusive dans les lois afin d'établir le droit, pourrait se comprendre si ces lois étaient le substrat des principes juridiques. Nous verrons que cette logique semble se répéter dans les systèmes de *common law* où les principes auraient été énoncés par les tribunaux. D'ailleurs, même en droit civiliste d'origine romano-germanique, comme nous le verrons, la jurisprudence interviendrait dans l'élaboration du droit[867] et on y retrouverait aussi certains principes du droit.

En conclusion, nous pourrions associer le *principe juridique* à une règle juridique générale; fruit d'un processus intellectuel de théorisation. Le principe serait général, non parce qu'il touche un grand nombre de citoyens, mais par la quantité de situations juridiques auxquelles il serait susceptible de s'appliquer. Le principe porterait ainsi la théorie du droit. Sa généralité lui permettrait de véhiculer les valeurs de la société. Il faut pourtant le distinguer de ce que certains auteurs appellent le principe supérieur ou principe général. Le principe supérieur semble davantage se définir comme une valeur dont les règles devraient tenir

---

[866] M. VILLEY, «Kant dans l'histoire du droit», 1962, p. 57, précité note 793; Paul Roubier voit le positivisme juridique comme «la doctrine qui n'accorde de considération qu'au droit en vigueur, au droit pourvu de la sanction positive: expression peu heureuse, parce qu'elle entraîne une confusion avec le positivisme philosophique, c'est-à-dire, la doctrine d'Auguste Comte et de ses disciples, dont les conséquences juridiques sont entièrement différentes. Le véritable nom qu'on doit donner à ces théories est celui de théories juridiques formalistes, à cause de l'importance qu'elles donnent à l'élément extérieur et formel du droit, c'est-à-dire à l'organisme public qui détermine et sanctionne la règle juridique», P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, 2 e éd., 1951, pp. 54-55, précité note 40; Voir aussi: N.S. TIMACHEFF, «L'étude sociologique du droit», (1938) 1-2 *Arch. de phil. du dr. et de soc. jur.* 212.

[867] M. BASTIT, *Naissance de la loi moderne*, 1990, p. 9, précité note 403.

compte. Il ne s'agirait donc pas d'un concept propre au droit. S'il fallait traiter des principes supérieurs, la réflexion devrait s'élever à un niveau supérieur d'abstraction. Or, notre étude n'aspire pas à comprendre la philosophie sous-jacente à nos observations. Au contraire, nous verrons, concrètement, comment les deux grands systèmes de droit ont pu avoir changé leur droit en rapport avec les principes juridiques.

B. Le principe juridique et le système romano-germanique

Dans cette section, nous chercherons à comprendre la place du principe juridique au sein du système d'origine romano-germanique. L'examen s'effectuera à partir de codes et de la jurisprudence française et québécoise. Nous traiterons donc de ces deux sources de droit de façon consécutive.

1. La codification: un concept original

La codification « napoléonienne » a produit un texte réunissant un ensemble de règles du droit civil. Sauf exception pour certains textes célèbres (code d'Hammourabi, code Justinien ou code Canute) aucune législation ne semble avoir officiellement porté le nom de code[868]. Nous verrons que la codification moderne semble posséder quelque chose de particulier que n'auraient pas les autres textes législatifs. Nous verrons dans cette partie, à travers quelques

---

868 Le terme de "code" a souvent été utilisé pour désigner « toute espèce de collection ou de cahier, comme l'expression codex, dans "codex accepti et expensi". Plus spécialement, il sert à désigner un recueil de lois rassemblées par l'autorité publique ou par le zèle de juristes particuliers. », M. REGNAULT, *Histoire du Droit Public*, 1931-1932, p. 94, précité note 93; C'est ainsi que certaines ordonnances ont été qualifiées de codes par les juristes, pour ne citer que les plus connues: Code Michau (ordonnance de Janvier 1629), Code civil (ordonnance de 1667), Code criminel (ordonnance de 1670), Code marchand (ordonnance de 1673), Code de la marine (ordonnance de 1681). « Ces désignations et en particulier le nom de Code n'a jamais été admis au Palais; on exige des avocats quand il cite des textes dont il s'agit, qu'il les désigne par le mot "Ordonnance" en spécifiant la date. [...] De quoi il résulte que si, dans l'ancien droit français, l'expression "Code" a été souvent utilisée, elle marque une tendance [...] bien plutôt qu'une réalisation, telle qu'elle s'est produite à partir de 1804. », *ibid*, pp. 94-95.

exemples, que le principe juridique pourrait avoir un lien particulier avec la codification moderne. Cette analyse sera faite principalement en comparant certains passages des codes français aux anciens modes législatifs. La codification québécoise sera aussi examinée afin de d'exposer quelques similitudes entre ses caractéristiques et celles de la codification française.

D'après René David: « (p)our les juristes français, le but et l'effet de la loi sont d'exposer d'une façon aussi complète et systématique que possible les principes du droit dans une matière donnée: la loi, le code prétendent donner la solution de toutes les difficultés en cette matière, au moyen de règles méthodiquement présentées. »[869] Or la loi, et encore moins les codes, ne semble pas toujours avoir eu cette place au sein du droit français. Cette vision du droit, présentée par René David, constitue-t-elle une nouveauté ? Dans l'affirmative, comment expliquer la genèse d'une telle conception du droit ?

René David expose une réalité du droit sous la forme d'une organisation systématique du droit suivant une logique cohérente centrée autour du principe juridique. Nous avons associé les « règles méthodiquement présentées » à la notion de principes juridiques dans lesquels auraient été imprimées les grandes valeurs véhiculées par la société. Comment ces valeurs auraient-elles été traduites en droit? Laferrière expose qu'il ne s'agirait pas d'une coupure avec le passé, mais d'un réarrangement du droit, fondé certes sur le droit antérieur, intégrant aussi de nouvelles valeurs et ce, dans chacune des sections du nouveau code[870]. Il s'agirait en quelque sorte d'une refonte. La refonte pourrait

---

869 R. DAVID, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, 1948, p. 100, précité note 15; voir aussi G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 1955, pp. 348-350, précité note 11; J. RAY, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, 1926, précité note 728.

870 « C'est donc le spiritualisme social de l'Assemblée constituante, du droit romain ou rationnel, et du christianisme, qui a constitué la philosophie des législateurs modernes. - Et voilà pourquoi le Code civil, riche des lumières combinées de l'école romaine et de l'école française, est un Code essentiellement civilisateur. Il renferme trois caractères: TRADITION des anciens principes; TRANSACTION entre les coutumes et le droit romain; ORIGINALITÉ puisée dans les idées de la révolution de 89. - Il réfléchit l'esprit du christianisme, des coutumes et de la révolution dans le droit des personnes. - Il réfléchit l'esprit du christianisme et des lois romaines dans le droit relatif aux choses, dans le droit de propriété, des successions, et l'Égalité des partages. La propriété territoriale, sans entrer dans de nouvelles phases, comme l'ont supposé des doctrines contemporaines, subira, de notre temps, l'influence des progrès de l'industrie agricole et manufacturière, et verra sans doute s'unir à son esprit d'égalité et de liberté un principe plus large de mobilisation ou de circulation des valeurs réelles; l'économie politique, sous ce rapport, s'associera efficacement à la législation civile et à la réforme hypothécaire: mais ce ne sera encore qu'une nouvelle application du principe de 89, de la philosophie chrétienne et sociale de cette grande époque. », M. F. LAFERRIÈRE, *Histoire des principes, des institutions et des lois, pendant la Révolution française, depuis 1789 jusqu'à 1804*, 1851, p. 472-473, précité note 543.

donc être un processus inédit par lequel le législateur ressentirait le besoin de présenter sa loi suivant une logique d'ensemble[871]. Nous avons vu plus haut que cette logique pouvait aussi être considérée comme universelle. Les valeurs sociales se retrouveraient donc *explicitement* intégrées dans une législation centrale, sous une forme nouvelle.

Par ailleurs, les formes anciennes ont presque toutes été officiellement abolies d'un seul coup par l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII qui énonce qu'« (à) compter du jour où le code civil sera exécutoire, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements cesseront d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent code »[872]. F. Laurent précise qu'« (i)l suffit qu'une matière fasse l'objet du code civil, pour que tout l'ancien droit concernant cette matière soit abrogé. Ce qui aboutit à peu près à l'abrogation totale du droit antérieur à 1789. En effet, toutes les matières de droit privé sont traitées dans le Code Napoléon; nous ne connaissons qu'une seule lacune: il n'y est pas parlé des droits d'emphytéose et de superficie. L'ancien droit restait donc en vigueur dans ces matières. Sous le royaume des Pays-Bas, la lacune a été comblée par une loi spéciale »[873].

La codification peut-elle légitimement être considérée comme une *forme nouvelle* de législation; nouvelle par rapport à l'ancienne législation en vigueur avant la révolution ? Par *ancienne législation*, nous faisons référence à, potentiellement, tous le droit privé écrit depuis l'Antiquité jusqu'aux coutumes françaises réunies dans le *Nouveau coutumier général*[874]. Nous avons vu que le droit privé français, presque dans son ensemble, avant l'avènement d'une législation centrale, tirait sa source des coutumes. Chaque région avait ses coutumes, certaines écrites et d'autres non. Suite à l'*Ordonnance de Montilz-lez-*

---

[871] « La jeunesse, rebutée par les formes arides de la codification, est amenée à l'intelligence et à l'étude des lois par cette méthode rationnelle qui pose des principes pour en déduire les conséquences, et qui éclaire l'esprit en remontant à la raison des choses, aux motifs de la loi. », *ibid.*, p. 489; « Il ne saurait y avoir de bonne expression du droit commun si le code ne se présente comme un tout organisé dont les parties peuvent entrer en résonnance. », A.-F. BISSON, « Dualité de systèmes et codification civiliste », 1991, p. 48, précité note 527.

[872] F. LAURENT, *Principes de droit civil*, 1887, p. 36, précité note 63.

[873] *Ibid.*, p. 37.

[874] Charles A. BOURDOT DE RICHEBOURG, *Nouveau coutumier général*, Paris: Claude Robustel, 4 vol., 1724.

Tours, en 1453, du roi Charles VII, une vaste opération de rédaction et compilation des coutumes de France a été lancée[875]. Cette rédaction, effectuée « sans souci de systématisation, ni de classification »[876], tout le long du 16e siècle, a permis ultérieurement en 1724 la rédaction du Nouveau coutumier général[877]. Mais, écrit François Olivier-Martin, « la rédaction n'a pas changé la nature du droit coutumier qui reste ce qu'il était auparavant, un droit fondé sur la coutume. C'est-à-dire qu'il peut être abrogé par désuétude et que de nouvelles coutumes peuvent toujours naître »[878]. Le texte n'agirait donc pas comme une source de droit exclusive, ni même prioritaire. Le texte pourrait être réfuté par un usage contraire. Comment concilier cette position avec celle de F. Laurent lorsqu'il écrit:

> « La rédaction des coutumes changea la nature du droit coutumier. De droit non écrit, il devint un droit écrit. Les coutumes rédigées et approuvées étaient autant de codes locaux: il était défendu aux avocats de proposer et aux juges d'admettre d'autres coutumes que celles qui avaient été rédigées officiellement de l'avis des États et sous l'autorité du roi. Il est si vrai que l'on assimilait les coutumes aux lois, que les jugements qui les violaient étaient soumis à cassation, et que, quand il s'agissait de les réformer, il fallait recourir à l'autorité du roi[879] »[880].

Il ne s'agit pas, selon nous, de deux positions contradictoires. François Laurent, malgré son analogie avec le code, ne prétend pas que la coutume écrite est devenue la source exclusive du droit. Il rappelle simplement que les coutumes rédigées remplacent les coutumes non rédigées. Il ne dit pas qu'elles changent de rôle. Seule la source change:

> « Alors que la force de l'usage provenait du caractère obligatoire qui s'attachait à une norme en raison de la pratique commune, continue

---

875 Fr. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, 1951, précité note 14.
876 J. GILISSEN, *Introduction historique au droit*, 1979, p. 297, précité note 66.
877 *Ibid.*.
878 Fr. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, 1951, p. 423, précité note 14; J. GILISSEN, *Introduction historique au droit*, 1979, p. 265, précité note 66; D. GAURIER, « La rédaction des normes juridiques, source de la métamorphose du droit ? Quelques repères historiques pour une réflexion contemporaine », (2001) p. 39, précité note 164.
879 MERLIN, *Répertoire*, au mot *Coutume*, §2.
880 F. LAURENT, *Principes de droit civil*, 1887, p.13, précité note 63.

> et immémoriale qu'elle avait fait naître, le non respect entraînant sanction du comportement contraire, la force de la coutume rédigée dérive non plus du seul *consensus populi*, mais de l'autorité royale qui les décrétait »[881].

La source de la coutume change, mais les caractères de la coutume restent; celle-ci peut toujours être rendue « inopérante par désuétude en l'un de ses points »[882]. On peut constater cependant, que la rédaction des coutumes fut un pas dans l'appropriation du droit privé par le pouvoir législatif central[883]. En revanche, François Olivier-Martin va peut-être un peu trop loin dans sa description de la rédaction. Il semble voir en France, dès le début du 18e siècle, un droit commun français basé sur des principes du droit:

> « (...) le premier président Guillaume de Lamoignon, en rédigeant ses Arrêtés, revient directement à l'idée de préparer l'unification du droit coutumier en partant de la coutume de Paris. En 1720, un modeste praticien du Châtelet de Paris, Bourjon, publie un gros livre que les rédacteurs du Code civil utiliseront largement et dont le titre révèle le dessein: *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes.* Ainsi, dès la fin du XVIIe siècle ou le début du XVIIIe, la doctrine a le sentiment qu'il existe un «droit commun coutumier», c'est-à-dire un ensemble de principes cohérents dont s'inspirent les coutumes particulières des pays. Ce droit commun coutumier a sa source dans une tradition historique respectable; il a été dégagé par la jurisprudence avec l'aide de la doctrine et trouve son expression la plus exacte dans la coutume de Paris de 1580 »[884].

Cette position semble être confirmée entre autres[885] par Dominique Gaurier qui dans son récent article, suit pas à pas le développement historique du droit privé

---

881 D. GAURIER, « La rédaction des normes juridiques, source de la métamorphose du droit ? Quelques repères historiques pour une réflexion contemporaine », (2001) p. 34, précité note 164.
882 *Ibid.*, p. 39.
883 *Ibid.*, p. 33.
884 Fr. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, 1951, p. 426, précité note 14.
885 Voir à ce sujet: A. ESMEIN, « L'originalité du Code civil », 1904, pp. 16-18, précité note 781.

français. D. Gaurier constate que l'esprit de la codification serait déjà présent au sein des juristes du 17e siècle:

> « On voyait ainsi poindre, assez nettement, tout un travail préalable à une possible unification du droit, thème qui devait rester présent jusqu'à sa réalisation complète à travers le Code civil. Cette unification allait emprunter deux voies: celle de l'intrusion du rationalisme cartésien, renforçant encore la volonté de donner à l'ensemble du droit un caractère de logique déductive, à partir de principes généraux, et celle d'un décloisonnement progressif nécessaire du droit français par rapport aux diverses sources originelles (...) »[886].

Lui aussi prend, entre autres exemples, François Bourjon dont les objectifs étaient notamment de: « 5- Réduire la coutume (...) aux principes et aux décisions (...); négliger cette réduction, ce seroit couvrir, ce seroit anéantir ce point de vue général; 7- Rendre sur chaque matière l'analogie sensible par l'enchaînement prompt et non interrompu de tous ses principes (...) »[887].

Une telle position semble, *a priori*, contredire notre thèse qui expliquerait l'organisation du droit autour du principe juridique comme un effet possible d'une influence de la mentalité scientifique à partir de la fin du 18e siècle seulement. Bien que les codificateurs se soient inspirés du droit coutumier, il n'en demeure pas moins que leur mentalité pouvait être très différente de celle des compilateurs de la coutume. Il faut à ce stade, nous faire notre propre opinion en comparant quelques textes.

a) Coutume de Paris (1580-1724) et Code civil (1804)

N'ayant pu mettre la main sur un texte complet, nous utiliserons principalement le *Projet de Code* avec le *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil,*

---

886 D. GAURIER, « La rédaction des normes juridiques, source de la métamorphose du droit ? Quelques repères historiques pour une réflexion contemporaine », (2001) pp. 48-49, précité note 156; A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français*, 1969, précité note 618.

887 F. BOURJON, *Droit commun de la France et la Coutume de Paris réduits en principes*, 1770, précité note 764.

par P.A. Fenet[888]. Ce recueil comprend notamment les dispositions de la *Rédaction définitive du Conseil d'État* (5 janvier 1804). Il s'agit du même texte que le premier code de 1804 (hormis la table des matières) entrecoupé de divers commentaires. Puisque dans ce recueil, la vue d'ensemble et la suite logique des règles est difficile à suivre, nous en compléterons les informations recueillies par celles du *Projet de Code civil présenté le 24 Thermidor an 8* (1800)[889]. Ce projet fut l'objet du célèbre discours préliminaire signé par Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu et Maleville. Le premier texte nous donne une vision juste du droit codifié, car il contient les mêmes dispositions que la forme définitive du premier code de 1804; le second, une vue d'ensemble de la codification. Le Code sera analysé en parallèle avec la Coutume de Paris de 1580 reprise dans le *Nouveau coutumier général* (1724)[890] dont François Olivier-Martin nous dit qu'il contient des principes juridiques.

Notons, tout d'abord, que la Coutume de Paris de 1580 est divisée en 16 titres pour 362 articles, alors que le Code civil contient 2489 articles, 157 sections, 122 chapitres et 35 titres divisés en 3 livres (*Des personnes, Des biens et des différentes modifications de la propriété, Des différentes manières dont on acquiert la propriété*). Déjà, l'organisation physique des deux textes est très différente (voir Annexe). La lecture des tables des matières respectives engage à constater que la rédaction de 1580 ressemble à une compilation de règles, où la cohésion n'est pas évidente, alors que le Code civil de 1804 s'apparente davantage à une *organisation* de règles[891].

Les matières des coutumes de 1580 se présentent comme suit: «

> « I. De Fiefs.
>
> II. Des Censive & Droicts Seigneuriaux.
>
> III. Quels biens sont meubles, & quels immeubles.

---

888 P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 1867/1968, précité note 780.

889 *Projet de Code civil* présenté par la Commission nommée par le Gouvernement, Le 24 Thermidor an 8, Paris: Garnery, germinal an IX (1800).

890 *Nouveau coutumier général*, par BOURDOT DE RICHEBOURG, vol. III, 1724, précité note 874.

891 Voir copie en Annexe des Tables des matières respectives ainsi que des extraits de quelques dispositions de chaque texte.

IV. De Complainte en cas de Saisine, & de Nouvellete, & simple Saisine.

V. Des Actions personnelles & d'Hypotheque.

VI. De Prescription.

VII. de Retrait Lignager.

VIII. Arrests, Executions& Gageries.

IX. Des Servitudes & rapports de Jurez.

X. Communauté de biens.

XI. Des Douaires.

XII. De Garde Noble & Bourgeoise.

XIII. Des Donations & Don Mutuel.

XIV. Des Testamens & executions d'iceux.

XV. De Succession en ligne directe & collaterale.

XVI. De Criées. »

Le contenu de ces titres nous indique qu'il semble s'agir essentiellement d'un droit des biens et de leur jouissance. On retrouve, réparties un peu partout, des notions d'acquisition de la propriété (ex.: titres IV; V; VI; XI; XIV et XV) et des notions d'usage (ex.: Titre I, II, IX, X, XII). S'il existe une cohésion ou une logique dans ce texte, elle ne nous apparaît pas à sa face même. En comparaison, les 1947 articles du code civil relatifs aux biens, se présentent de la façon suivante:

« Livre II. Des biens et des différentes modifications de la propriété

Titre I. De la distinction des biens.

Chapitre I. Des immeubles;

Chapitre II. Des meubles, & de l'acception de ce terme;

Chapitre III. Des biens dans leur rapport avec ceux qui les possèdent

Titre II. De la pleine propriété

Section I. Du droit d'accession sur ce qui est produit par la chose

Section II. Du droit d'accession sur ce qui s'unit et s'incorpore à la chose

Distinsction I. Du droit d'accession relativement aux choses immobilières;

Distinction II. Du droit d'accession relativement aux choses mobilières

Titre III. De l'usufruit, de l'usage & de l'habitation

Chapitre I. De l'usufruit

Dispositions générales

Section I. Des droits de l'usufruitier;

Section II. Des obligations de l'usufruitier

(...)

Titre IV. Des servitudes ou services fonciers

(...)

Livre III. Des différentes manières dont on acquiert la propriété

Titre I. Des successions (...) Titre XX. De la prescription »

Sans entrer dans les détails, on peut constater que le code civil de 1804 organise ses règles en permettant une certaine logique déductive du général au particulier ou du conceptuel vers l'application.

On peut objecter qu'il eût été difficile de réunir les nombreuses dispositions du code civil sans un sérieux travail de synthèse; le nombre justifiant la synthèse. L'argument opposé peut aussi être avancé, c'est-à-dire que l'esprit de synthèse, florissant à la fin du 18e siècle, a pu être un facteur dominant permettant la multiplication des dispositions législatives. Toutefois, ces observations sur l'aspect physique des tables des matières ne nous semblent pas suffisamment significatives pour justifier un postulat sur l'existence d'une nouvelle façon de légiférer. En effet, les textes romains semblaient présenter eux aussi une organisation d'une certaine complexité.

Comparons plutôt les textes eux-mêmes. Il ne s'agit pas ici de comparer le fond du droit, mais la façon dont il est exprimé. Le *fond* du droit est, en principe, associé aux mœurs des citoyens, alors que le *mode d'expression* des règles relève davantage de la mentalité du législateur et de la communauté juridique. Nous prendrons ici quelques exemples de chaque texte afin de vérifier si on peut y observer certains changements et entrevoir éventuellement la nature de ces changements.

Le titre III de la Coutume de 1580 s'intitule « Quels biens sont meubles, & quels immeubles ». Ce titre comporte huit articles (88 à 95). L'article 88 distingue les biens meubles des biens immeubles et les sept autres articles exposent des

exemples particuliers: Ustancilles d'hostel, poisson estant en estang ou en fosse, Bois couppé, bled, foin, somme de deniers donnée par pere, mere, ayeul ou ayeulle, rentes constituées à pris d'argent, office venal, etc:

> « Titre III. Quels biens sont meubles, & quels immeubles.
>
> LXXXVIII. En la prevosté & Vicomté de Paris y a deux sortes espece de biens seulement: C'est à sçavoir, meubles & immeubles (c).
>
> LXXXIX. Cedules (d) & obligations faictes pour sommes de deniers, marchandises, ou autres choses mobiliaires, sont censez & reputez meubles (e).
>
> XC. Ustanciles d'hostel qui se peuvent transporter sans fraction & deterioration, sont aussi reputez meubles: mais s'ils tiennent à fer & à cloud, ou sont scellez en plastre, & sont mis pour perpetuelle demeure, & ne peuvent estre transportez sans fraction & deterioration, sont censez & reputez immeubles: comme un moulin à vent & à eaue, pressouer édifié en une maison, sont reputez immeubles, quand ne peuvent estre oster sans despecer ou desassembler, autrement sont reputez meubles
>
> XCI. Poisson estant en estang ou en fosse, est reputé immeuble: mais quand il est en boutique ou reservoir, est reputé meuble.
>
> XCII. Bois coupé, bled, foin, ou grain foyé ou fauché, supposé qu'il soit encore sur le champ, & non transporté, est reputé meuble: mais quand il est sur le pied & pendant par racine, est reputé immeuble (f).
>
> XCIII. Somme de deniers donnée par pere, mere, ayeul ou ayeulle, ou autres ascendans, à leurs enfans en contemplation de mariage, pour estre employée en achat d'heritages, encores qu'elle n'ait esté employée est reputée immeuble, à cause de la destination (h).
>
> XCIV. Rentes constinuées (i) à pris d'argent, sont reputés immeubles (k) jusques à ce qu'elles soient rachetées, toutefois au cas que celles qui appartiennent à mineurs (l), soient rachetées, pedant leur minorité, les deniers du rachat, ou le remploy d'iceux en autres rentes ou heritages, sont censez de mesme nature & qualité d'immeubles, qu'estoient les rentes ainsi rachetées, pour retourner aux parens du costé & ligne dont lesdites rentes estoient procedées (m).
>
> XCV. Office venal (n) est reputé immeuble, & a suitte par hypothèque quand il est saisi sur le debiteur par autorité de Justice paravant resignation admise & provision faite au profit d'un tiers: & peut estre crié & adjugé par decret: & toutefois (o) les derniers provenans de l'adjudication, sont sujets à contribution, comme meubles, entre les creanciers opposans qui viennent pour ce regard à desconfiture (p) au sol la livre. »

Seul l'article 88 comporte *a priori* un principe juridique: « En la Prevosté & Vicomté de Paris y a deux sortes & especes de biens seulement: c'est à sçavoir, meubles & immeubles (*c*). » L'annotation (c)[892] indique: « Les meubles suivent la personne, & se reglent suivant la coûtume de son domicile, & les immeubles suivent la coûtume du lieu où ils sont situés. ». Le principe résiderait dans le caractère général et abstrait de la distinction entre les meubles et les immeubles. Cette

[892] Annotation dont on retrouvera le contenu transposé à l'article 6 C.c.B.-C..

disposition ne fait pas allusion à une situation particulière, mais établit une règle générale qui servira par la suite de barème à plusieurs cas particuliers. Les autres règles, dans une liste énumérative, semblent toutes faire appel à des situations particulières de la vie juridique. Elles ne nous apparaissent pas détenir le caractère de généralité que possède la distinction entre meubles et immeubles.

De son côté, le titre (Livre II, Titre premier) correspondant du Code civil de 1804 est intitulé « De la distinction des biens » [893]. Ce titre s'inscrit dans le livre deuxième: «Des biens, et des différentes modifications de la propriété». Seuls les deux premiers chapitres sont pertinents aux fins de la comparaison. Ils réunissent vingt et un articles dont le premier s'énonce comme suit: «510. Tous les biens sont meubles ou immeubles». Cet article reprend le principe juridique de l'article 88 de la Coutume de Paris de 1580. À ce stade de l'analyse seul le nombre d'articles diffère d'un texte à l'autre. En poursuivant l'étude du Code de 1804 on constate qu'il contient cinq autres principes juridiques:

> «Chapitre premier. Des immeubles.
>
> 511. Les biens sont immeubles, ou par leur nature, ou par leur destination, ou par l'objet auquel ils s'appliquent.
>
> 512. Les fonds de terre et les bâtiments sont immeubles par leur nature.
>
> 524. Les objets que le propriétaire d'un fonds y a placé pour le service et l'exploitation de ce fonds sont immeubles par destination. (...) Sont aussi immeubles par destination tous effets mobiliers que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure.
>
> Chapitre II. Des meubles.
>
> 521. Les biens sont meubles par leur nature ou par la détermination de la loi.
>
> 522. Sont meubles par leur nature les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, comme les animaux, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère, comme les choses inanimées.

---

[893] On retrouve ce même Titre dans le Code civil d'aujourd'hui en 2002.

On remarque que les biens ne sont pas désignés précisément, mais évoqués: les fonds de terre, bâtiments, les objets, effets mobiliers, les corps, les choses inanimées, etc.. Nous y voyons déjà un souci d'englober une large réalité. De plus, ces notions générales sont associés à d'autres notions générales: par destination, par l'objet auquel ils s'appliquent, par leur nature, pour le service et l'exploitation, attachés à perpétuelle demeure, par la détermination de la loi, etc.. Aucun exemple particulier n'est utilisé et l'on reste dans le général.

Certes, on retrouve quelques-unes de ces notions dans l'ancien texte, montrant que les codificateurs n'ont pas tout inventé, mais elles sont utilisées dans le cadre d'exemples assez particuliers: ustancilles d'hostel, bois coupé, foin, etc.. Il est possible que ces exemples ne soient que des images utilisées en guise d'illustration d'une réalité plus vaste. Elles n'en demeurent pas moins des cas particuliers.

Les principes juridiques ci-dessus prennent la forme de dispositions énonciatives plutôt que de prescriptions impératives[894]. Cela ne signifie pas pour autant que tous les principes sont énonciatifs. Par exemple, en restant dans le cadre des biens, le premier alinéa de l'article 530 contient un principe juridique impératif:

> 530. Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois. (...)

Ces principes, par ailleurs, en dépit du fait qu'il établissent les bases du droit des biens, ne revêtent pas le même degré de généralité que d'autres principes plus fondamentaux, tels que le principe qui déclare le caractère contractuel du mariage. Néanmoins, ils sont suffisamment généraux et objectivés pour se démarquer des règles particulières[895].

On pourrait encore objecter que cette forme de rédaction n'est d'aucune façon liée à l'influence d'une mentalité scientifique, mais plutôt de la création de nouvelles subtilités dans les relations juridiques. Pourquoi, alors, les textes des

---

[894] A. C. ANGELESCO, *Technique législative en matière de codification civile*, 1930, p. 542, précité note 542.

[895] Pour de multiples exemples de principes juridiques, voir: J. BOULANGER, «Principes généraux du droit et droit positif», 1950, précité note 12.

coutumes ne se sont-ils pas davantage raffinés pendant les deux siècles (entre 1580 et 1724) qui ont précédé la codification ? C'est, en effet, approximativement le même texte qui est repris dans le *Coutumier général* de 1724. De plus, les immeubles par destination existaient en 1580 s'il l'on en croit les articles 93 et 94 de la Coutume de Paris de 1580 qui donne artificiellement l'affectation d'immeuble à la « (s)omme de deniers» donné par les parents pour estre employée en achat d'heritage » ou encore les « (r)entes constituées à pris d'argent ». De même, la notion de « perpétuelle demeure » existait dans l'ancien texte de 1580, sans avoir été, semble-t-il, exprimée sous une forme générale mais intégrée dans un exemple particulier:

> « XC. Ustancilles d'hostel que se peuvent transporter sans fraction & deterioration, sont aussi reputez meubles: mais s'ils tiennent à fer & à cloud, ou sont scellez en plastre, & sont mis pour perpeteulle demeure, & ne peuvent estre transporter sans fraction & deterioration, sont censez & reputez immeubles: comme un moulin à vent & à eaue, pressouer édifié en une maison, sont reputez immeubles, quand ne peuvent estre ostez sans despecer ou desassembler, autrement sont reputez meubles ».

On retrouve ici les mêmes notions juridiques que celles exprimées dans le Code civil de 1804. La différence réside dans le fait que, dans l'article 90 (XC) de la Coutume de Paris, ces notions ne sont pas formulées sous formes de principe, mais sont énoncés dans une règle particulière relative aux « Ustancilles d'hostel ».

Certes, il ne s'agit que d'extraits de textes et nous ne prétendons pas étendre nos observations à l'ensemble des documents respectifs. Néanmoins, il serait légitime de questionner ici l'origine de ces différences ponctuelles. Selon Paul Ourliac et Jean-Louis Gazzaniga:

> « Ce qui caractérise le droit ancien, c'est que rien n'y est factice ou abstrait; on peut presque dire que le fait prime le droit, tout au moins, le droit est toujours élaboré à partir d'une situation de fait. La propriété par exemple, n'est pas considérée abstraitement comme un droit,

> mais concrètement comme un pouvoir qui permet l'usage d'une chose et qui n'est pas forcément perpétuel et absolu. (...) L'histoire de l'ancien droit sera conduite jusqu'à la loi du 5 juillet 1790 par laquelle l'Assemblée nationale décida « qu'il serait fait un code des lois simples et claires appropriées à la Constitution » »[896].

Cette remarque s'inscrit assez bien dans nos observations et appelle peut-être une interprétation plus large à l'égard de la subjectivité de quelques articles du texte de 1580 comparée à la généralité de leurs pendants du code de 1804.

Par exemple, nous ne pouvons souscrire à l'affirmation de François Olivier-Martin qui semble assimiler « droit commun coutumier » à « un ensemble de principes cohérents ». Il est possible que le droit coutumier de Paris ait servi d'inspiration aux « coutumes particulières des pays », mais nos quelques observations semblent infirmer l'assimilation du droit coutumier à un « ensemble de principes »[897]. Il faut ici nous rapporter à la notion de principe juridique que nous avons défini comme *une règle juridique générale et abstraite*. Or, la doctrine de la fin du 17e siècle ne semblait pas utiliser l'expression d'«ensemble de principes» suivant le même sens. À cette époque, il nous apparaît qu'il s'agissait plutôt d'un ensemble de *préceptes* juridiques compilés dans un ouvrage. C'est d'ailleurs la même conception du droit qui semble avoir été véhiculée depuis les Romains à travers le Code théodosien (438), les Codes justiniens (529 et 534), les lois saliques (fin 5e au 9e siècle), la Loi des Burgondes (fin 5e siècle), les lois des Wisigoths (5e au 8e siècle), le Bréviaire d'Alaric, le *Grant Coustumier de France*, etc.[898] pour ne citer que les textes les plus connus.

En dépit de nos conclusions précédentes, la lecture du *Grand Coutumier de France* nous incite à apporter une nuance de taille. « (l)l nous représente le dernier état du droit français, au moment où la coutume va faire place à la législation, où ce ne seront plus l'usage et la jurisprudence qui feront loi, mais bien l'ordonnance et la volonté du Roi. Là se trouvent les origines de la Coutume de

---

[896] Paul OURLIAC et Jean-Louis GAZZANIGA, *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, Paris: Albin Michel, 1985, pp. 9-10.

[897] Fr. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, 1951, p. 426, précité note 14

[898] Pour avoir accès à des extraits de ces textes, voir: J. GILISSEN, *Introduction historique au droit*, 1979, pp. 89 et 163-164, précité note 66; Fr. OLIVIER-MARTIN, *ibid.*, p. 13-21.

Paris et celles de notre procédure »[899]. « Le Grant Coustumier était un livre pratique; c'était à la fois un code civil, un code de procédure et un formulaire. La première réforme de la Coutume de Paris, en 1510, modifia en certains points le droit civil »[900]. Il représente donc, plus ou moins, un concentré des règles juridiques telles qu'elles ont évolué depuis le début du 14e siècle[901]. Or, les dix premiers chapitres du second livre sont presque exclusivement constitués d'énoncés de principes. Selon nous, l'exemple le plus manifeste se situe dans le chapitre VI qui distingue les types de servitudes:

> « Servitude procède par trois manières, car servitude si est ou de personne à personne, ou de chose à la personne, ou de la chose à la chose. De personne à personne, comme les unes personnes sont de serve condition, et de servitude subjectes à leurs seigneurs. De la chose à la personne, comme les choses qui doibvent cens, rentes, revenues, usufruict, et semblables, sont serves à la personne. De la chose à la chose comme les servitudes des esgous, glacouers *rusticorum praediorum et urbanorum*, là où aucunes choses sont serves aux autres »[902].

Les principes juridiques existaient donc, au moins, depuis le début du 14e siècle. L'esprit scientifique, tel que nous l'avons circonscrit, n'était pas aussi populaire à cette époque qu'il semble l'être devenu à la fin du siècle des Lumières. La science n'a donc pas le monopole de l'abstraction. Mais alors, où pourrait se situer, le cas échéant, la part de l'influence de la science ? Nous avons vu que le principe juridique pouvaient constituer un médium adapté à l'esprit scientifique. En 1969, lors de la réimpression de l'édition de Paris de 1868, les auteurs nous décrivent le second livre:

> « Le second livre commence par une traduction de quelques définitions empruntées aux Institutes de Justinien; il donne les

---

899 E. LABOULAYE et R. DARESTE, *Le Grand Coutumier de France*, 1969, p. X, précité note 21.

900 *Ibid.*, p. IX.

901 « Tout ce que nous pouvons dire, c'est que, dans le quatrième livre, on trouve des arrêts de 1372, 1379, 1382, 1387, tandis que, dans les livres II et III, les arrêts cités sont de 1325, 1327, 1335, etc., ce qui supposerait une rédaction antérieure au règne de Charles VI, au moins pour ces deux livres. », *ibid.*, p. XXI.

commandements du droit, il dit ce qu'il faut entendre par droit écrit et droit non écrit, coutume, us et usage, stile et usage; il y joint la division des choses, leur distinction en choses corporelles et incorporelle, et traite ensuite brièvement des servitudes, des cautions, de l'usucapion et prescription, du don et de l'obligation. Tout ceci est emprunté, suivant toute apparence, de quelque abrégé français du droit romain. Vient ensuite la compilation du droit coutumier, et du stile en usage devant le Parlement de Paris. L'auteur y parle des seigneurs et des seigneuries, de la division des personnes en nobles et non nobles, de l'exécution des lettres, de la *reivendication*, de la différence des commissions, de la division des meubles, des cas de novelleté, des libelles en cas de possession, des amortissements, des criées de maison, du champart, de la saisine en fief, de *feudis*, des coutumes des fiefs, du rachat des fiefs, du droit des censiers, des douaires, des retraits lignagers, du droit des propriétaires, des nues et égouts, des cas de péril, de succession, testament et exécution d'iceux, de garde et bail, des mineurs, tuteurs et curateurs, des délits et crimes, de ceux qui peuvent ester en jugement, enfin des assurements. Ce second livre est fort curieux, il contient les premiers germes de la Coutume de Paris, et peut servir à éclairer certaines origines de notre Code civil; mais il suffit d'une lecture rapide pour s'assurer qu'on a devant soi, non pas une œuvre originale, non pas une compilation faite dans un ordre méthodique, mais simplement un recueil fait de toute mains, et composé de pièces assemblées au hasard (nous soulignons) »[903].

Les auteurs de la nouvelle édition du Grand Coutumier de France constatent ici une absence de direction dans le texte et ce, malgré la présence d'une quantité appréciable de principes juridiques. Or, selon Alexandre C. Angelesco, « (c)e qui caractérise la codification, c'est la systématisation, l'arrangement logique et cohérent du matériel auquel elle s'applique »[904]. L'apport de la mentalité

---

[902] *Ibid.*, p. 196.
[903] *Ibid.*, p. XII.
[904] A. C. ANGELESCO, *Technique législative en matière de codification civile*, 1930, p. 203, précité note 542; voir aussi: F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Essais critiques*, t. I, 1919, p. 23,

scientifique a pu être d'organiser le droit *autour* des principes du droit: « Quant aux besoins du rapport logique, il s'explique par lui-même. Il s'obtient par le classement des exceptions et des règles subordonnées, à la suite des règles principales »[905]. Le codificateurs étaient peut-être mus par une volonté de cohésion d'ensemble et avaient pu voir dans les principes juridiques le substrat idéal d'intégration des grandes valeurs sociales[906]. Comme dit René David[907], les codificateurs n'ont pas inventé un droit nouveau. En revanche, ils ont pu l'exprimer sous une forme nouvelle, *à partir* de principes juridiques et une logique d'ensemble[908]. C'est ce que semble confirmer A. Vigié dans sa contribution au livre commémorant le centenaire du Code civil:

> « Ainsi le Code n'a été ni une œuvre révolutionnaire, ni le produit d'une volonté arbitraire ou d'un système philosophique; il a été bien plutôt le résultat du développement progressif du Droit, qui s'est manifesté sous une forme nouvelle, pour être en rapport avec des besoins nouveaux, avec un nouvel état de la société. Le législateur n'a pas créé un droit nouveau, il a constaté et confirmé les résultats déjà obtenus; il les a

---

précité note 550; Léon AUCOC, Bull. Soc. Et. Leg., 1874, p. 371; ALVAREZ, *Nouvelles conceptions des études juridiques et de la codification du droit civil*, Paris, 1904, p. 288; R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique pour servir d'introduction à l'Étude des obligations*, Paris, 1911; Henri CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, Paris, 1922, pp. XI-XII; J. RAY, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, 1926, précité note 728.

905 A. C. ANGELESCO, *Technique législative en matière de codification civile*, 1930, p. 538, précité note 542.

906 « Si les codificateurs tiennent à l'édification de principes abstrait en règles de droit, ils s'efforcent aussi de les ranger dans des catégories suivant les « diverses espèces de rapports qui existent entre des hommes vivant dans la même société ». », M.-C. BELLEAU, « Pouvoir judiciaire et codification: perspective historique », (1997-98) pp. 88-89, précité note 801.

907 *Le droit français*, 1960, p. 13-14, précité note 30; « [L]'esprit de synthèse normative qui doit présider à une codification ne serait en tout cas pas respecté si, à côté de dispositions techniques (sans doute les plus nombreuses) qui entrent dans le détail dans une langue terre à terre (ex: la liste des placements présumés sûrs, art. 1336), ne se retrouvaient des dispositions de principe, des dispositions d'orientation, des dispositions rassembleuses, où le style doit se faire lapidaire, voire solennel, peut-être même poétique. », A.-F. BISSON, « Dualité de systèmes et codification civiliste », 1991, p. 48, précité note 527.

908 « Le codificateur, [...], sait fort bien qu'un Code, d'une part, ne peut avoir la prétention de tout dire et de tout prévoir et, d'autre part, doit exprimer surtout au niveau des principes et des règles générales et non sous la forme détaillée représentée par ce que l'on appelle parfois la "législation statutaire". », Jean-Louis BAUDOUIN, « Quelques perspectives historiques et politiques sur le processus de codification », dans: Actes des journées louisianaises de l'Insitut canadien d'étude juridiques supérieures, *Conférences sur le nouveau code civil du Québec*, Cowansville: Yvon Blais, 1991, 13-23, p. 14; voir aussi , M. TREILHARD, « La présentation au corps législatif, et exposé des motifs », dans P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 1867/1968, pp. 32-41, précité note 780.

soumis à un travail de révision et d'épuration, les a coordonnés, les a mis en harmonie les uns avec les autres, il en a formé une Loi unique »[909].

De surcroît, l'utilisation des anciens principes juridiques encore pratiqués par la société et les juristes s'harmonise bien avec un esprit de découverte qui tendrait à conserver un lien entre la théorie et la réalité. C'est ce qui ressort de la lecture de la Table des matières, de l'ouvrage de F. Laurent sur le droit civil. Les énoncés des principes foisonnent volontairement d'une section à l'autre. Si les principes qu'il décrit ne sont pas tous inscrits dans le code, il n'en demeure pas moins qu'une grande part a été intégrée aux textes. Par exemple, au chapitre 1er relatif aux Français, F. Laurent écrit: « La question de savoir qui est Français, donne souvent lieu à de sérieuses difficultés. Pour les décider, il faut partir de principes certains. Les principes ont varié, et il arrive parfois que les vieilles maximes continuent à exercer leur empire sur l'esprit des jurisconsultes, sans qu'ils se rendent compte de cette influence. Voilà pourquoi nous commençons par poser quelques règles fondées sur le texte et sur l'esprit du code civil »[910]. Cela illustre peut-être l'influence d'une nouvelle mentalité du 19e siècle, organisée de façon rigoureuse dans une loi construite autour des principes du droit.

Avant de poursuivre, il nous faut revenir sur d'autres objections majeures. John Gilissen écrit en parlant des ordonnances de Colbert:

> « À l'époque de Louis XIV on assiste à un premier effort de codification de certaines branches du droit et à une tendance systématique à l'unification du droit français. (...) en réalité, le principal but ne fut pas atteint: il n'y eut ni code civil, ni code pénal; par contre, la procédure et le droit commercial furent systématiquement remaniés et codifiés. Les principales ordonnances sont: - *Ordonnance civile sur la réformation de la justice* de 1667 (appelée Code Louis) - *Ordonnance criminelle* de 1670 - *Ordonnance sur le commerce* de 1673 (appelée Code Marchand) - *Ordonnance sur le commerce des mers* de 1681 (ou

[909] A. VIGIÉ, « De la nécessité d'une Édition du Code civil au point de vue historique », 1904, pp. 27-28, précité note 193.
[910] F. LAURENT, *Principes de droit civil*, 1887, p. 419, précité note 63.

Code de la Marine) - *Ordonnance touchant la police des Iles de l'Amérique* de 1685 (ou Code noir) »[911].

Ici encore, Dominique Gaurier soutient le même point de vue:

> « (...) le thème de la codification, s'il devait trouver un écho plus fort dès la seconde moitié du XVIII[e] siècle, ne participait pas moins à une démarche beaucoup plus ancienne, presque récurrente, serait-on même conduit à affirmer. (...) Ce ne fut que sous le règne de Louis XIV que l'entreprise de codification devait prendre une nouvelle ampleur, à l'instigation de Colbert qui ne visait pas tant à introduire un nouveau droit, qu'à rationaliser l'ordre et l'expression d'un droit très dispersé dans différentes sources pas toujours aisément accessibles »[912].

Nous devons faire part de notre désaccord sur cette perception des grandes ordonnances du 17[e] siècle, car nous pensons, encore ici, que ces textes n'ont pas les caractères de généralité et d'organisation des codes du 19[e] siècle. Tout d'abord, le législateur ne souhaitait voir aucune interprétation de ses textes:

> « Titre I, Article VII. Si dans les jugements des procès qui seront pendans en nos cours de parlement et autres nos cours, il survient aucun doute ou difficulté sur l'exécution de quelques articles de nos ordonnances, édits, déclarations et lettres patentes, nous leur défendons de les interpréter, mais nous voulons qu'en ces cas elles aient à se retirer par-devers nous pour apprendre ce qui sera de notre intention »[913].

---

911 J. GILISSEN, *Introduction historique au droit*, 1979, pp. 298-301, précité note 66.

912 D. GAURIER, « La rédaction des normes juridiques, source de la métamorphose du droit ? Quelques repères historiques pour une réflexion contemporaine », (2001) p. 70, précité note 164.

913 *Ordonnance civile de Louis XIV touchant la réformation de la justice*, avril 1667, Titre I, dans: J. GILISSEN, *Introduction historique au droit*, 1979, p. 311, précité note 66; notons que le Code de Justinien contient une disposition semblable: « Comme il n'y a que le prince qui ait l'autorité d'établir des lois, il n'y a aussi que lui seul qui ait le pouvoir d'interpréter celles qui sont établies; parce que l'interprétation de la loi sert de loi et qu'elle en a l'autorité: *Quis enim legum œnigmata solvere, et omnibus aperire idoneus esse videbitur, nisi is cui soli legislatorem esse concessum ?* dit l'empereur Justinien dans la loi 22 au Code, liv. I, tit. 14. Toutefois l'interprétation des lois peut se faire par ceux auxquels le prince en aura donné le pouvoir; par la raison *que parvi refert en princeps per se vel per alium faciat.* Code, liv. I, tit. 14, lois 1 et 9. », FIEFFÉ-LACROIX, *La clef des lois romaines ou dictionnaire annalytique et raisonné de toutes les matières contenues dans le Corps de Droit*, t. I, Metz: C. Lamort, 1809, p. 511 au mot *Interprétation.*

Une telle position du législateur nous semble contradictoire avec la vocation générale d'un code énonçant des principes juridiques sujets à interprétation suivant les circonstances[914]. Nous comparerons dans les prochaines pages quelques aspects de l'*Ordonnance de 1667 pour les matières civiles*[915] et du *Code de procédure civile* français de 1806[916] afin de vérifier, ici encore, si l'ancien et le nouveau textes sont de la même facture ou si au contraire leurs natures se distinguent. Le texte de 1667 est souvent désigné comme un des seuls codes de cette époque qui mérite cette appellation.

b) Ordonnance pour les matières civiles (1667) et Code de procédure civile (1806)

L'Ordonnance de 1667 contient 35 titres traitant chacun d'un thème relatif à la procédure civile. On peut y constater un effort d'organisation suivant la chronologie des procédures. En effet, on commence par les assignations («II. Des Ajournements») et les comparutions («IV. Des Présentations»). Viennent ensuite les exceptions dilatoires («IX. Des Exceptions dilatoires, et de l'Abrogation des vues et montrées»), puis l'audition («XIV. Des contestations en Cause») avec les témoignages («XXIV. Des enquêtes»), pour finir avec le jugement («XXVI. De la Forme de procéder aux Jugements, et des Prononciations») et son exécution («XXVII. De l'Exécution des Jugements»). Cette organisation reste toutefois assez sommaire et ne semble suivre la chronologie des procédures que de façon très générale. Ainsi on retrouve, intercalés entre les grands thèmes de la procédure, diverses dispositions qui pourraient fort bien figurer ailleurs. Par exemple, le Titre VII («Des délais pour délibérer») prévoit, en cinq articles, les délais dont bénéficie un héritier pour faire l'inventaire de la succession. De même, les recours

---

914 «[P]lus un code est moderne, plus il présentera des contours lâches, peu précis, permettant à la jurisprudence d'assurer son adaptation à la vie », A. C. ANGELESCO, *Technique législative en matière de codification civile*, 1930, p. 11, précité note 542.

915 Philippe BORNIER, *Conférences des Ordonnances de Louis XIV*, Nouvelle Édition, Tome I, Paris, 1729, 3-379; voir aussi: ASSEMBLÉE LÉGISLATIVE DU CANADA, *Édits, Ordonnances royaux, Déclaration et Arrêts du Conseil d'État du roi concernant le Canada*, Québec: E.R. Fréchette, 1845, 106-230.

916 *Les Codes français annotés*, par TEULET, D'AUVILLIERS et SULPICY, Nouvelle Édition, Paris: Videcoq Fils Ainés, 1850; voir aussi 'l'*Acte Concernant la Codification des lois du Bas-Canada, qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure* (*Statuts Refondus pour le Bas-Canada*, Chap. 11, 1867): «7. Les dits codes [C.c.B.-C. et C.p.c.] seront rédigés sur le même plan général et contiendront, autant que cela pourra se faire

extraordinaires des «Prises à partie» (déni de justice) et «Des Requêtes Civiles» (rétractation des jugements) sont *classés* respectivement au Titre XXV et au dernier titre (XXXV). On retrouve aussi des règles de preuve concernant des actes notariés, les actes de naissance, de mariage et de décès, ainsi que la tenue des registres par l'autorité religieuse («XX. Des faits qui gisent en preuve vocale ou littérale»). Le Titre XVIII traite des règles particulières relatives aux saisies-revendications et action possessoire («XVIII. Des Complaintes et Réintégrandes»). L'Organisation de l'Ordonnance de 1667 s'apparente donc davantage, elle aussi, à une compilation plus ou moins ordonnée des événements de la procédure civile. En réalité, la forme est la même que celle de la Coutume de Paris que nous venons d'étudier plus haut dans cette section.

En ce qui concerne le style du droit, les articles de l'Ordonnance de 1667 sont exclusivement techniques, et ne nous semblent contenir aucune définition ou autres énoncés généraux marquant la présence de principes juridiques. Citons, par exemple, quelques articles du Titre II relatif aux assignations («II. Des Ajournements»):

> Article I. Les ajournements et citations en toutes matières et en toutes juridictions, seront libellés, contiendront les conclusions, et sommairement les moyens de la demande, à peine de nullité des exploits, et de vingt livre d'amende contre les huissiers, sergents ou appariteurs, applicable moitié aux réparation de l'auditoire, et l'autre moitié aux pauvres du lieu, sans qu'elle puisse être remise ou modérée pour quelque cause que ce soit.
>
> Article III. Tous exploits d'ajournement seront faits à personne ou domicile; et il sera fait mention en l'original, et en la copie, des personnes auxquelles ils auront été laissés, sous même peine. Excepté les exploits concernant les droits d'un bénéfice, qui pourront être faits au principal manoir du bénéfice; comme aussi ceux concernant les droits et fonctions des offices ou commissions, aux lieux où s'en fait l'exercice.
>
> Article IV. Si les huissiers ou sergens ne trouvent personne au domicile, ils seront tenus, sous les mêmes peines, d'attacher leurs exploits à la porte, et d'en avertir le prochain voisin et lui faire signer l'exploit; et s'il ne vaut ou ne peut le signer, ils en feront mention; et en cas qu'il n'y eut aucun proche voisin, ils feront parapher leur exploit, et dater le jour du paraphe par le juge du lieu, et en son absence ou refus, par le plus ancien praticien, auxquels il est enjoint de la faire sans frais.
>
> Article V. Tous huissiers ou sergens seront tenus de mettre au bas de l'original des exploits de *solvit*, à peine de l'amende.

---

convenablement, la même somme de détail sur chaque sujet, que les codes français connus sous le nom de *code civil, code de commerce et code de procédure civile*. 20 V. c. 43, s. 7».

Article IX. Ceux qui n'ont ou n'ont eu aucun domicile connu, seront assignés par un seul cri public au principal marché de l'établissement du siége où l'assignation sera donnée, sans aucune perquisition; et sera l'exploit paraphé par le juge des lieux sans frais.

De son côté, le style du Code de procédure de 1806 n'est guère plus abstrait que celui de l'Ordonnance de 1667. Citons quelques articles du Titre III sur les assignations («III. Des ajournements»):

59. En matière personnelle, le défendeur sera assigné devant le tribunal de son domicile; s'il n'a pas de domicile, devant le tribunal de sa résidence;

S'il y a plusieurs défendeur, devant le tribunal du domicile de l'un d'eux, au choix du demandeur;

En matière réelle, devant le tribunal de la situation de l'objet litigieux;

En matière mixte, devant le juge de la situation, ou devant le juge du domicile du défendeur;

En matière de société, tant qu'elle existe devant le juge du lieu où elle est établie;

(*etc.*)

60. Les demandes formées pour frais par les officiers ministériels seront portées au tribunal où les frais ont été faits.

61. L'exploit d'ajournement contiendra, 1° La date du jour, mois et an, les noms, profession et domicile du demandeur, la constitution de l'avoué qui occupera pour lui, et chez lequel l'élection du domicile sera de droit, à moins d'une élection contraire par le même exploit; 2° Les noms, demeure et immatricule de l'huissier, les noms et demeure du défendeur, et mention de la personne à laquelle copie de l'exploit sera laissée; 3° L'objet de la demande, l'exposé sommaire des moyens; 4° l'indication du tribunal qui doit connaître de la demande, et du délai pour comparaître: le tout à peine de nullité.

62. Dans le cas du transport d'un huissier, il ne lui sera payé pour tous frais de déplacement qu'une journée au plus.

63. Aucun exploit ne sera donné un jour de fête légale, si ce n'est en vertu de permission du président du tribunal.

67. Les huissiers seront tenus de mettre à la fin de l'original et de la copie de l'exploit, le coût d'icelui, à peine de cinq francs d'amende, payable à l'instant de l'enregistrement

68. Tous exploits seront faits à personne ou domicile: mais si l'huissier ne trouve au domicile ni la partie, ni aucun de ses parents ou serviteurs, il remettra de suite la copie à un voisin qui signera l'original; si ce voisin ne peut ou ne veut pas signer, l'huissier remettra la copie au maire ou adjoint de la commune, lequel visera l'original san frais. L'huissier fera mention du tout, tant sur l'original que sur la copie.

72. Le délai ordinaire des ajournements pour ceux qui sont domiciliés en France, sera de huitaine. Dans les cas qui requerront célérité, le président pourra, par ordonnance rendue sur requête, permettre d'assigner à bref délai.

Le style du Code de 1806 est lui aussi très technique. Qu'est-ce donc qui pourrait le différencier de l'Ordonnance de 1667 ? Y a-t-il des aspects nouveaux qui nous permettraient d'envisager une influence d'un esprit scientifique ?

On pourrait avancer que le Code de 1806 est beaucoup plus organisé que l'Ordonnance de 1667. Chacune des dispositions du Code est intégrée dans un système et se retrouve classée dans des Livres eux-mêmes distribués dans deux Parties. La première partie traite de tout ce qui touche à la procédure devant les tribunaux civils, tandis que la deuxième partie traite de toutes les autres procédures. Ainsi, la première partie contient la régulation de la justice de paix (Livre I), des tribunaux inférieurs (Livre II), l'appel aux Cours royales (Livre III)[917], les voies extraordinaires pour attaquer les jugements (Livre IV) et l'exécution des jugements (Livre V). Il y a véritablement une recherche de cohésion dans l'organisation du nouveau texte.

Cependant, on ne peut pas dire que ce remaniement ait été effectué autour des principes juridiques. Tout comme dans l'Ordonnance, les principes juridiques sont pratiquement absents du code de 1806. Or nous avons vu que c'était peut-être un fait significatif nous permettant d'identifier la présence d'une influence de l'esprit scientifique dans le nouveau Code civil de 1804. En effet, l'organisation en elle-même du texte de loi ne peut pas être concluante si elle n'est accompagnée d'une théorisation du droit. Nous expliquons le manque de théorisation dans le code de procédure précisément par le fait qu'il s'agirait de procédure, c'est-à-dire de technique du droit. Même inspiré d'un esprit scientifique, il y aurait des limites à vouloir faire de l'abstraction. La procédure du système judiciaire est principalement un *outil* du droit dont le but serait de mettre en application les règles de droit garantes de la justice[918]. En 1867, les Commissaires chargés de codifier la procédure civile au Québec écrivaient: « La législature provinciale marchant dans la voie tracée, a voulu que le Code civil fut

---

[917] Notons que la terminologie de Cours « royales » de l'édition de Teulet d'Auvilliers et Sulpicy est quelque peu suspecte. En 1806, l'abolition de la royauté (21 septembre 1796) était encore suffisamment récente pour laisser penser que l'expression de *Cours royales* n'ait pas été employé. N'ayant pas eu accès à une édition originale, nous n'avons pas pu vérifier ce détail.

[918] L'article 2 du Code de procédure civile du Québec dispose depuis 1965 que: « [l]es règles de procédure édictées par ce code sont destinées à faire apparaître le droit et en assurer la sanction; [...] », *Code de procédure civile* (L.R.Q., c. C-25).

accompagné d'un code de procédure, afin d'en assurer uniformément l'exécution (...) »[919]. Cela n'enlève en rien l'importance de son rôle d'assurer l'ordre dans l'application de la justice. Ainsi en 1667, Louis XIV, sous la plume de Colbert, s'exprimait comme suit: « Comme la justice est le plus solide fondement de la durée des États, qu'elle assure le repos des familles et le bonheur des peuples; nous avons employé tous nos soins pour la rétablir par l'autorité des loix au dedans de notre royaume, après lui avoir donné la paix par la force de nos armes ».

Malgré la technicité du code de procédure, il semble toutefois régner une nouvelle mentalité au sein des acteurs de la procédure civile. Ainsi, dans l'application des textes de la procédure on ne cherche plus la lettre de la loi mais le sens général; l'esprit des dispositions. Conzalve Doutre, dans son analyse de la procédure de 1867, semble confirmer cette position: « Dans l'interprétation et l'application de toute loi, il est nécessaire de connaître l'intention de son auteur de manière à bien saisir l'esprit de ses dispositions, pour ne pas laisser trop d'empire à la lettre de la loi »[920]. Nous voyons dans cette affirmation la confirmation d'une volonté de faire appel à la généralité de chaque règle plutôt qu'à une interprétation de la lettre pouvant vider la règle de son sens véritable. Les juges doivent donc chercher à comprendre la théorie de la procédure. Comme nous l'avons vu, cette logique inductive semblait être absente (ou presque) de la procédure sous l'égide des anciennes ordonnances. Dans les premiers articles, Louis XIV avait défendu aux juges de rechercher une quelconque interprétation; ils devaient appliquer l'Ordonnance de 1667 à la lettre.

L'analyse des textes de procédure n'étant pas concluante nous nous tournerons vers l'*Ordonnance de 1673*[921] qui, selon Dominique Gaurier, « (...) constitue un véritable Code du commerce terrestre (...) »[922].

---

919 E. CARON, C.D. DAY et J.U. BAUDRY, «Rapport des codificateurs», dans Conzalve DOUTRE, *Les lois de la procédure civile*, Montréal: Eusèbe Sénéchal, 1867, p. LV.

920 C. DOUTRE, *ibid.*, p. XV.

921 *Ordonnance du 23 Mars 1673 pour le commerce*, dans: *Conférences des ordonnances de Louis XIV Roy de France et de Navarre avec les anciennes ordonnances du Royaume*, par Philippe BORNIER, Nouvelle édition, Tome second, Paris, M DCC LV.

c) Ordonnance de 1673 (Code marchand) et Code de commerce (1806)

En guise d'introduction, nous emprunterons un passage de la thèse de André-Jean Arnaud lequel différencie les ordonnances du 17e siècle du *Code civil* de 1804:

> « (O)n a pu dire que le *Code civil* tient des grandes ordonnances de Colbert et de Daguesseau, qui constituent « un travail d'une seule haleine »[923] c'est bien là le seul point commun entre ces divers documents, bien qu'on ne puisse nier une certaine influence réciproque[924]. En effet, les ordonnances, limitées à une matière déterminée, n'offrent rien qui puisse être mis en parallèle avec l'ensemble que forme le *Code civil*, visé plutôt par cette définition de la *codification*: « système, théorie, qui rédige et coordonne les éléments de la législation par opposition au régime des coutumes et des lois spéciales »[925] »[926].

Examinons plus en détails quelques différences entre les deux textes. Ici encore, une comparaison entre les tables des matières nous donne une indication des différents contenus. L'Ordonnance de 1673 contient les douze titres suivants:

> « I. Des Apprentifs Négocians & Marchands. tant en gros qu'en détail ((11 articles)), II. Des Agens de Banque & Courtiers ((3 articles)), III. Des Livres & Registres des Négocians, Marchands & Banquiers ((10 articles)), IV. Des Sociétés((14 articles)), V. Des Lettres & Billets de Change, & promesses d'en fournir ((4 articles)), VI. Des intérêts de Change & Rechanges ((9 articles)), VII. Des contraintes par corps ((2 articles)), VII. Des séparations de biens ((2 articles)), IX. Des Défenses & Lettres de

---

922 D. GAURIER, « La rédaction des normes juridiques, source de la métamorphose du droit ? Quelques repères historiques pour une réflexion contemporaine », (2001) p. 72, précité note 164.

923 Paul VIOLLET, *Histoire du Droit civil français*, Paris, 1905, n°238, p. 259.

924 A. SOREL, *Introduction au Livre du Centenaire du Code civil*, t. I, Paris, 1904, p. xvij sq.; A. ESMEIN, « L'originalité du Code civil », 1904, p. 15, précité note 781; L. THÉZARD, *De l'influence des travaux de Pothier et du Chancelier d'Aguesseau sur le Code civil*, Paris, 1866.

925 LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, t. 2, Paris, 1960, p. 425.

Répi ((5 articles)), X. Des Cessions de biens ((2 articles)), XI. Des Faillites & Banqueroutes ((13 articles)), XII. De la Juridiction des Consuls ((18 articles)) »

Ainsi, quatre-vingt-treize articles sont répartis parmi ces douze titres.

Quant à lui, le *Code de commerce*[927], dont nous tirons le texte de l'édition commentée du secrétaire général du Conseil d'État, Jean Guillaume Locré, contient les quatre livres suivant: I. Du commerce en général ((8 titres et 189 articles)), II. Du commerce maritime ((10 titres et 207 articles)) , III. Des faillites et banqueroutes ((5 titres et 179 articles)), IV. De la juridiction commerciale ((4 titres et 34 articles)).

Ainsi dans le *Code de commerce*, 648 articles sont répartis en 4 livres. Tout comme avec le Code civil, il eût été difficile de réunir tous ces articles sans un minimum d'esprit de synthèse. Cet esprit de synthèse pouvait d'ailleurs permettre d'intégrer les règles du commerce maritime avec les autres règles marchandes dans un même document. En revanche, l'Ordonnance de 1673 avec une dizaine d'articles par titre pouvait en rester à une compilation sans entrer dans la logique. Nous examinerons dans les prochains paragraphes plus précisément de quoi il retourne.

D'un premier abord, notons que le contenu du droit ne semble pas avoir beaucoup changé en cent trente quatre ans. La moitié des titres de l'Ordonnance se retrouvent, parfois mot à mot, dans les titres suivants (premier livre du Code): Des livres des commerçans (Tit. II), Des sociétés (Tit. III), Des Séparations de biens (Tit. IV), Des Bourses de commerce, Agens de change et courtiers (Tit. V), De la Lettre de change, du Billet à ordre et de la Prescription (Tit. VIII).

Cependant, tout comme pour le *Code civil*, les titres ne se retrouvent pas dans le même ordre. Il est difficile malgré tout de conclure quoi que ce soit à ce stade préliminaire de l'analyse. Il faut pousser plus avant avec la comparaison de la

---

926 A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français*, 1969, pp. 3-4, précité note 618.
927 Jean Guillaume LOCRÉ, *Esprit du code de commerce*, 2ème éd., Tomes I-IV, Paris: J.-B. Garnery, 1829.

forme des articles eux-mêmes. Pour ce faire, nous prendrons des thèmes qui se retrouvent d'un texte à l'autre.

Le Titre IV de l'Ordonnance de 1673 est le même que le Titre III du Code de 1806: *Des Sociétés.* Les quatorze articles de l'ordonnance sont classés en trois parties: l'enregistrement des sociétés, la responsabilité des associés et les contestations entre associés. Le Titre III du Code, quant à lui, est subdivisé en deux parties: les règles générales sur les sociétés et les contestations entre associés. À première vue, le Code est beaucoup plus descriptif et énonciatif que l'ordonnance qui, elle, ne l'est pas du tout. Ainsi, les deux premiers articles du Titre III du Code se lisent comme suit:

> « Article 18. Le contrat de société se règle par le droit civil, par les lois particulières au commerce et par les conventions des parties.
>
> Article 19. La loi reconnaît trois espèces de sociétés commerciales: La société en nom collectif, la société en commandite, la société anonyme. »

Par la suite, les trois sortes de sociétés sont traitées l'une après l'autres avec chaque fois un article général définissant le type de société:

> « Article 20. La société en nom collectif est celle que contractent deux personnes ou un plus grand nombre, et qui a pour objet de faire le commerce sous une raison sociale.
>
> Article 23. La société en commandite se contracte entre un ou plusieurs associés responsables et solidaires, et un ou plusieurs associés simples bailleurs de fonds, que l'on nomme *commanditaire* ou *associés en comandite.*
>
> Elle est régie sous un nom social, qui doit être nécessairement celui d'une ou plusieurs des associés responsables et solidaires.
>
> Article 29. La société anonyme n'existe point sous un nom social: elle n'est désigné par le nom d'aucun des associés. »

Rien de tout cela ne se retrouve dans l'Ordonnance de 1673 dont les premiers articles se lisent comme suit:

> « Article I. Toute *Société* générale *ou en Commendite sera rédigée par écrit,* ou pardevant Notaire, ou sous signature privée; & ne sera reçue aucune preuve par témoins, contre & outre le contenu en l'acte de Société, ni sur ce qui feroit allegué avoir été dit avant, lors ou depuis l'acte, encore qu'il s'agît d'une somme ou valeur moindre de cent livres.
>
> Article II. L'extrait des Sociétés *entre Marchands ou Négocians,* tant en gros qu'en détail, sera registré au Greffe de la Juridiction Consulaire, s'il y en a; sinon en celui de l'Hôtel commun de la Ville; & s'il n'y en a point, au Greffe de nos Juges des lieux, ou de ceux des seigneurs; & l'extrait inséré dans un tableau exposé en lieu

public: le tout à peine *de nullité des Actes ou Contrats passés* tant entre les Associés qu'avec les Créanciers & ayant-cause. »

On constate que ces articles ne font pas de théorie, mais traitent d'obligations techniques en énonçant au besoin les applications possibles. L'application de ces règles à des situations différentes, advenant que la chose soit possible, devrait donc se faire par analogie. Presque tous les autres articles sont rédigés de la même façon. Cette façon de rédiger n'est pas celle d'une codification. En effet, le type de précisions que l'on retrouve dans l'Ordonnance ressemble davantage à celui de dispositions réglementaires qu'à une organisation des règles fondés sur les principes. Le Code de Commerce de 1806 est construit sur un modèle similaire à celui du Code civil de 1804. Il instaure en premier lieu les principes de base pour ensuite construire le reste des règles à partir de ces principes.

Ici encore on peut objecter qu'un droit différent aurait pu impliquer une structure différente. Toutefois, les droits des sociétés de 1673 et 1806 étaient - dans leurs grandes lignes - les mêmes. Les annotations du texte de 1673 nous précisent que les sociétés « en Commandite » et « Anonymes », non seulement existaient à cette époque, mais qu'elles correspondaient aux mêmes concepts juridiques[928]. Le baron Locré, dans ses annotations, écrit aussi en commentant le contenu de l'article 18:

> « Le principe qu'établit ici le Code de commerce est également consacré par l'article 1873 du Code civil, lequel marque en outre l'étendue dans laquelle le droit civil régit les sociétés de commerce. (...) D'ailleurs, cette précaution étoit inutile. Les lois du commerce étant une dérogation au droit commun, il est hors de doute qu'en tout ce qui

[928] « Il y a deux sortes de Compagnies ou Société de Banque & Marchandise, [...]. L'une appelée *Compagnie libre*, & l'autre *en Commendite*. La compagnie libre oblige non-seulement ceux qui en portent le nom, mais aussi les Associés en icelle, tant pour le fonds ou capital qu'ils y ont mis, que pour le plus qu'ils pourroient y avoir de perte, ni plus ni moins que si tous étoient nommés & solidairement obligés. La Commendite oblige tous les associés seulement pour le fonds & capital qui est en icelle; & s'il arrive qu'ils perdent plus grande somme qu'ils n'ont dans le fonds, il n'y a que ceux qui portent le nom de la Société, qui soient obligés pour le surplus [...]. Il y a encore une espéce de Société qui se fait sur le champ verbalement, & qui n'est fondée que sur la foi du Marchand: cette Société s'appelle *Anonyme*, & elle se contract lorsque les Marchands & les Négocians vont aux foires & Marchés pour y vendre ou acheter la marchandise: ils conviennent trois ou quatres ensemble, (pour ne pas courir fur le marché les uns des autres, & n'encherir pas les marchandises,) de s'associer pour l'achat qu'ils feront pendant la Foire, [...]. », *ibid.*, p. 466.

> n'est pas excepté, les commerçans, comme les autres citoyens, sont soumis au droit civil. L'ordonnance de 1673 avait suivi la même marche; personne ne s'est plaint de son silence à cet égard »[929].

Le même auteur mentionne que « l'ordonnance de 1673 avait suivi la même marche » que celle du Code de commerce; c'est-à-dire que le droit contenait le même principe, mais qu'en 1673, celui-ci n'avait pas été intégré au texte législatif. Ainsi, il semble bien qu'en dépit d'un droit similaire, la mentalité des juristes d'une époque à l'autre, ait produit une forme législative différente. D'ailleurs, tout comme dans le Code civil, certaines dispositions et même certains principes juridiques ont été tout simplement copiés du droit ancien[930]. La nouveauté résiderait dans le fait que ces principes auraient été placés au cœur de la logique des textes modernes.

Ainsi, à la lumière des quelques textes exposés ci-dessus, la législation du 18e siècle n'avait pas encore adopté la conformation d'une véritable codification. Comme le constate Dominique Gaurier, déjà cité pour sa description détaillée de l'évolution des coutumes, de nombreux textes reçurent l'appellation de code alors qu'ils correspondent davantage, selon nous, à des compilations[931]. Nous avons vu aussi que les ordonnances n'étaient pas organisées comme les codes du 19e siècle exposant des principes directeurs où « le texte est bien davantage un guide qu'un carcan »[932].

---

929 *Ibid.*, p. 68.

930 Par exemple, les articles VII et VIII de l'Ordonnance de 1673 se lisent comme suit: « Article. VII. Tous associés *seront obligés solidairement* aux dettes de la Société, encore qu'il n'y en ait qu'un qui ait signé, *au cas qu'il ait signé pour la compagnie*, & non autrement.; Article. VIII. Les Associés en Commendite ne seront obligés que *jusqu'à la concurrence de leur part.* », *Ordonnance du 23 Mars 1673 pour le commerce*, dans: Conférences des nouvelles ordonnances, pp. 471-472. Ces dispositions se retrouvent dans le Code de commerce aux articles 22 et 26: « Article 22. Les associés en nom collectif, indiqués dans l'acte de société, sont solidaires pour tous les engagements de la société, encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la raison sociale; article 26. L'associé commenditaire n'est passible des pertes que jusqu'à concurrence des fonds qu'il a mis ou dû mettre dans la société. », *ibid.*, pp. 74 et 82.

931 « Il s'en faut de beaucoup pourtant que les œuvres publiées [...] soient de véritables codifications. Ce ne sont pour la plupart d'entre elles que des compilations de textes relatifs à une même matière, quitte à les rapporter à la jurisprudence la plus récente: l'on aura ainsi en 1744 le *Code de la Librairie* de Saugrain, en 1752 le *Code Pénal* de Laverdy, en 1757 le *Code de la Police* de Duschesne, en 1761 un *Code des Terriers* dont on ignore l'auteur et la même année, le *Code des seigneurs haut-justiciers* de Henriquez, puis en 1766 le *Code matrimonial* de Le Ridant, [...]. », D. GAURIER, « La rédaction des normes juridiques, source de la métamorphose du droit ? Quelques repères historiques pour une réflexion contemporaine », (2001) p. 76, précité note 164.

932 Michel MORIN, « Des juristes sédentaires ? L'influence du droit anglais et du droit français sur l'interprétation du *Code civil du Bas-Canada* », (Automne 2000) 60 *Revue du Barreau* 249-386, p. 255.

Ces analyses comparées, somme toute assez sommaires, nous permettent néanmoins d'envisager le fait que la codification puisse représenter une forme nouvelle de législation fondée sur les principes juridiques. Elle trancherait en cela avec la législation antérieure, des coutumes rédigées aux grandes ordonnances.

Reste encore à affermir le postulat relatif à la nouveauté de la structure des codes du 19e siècle. En effet, une telle nouveauté est mise en question par la présence présumée de codes dans l'antiquité. Comment expliquer, vers la fin de l'hégémonie romaine, la présence de codes et d'une doctrine suffisamment bien structurés pour inspirer les interprètes du droit moderne ? Nous faisons allusion ici aux travaux effectués sous les règnes de Théodose et de Justinien pendant les 5e et 6e siècles.

d) Codes et antiquité

Pour répondre à cette question, nous utiliserons principalement un éclairage novateur de Michel Bastit à l'égard d'un commentaire de Gaius dans les *Institutes*. Puisque cette période déborde de notre champ d'étude, il ne s'agit pas ici de faire une démonstration rigoureuse, mais seulement de soulever la possibilité qu'en raison d'une forme d'esprit différente, le droit romain ne réponde pas à une logique identique à celle du droit moderne.

Michel Bastit constate « la diversité qui règne dans le monde du droit romain des *Institutes*, au contraire de l'uniformité qui demeure le caractère dominant de notre droit moderne »[933]. Les *Institutes* de Gaius se divisent en trois thèmes distribués dans quatre livres: (I) les personnes ou *personae*; (II, III et les cinq premiers titres du livre IV) les choses ou *res*; (IV) les actions en justice ou *actiones*. C'est dans cet ordre que M. Bastit a effectué sa relecture. Comme nous l'avons vu[934], il remarque que la notion juridique de personne n'existerait pas en tant qu'unité sociale; mais que les personnes seraient "disséquées" juridiquement, de façon indépendante, selon leur statut ou leurs fonctions, bref: « sont divisées en plusieurs catégories différentes. (...) De cette diversité découle une hiérarchie,

[933] M. BASTIT, « La diversité dans les institutes de Gaius », (1978) p. 333, précité note 498.

des relations, un partage »[935]. Il s'agirait en quelque sortes d'attributs qui engendrent un partage socio-économique des tâches dans la cité. La même méthode se reproduit dans les cas des *res*. Michel Bastit semble donc mettre en lumière toute une classification du droit représentative de l'organisation des relations privées dans la Rome antique.

Or, cette organisation n'aurait rien en commun avec l'organisation du droit civil moderne:

> « On chercherait en vain chez Gaius une théorie générale des obligations, du contrat, de la responsabilité. Il n'y a pas non plus trace, chez lui, de ces deux piliers de notre droit moderne des obligations: ni théorie du consentement, ni la théorie de la faute. En effet, au lieu de partir du sujet, Gaius considère les actes et les événements concrets de la vie réelle dans lesquelles il cherchera une juste répartition des conséquences. Aussi il décrit les multiples événements qui modifient l'équilibre »[936].

On pourrait s'étonner de nous voir analyser les textes de Gaius et non ceux de Justinien édictés trois cents ans plus tard. En fait, écrivait Basile Éliachevitch, ancien professeur à la Faculté Économique de Pétrograd: « (d)u silence de Gaius sur les autres sujets de droits que les individus, il faut conclure que notre notion de la personnalité juridique lui était étrangère. L'époque postérieure n'y a rien changé. Les Institutes de Justinien, dont les rédacteurs disposaient de toutes les œuvres des jurisconsultes classiques et postclassiques s'expriment sur ce point d'une manière rigoureusement analogue à celle de Gaius »[937]

---

934 Voir Partie II, Section A, Sous-section 1.

935 *Ibid.*, p. 335.

936 M. BASTIT, *ibid.*, p. 338; Jean GAUDEMET, *Droit privé romain*, 2e éd., Paris: Montchrestien, 2000, p. 262.

937 B. ELIACHEVITCH, *La personnalité juridique en droit privé romain*, 1942, pp. 2-3, précité note 510; « C'est un fait connu que le Code de Justinien, recueil de constitutions impériales ou *leges*, a pris pour modèle le Code Théodosien lui-même imité des Codes Grégoriens et Hermogénien. On sait d'autres parts que les Institutes de Justinien, manuel élémentaire à l'usage des étudiants, sont calqués sur les Institutes de Gaius. », P. COLLINET, *La genèse du Digeste, du Code et des Institutes de Justinien*, 1952, p. 20, précité note 511.

On semble retrouver une structure législative compilatrice[938] similaire à celle que nous avons entrevue après la renaissance. De plus, cette compilation romaine, contrairement à ce qu'on pourrait penser, pourrait ne pas être normative, mais plutôt descriptive. Cette idée ressort, comme nous allons le voir, de la lecture par M. Bastit du quatrième commentaire des *actiones*.

Les *actiones* exposent encore la même structure. Les actions en justice sont compilées et classées d'avance suivant leur objet:

> « - Il existe une action pour le cas où l'affaire a été conclue par l'ordre du père ou du maître (IV, 70);
>
> - Il y a une autre action, exercitoire, pour l'hypothèse dans laquelle le père a confié au fils le commandement d'un navire et qu'une affaire a été conclue à propos du commandement (IV, 71);
>
> - Est prévue une autre action, institutoire, lorsque c'est une affaire commerciale qui a été confiée au fils et que le contrat litigieux a trait à ce négoce (IV, 71);
>
> - Enfin, quand le fils a traité en utilisant une partie du pécule, au su de son père, le préteur a institué une action (IV, 72);
>
> - Parallèlement existe une action de « in rem verso » contre le père, s'il a enrichi son patrimoine (IV, 72a).
>
> On chercherait en vain pour ces cas, pourtant si proches, une formule générale du genre: « le père répond des dettes du fils. » Le rôle du prêteur créant des actions pour les situations nouvelles se comprend alors aisément (IV, 110) »[939].

Les *actiones* seraient donc, elles aussi, exemptes de règles générales; de principes juridiques. Par ailleurs, la solution juridique ne semble pas provenir de la référence au texte, mais d'un débat dialectique entre les docteurs[940].

---

938 « Le Digeste de Justinien est [...], on le sait, une compilation des fragments des jurisconsultes classiques. », P. COLLINET, *ibid.*, p. 19.

939 *Ibid.*, p. 339.

940 « Chaque relation est considérée dans sa particularité, et la place est ouverte à la discussion dialectique, par le débat judiciaire, par les discussions des docteurs. Seule cette conception laisse place à un contentieux qui peut

Contrairement au droit positif, le droit romain ne se référerait donc pas systématiquement à la règle de manière déductive[941]. S'il s'en inspire, ce serait pour la faire entrer dans la discussion dialectique au même rang que d'autres arguments purement rhétoriques[942].

Toutefois, devant la présence d'une classification de ce qui semble être des concepts juridiques, comment ne pas faire l'analogie avec le système moderne d'organisation du droit ? D'autant plus que Michel Bastit décrit une logique où la « singularité est intégrée dans un ensemble plus vaste; chaque relation concrète est regroupée avec d'autres cas semblables, eux-mêmes unifiés dans une espèce puis dans un genre »[943]. Nous croyons comprendre de cela que si, en droit romain, la notion d'individu n'existe pas, ce concept existerait néanmoins de façon philosophique (abstraite) et se trouverait concrétisée par les multiples applications juridiques. Chaque situation juridique relative à l'individu comporterait un caractère commun abstrait (l'individu), avec les autres situations.

être réglé par la discussion. », *Ibid.*, p. 341; Michel Villey a mis en lumière la vraie nature du droit romain: « L'objet du métier juridique est de chercher une proportion dans le partage des biens et charges. », M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, 1983-1998, p. 58, précité note 25.

941 « Et pourtant le juge tiendra compte de définitions et règles générales. Toute dialectique, y compris la dialectique judiciaire, vise en effet à poser des règles générales. Et le juge respecte les lois constitutives de la cité, qui ont imposé certaines conduites, orienté les mœurs, édifié les institutions judiciaires, organisé la procédure. Non que les solutions soient dictées au juge par un système législatif, procédant des pouvoirs publics. Il n'existe à Rome non plus qu'en Grèce rien de comparable à ces Codes qui régissent le droit moderne, à la composition desquels aboutirent, à la fin de l'époque moderne, les travaux de l'école du droit naturel. Le droit est poursuite de proportions justes et cet office, dont Cicéron souligne la spécificité, relève en dernière analyse des jurisconsultes. [...] [O]n ne saurait soutenir que les sentences soient déduites des lois, que les fondateurs de la science juridique romaine aient enfermé le droit dans un système législatif. Les lois et le *droit* constituent des sphères distinctes (encore qu'elles puissent interférer). Au *Digeste*, après les deux titres portant sur les principes du *jus*, vient un troisième, séparé, relatif aux *lois*. [...] Le *droit* possède une fonction propre et des organes autonomes. Il est à titre principal un produit *jurisprudentiel*. [...] Et pourtant ! ces « règles », « sentences », « définitions » de jurisconsultes, elles font la substance du *Digeste*, et l'essentiel du legs de Rome aux droits de l'Occident. C'est là que se sont alimentés les juristes européens, et jusqu'aux auteurs de notre Code civil. Les règles juridiques ne sont pas le droit; elles décrivent le droit. Le droit est chose qui leur préexiste (*jus quod est*), objet de *recherche* permanente et de discussion dialectique, à laquelle ne coïncideront jamais nos formules. Parce que les règles décrivent le droit de façon toujours incomplète, on aurait tord de leur attribuer une *autorité* absolue. », *ibid.*, pp. 59, 65 et 67.

942 M. BASTIT, *ibid.*; « Gaius au début de ses *Institutes* (Inst., I, i; D, I, i, 9) affirme l'existence d'un droit qui vaut également pour tous les peuples civilisés (*apud omnes populos peræque custoditur*), d'un droit commun de tous *les hommes* (*communi omnium hominum jure utuntur*). N'allons pas traduire « droits de l'homme ». Ce droit dont usent les peuples, ou qu'ils gardent (*custoditur*) n'est pas « subjectif ». De quoi se compose-t-il ? D'après le Digeste, d'institutions universellement répandues (l'esclavage, l'affranchissement, les ventes, les achats, les obligations, le commerce international, etc., D, I, i, 4 et 5). Au texte précédent, des vertus ou des devoirs de moralité: la dévotion envers les Dieux, l'obéissance aux parents et à la patrie, ou le devoir de se défendre contre les violences ou injures d'autrui: *vindicatio* [...]. Ce pourraient être ici les *lois* de la morale universelle. [...] Le « droit » que le juge attribue à chaque justiciable, une fois sa mesure effectuée - terme, aboutissement des efforts de la jurisprudence -, est toujours une sorte de quotient, le produit d'une quasi-division des choses: les choses « extérieures » sont l'objet de partages, et, sur ces partages, de procès. En face du juge il y a toujours une pluralité de plaideurs; jamais un homme seul, un sujet unique. », M. VILLEY, *ibid.*, pp. 93-94 et 96.

943 M. BASTIT, *ibid.*.

À ce stade, le processus relèverait essentiellement de la classification. Par la suite, chaque cas serait une application juridique particulière et distincte; traitée comme un tout, il révélerait une facette particulière de l'individu. « En effet, chaque cas est à la fois identique et différent, et ces deux aspects sont respectés. (...) Il y a là un perpétuel va et vient du concret à l'abstrait, des êtres au concept. L'être concrètement donné livre à la fois son unicité et son intelligibilité. (...) (C)ette pensée analogique, puisque c'est bien d'elle qu'il s'agit, n'est possible que si l'on adopte un point de vue, que nous pensons être celui de Gaius, qui soit à la fois global et respectueux de toutes les modalités du réel: le point de vue de l'être, car l' « être se dit de plusieurs manières » »[944]. Pour faire une analogie très imparfaite, on semble se retrouver un peu ici avec une méthode juridique dont se réclamait Georges Ripert (règles en moins) où les applications concrètes du droit s'inspireraient des grandes valeurs abstraites.

Ainsi, nous verrions dans ce droit romain une multitude de descriptions techniques rattachées à une conception philosophique de la vie et de la société. Nous n'y voyons pas de principe, proprement juridique, dont on pourrait tirer diverses applications. Certes, on pourrait retrouver en droit romain une certaine organisation à travers laquelle on décèlerait la présence, d'une logique pyramidale[945] ressemblant à celle de Hans Kelsen. Mais les concepts semblent être des applications concrètes de notions philosophiques, non juridiques. Par exemple, dans le manuel de droit romain, à la question « Qu'est-ce que le droit? », E. Lagrange écrit, comme pour confirmer notre interprétation: « C'est la science du juste et de l'injuste (*justi atque injusti scientia*), c'est-à-dire l'ensemble des préceptes servant à distinguer en toutes choses, divines et humaines (*divinarum atque humanarum rerum*), ce que chacun a à faire ou ce dont il a à s'abstenir »[946]. On semble ici avoir affaire à des préceptes (et non à des principes)

---

944 *Ibid.*.

945 « Les personnes sont subdivisées en deux genres: libres et non libres (I, 9); les libres en deux espèces: libre de naissance, affranchis (I, 10); les affranchis en trois espèces: citoyens romains, latins ou déditices (I, 12). Les tutelles sont de deux genres, divisées en espèce (I, 188). Les res sont humaines ou divines, corporelles ou incorporelles (II, 2 à 14). Les testaments furent d'abord de deux genres, puis de trois (II, 101, 103). Les obligations, par une curieuse inversion de vocable, sont de deux espèces, et celles qui naissent « ex contactu » peuvent appartenir à quatre genres (II, 88, 89), alors qu'il n'y a que deux genres d'actions subdivisées en espèces (IV, 1) ». *ibid.*, p. 340.

946 E. LAGRANGE, *Manuel de droit romain ou explication des Institutes de Justinien par demandes et par réponses*, 13e éd. revue par H. Lagrange, Montréal: C. Théoret, 1897, pp. 6-7.

d'application très concrète dont l'interprétation tire sa source dans « la science du juste et de l'injuste » des choses divines et humaines. Dans ses commentaires infrapaginaux, H. Lagrange précise:

> « La science du droit suppose la connaissance générale et plus ou moins approfondie des choses divines et humaines (*divinarum atque humanarum rerum notitia*). Car le droit s'applique à tout, mais il ne s'y applique que sous un rapport; pour y déterminer le juste et l'injuste (*justi atque injusti scientia*). C'est ainsi, et pesant la valeur de ces mots, *notitia*, simple connaissance, et *sciencia*, science, connaissance parfaite, qu'il faut entendre la définition des Institutes »[947].

En dépit de cet exemple qui illustre bien notre propos, nous devons conserver un certain recul à l'égard des manuels qui exposent le droit romain à travers une synthèse de l'auteur. Ainsi, comme le dénonce Michel Villey dans presque tous ses écrits, lorsque l'interprétation des textes dépasse l'exégèse stricte, il y a un risque que la synthèse de l'auteur transforme la théorie du droit romain en une forme moderne[948]. Ce ne semble pas être le cas du *Traité élémentaire de droit romain* de Raymond de Fresquet[949] (du moins en ce qui a trait aux commentaires des *Institutes* de Justinien), lorsque l'auteur écrit « qu'il est impossible de séparer entièrement les personnes des actions, moyens de procédure dont elles se servent pour faire respecter leur état, ou les choses des personnes qui peuvent les posséder »[950]. Ici encore, les concepts juridiques généraux de personnes se trouvent compartimentés en diverses applications[951]. Plus loin, Raymond de Fresquet décrit la même chose pour le droit de propriété: « Il faut remarquer que les Romains ne font jamais figurer dans l'énumération des choses incorporelles le

---

947 *Ibid.*.

948 Nous croyons avoir décelé ce travers dans l'ouvrage d'Édouard Cuq. En effet, cet auteur écrivait en 1928: « Le mot droit a, de nos jours, une double acception. Il désigne: 1° le pouvoir que la loi reconnaît à une personne d'accomplir certains actes. C'est le droit au sens subjectif; 2° un ensemble de règles, établies et sanctionnées par l'autorité civile, en vue de maintenir l'ordre dans l'État. C'est le droit au sens objectif. La première acception se retrouve à Rome: il y a une série de droits reconnus par la loi, tels que la propriété quiritaire, l'usufruit, etc. La détermination des personnes à qui ces pouvoirs sont reconnus entre dans l'étude de la capacité juridique. La seconde acception n'a pas toujours été admise et n'a jamais été formulée avec netteté. », E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, 1928, p. 5, précité note 504.

949 Raymond de FRESQUET, *Traité élémentaire de droit romain*, Tome 1er, Paris: Étienne Giraud, date inconnue.

950 *Ibid.*, p. 91.

droit de propriété; ils le matérialisent en quelque sorte, ils l'attachent à la chose; (...) »[952]. Dans le même esprit, Jean Gaudemet, dans l'introduction générale de son ouvrage de droit privé romain, écrit que la division - désormais classique - entre droit public et droit privé n'est pas clairement établie en droit romain; « (l)'ancien droit la connaissait peu (...) »[953]. Pourtant les Romains avaient « distingué *ius publicum* et *ius privatum*[954], (mais) ils n'en ont pas fait la division fondamentale de leur droit »[955]. Encore une fois, il aurait pu s'agir de positions philosophiques plutôt que de positions juridiques: « Ulpien, (...) dit que cette distinction concerne "deux attitudes dans l'étude du droit" »[956] et non deux aspects du droit.

Il existe donc une possibilité que les « codes » romains (Justinien ou théodosien) aient peu en commun avec les codes modernes. En guise d'analogie, la codification justinienne dans ses énoncés de principe pourrait être vue comme une profession de foi plutôt qu'une source prioritaire de règles.

Afin d'expliquer la différence entre la codification romaine et la codification du 19e siècle, nous avançons encore le même argument: l'Antiquité semblait vivre sous l'influence de la philosophie, alors que le 19e siècle se serait développé dans un autre contexte dans lequel les sciences ont pu apporter une forme d'esprit

---

951 « La notion abstraite d'une « personne », titulaire de droit est sans doute restée étrangère à la pensée juridique romaine. », J. GAUDEMET, *Droit privé romain*, 2000, pp. 31 et 137-145, précité note 936.

952 R. de FRESQUET, *Traité élémentaire de droit romain*, Tome 1er, p. 207, précité note 949.

953 J. GAUDEMET, *Droit privé romain*, 2000, p. 1, précité note 936.

954 « *...Quod ad singulorum utilitatem spectat* (Ulpien, D. 1, 1, 1, 2) », *ibid.* à la note 2.

955 *Ibid.*.

956 *Ibid.*, à la note 3; le même auteur montre que le « Code » d'Hammourabi (vers 1175 av. J.C.) qui serait un « ensemble de disposition législative », est un droit directement dicté par le dieu-soleil Samas.: « Devant lui, Hammourabi, respectueux, l'écoute dicter sa loi. À cette image, non équivoque, s'ajoute cette déclaration de l'Épilogue (col. XXV, 95-98): « Hammourabi, roi du droit, c'est moi, auquel Samas a fait présent des lois ». », Jean GAUDEMET, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Paris: Montchrestien, 1999, p. 5. L'auteur affirme plus loin que « [s]i le droit mésopotamien invoque le patronage des dieux, il n'est nullement un droit religieux. Prêtres et temples sont mentionnés, mais c'est pour en préciser le statut, éventuellement les privilèges. Rien ne concerne les pratiques religieuses, les croyances ou les rites. Le droit est fait pour les hommes, qui ont une religion, mais il laisse celle-ci hors de son propos. Il s'agit d'un droit « séculier », d'origine « divine ». ». Nous devons réagir à cette affirmation qui nous semble pour le moins hasardeuse. Considérant nos observations sur l'aspect hautement métaphysique et subjectif du droit romain pourtant souvent décrit comme l'exemple type du droit rationnel, il nous semble risqué de conclure qu'une stèle représente le droit mésopotamien. Si tirer des conclusions sur ce que la pierre dit nous semble risqué, il nous semble encore plus risqué d'apporter des conclusions sur ce qu'elle ne dit pas. Voyant que le droit fut dicté directement du dieu, il nous semble difficile d'imaginer que celui-ci ait été écarté de l'interprétation de ses propres commandements. D'ailleurs, J. Gaudemet reconnaît à Dieu l'autorité sur son décalogue ou la Torah juive: « « donnée » par Dieu, et non pas simplement « révélée ou « suggérée » par Dieu, à un homme, fut-il prêtre ou

différente et peut-être même avoir une certaine influence sur une conception nouvelle du droit.

Pour en finir avec l'exploration de la codification moderne et l'esprit scientifique, une dernière analyse sera effectuée avec l'organisation québécoise du droit civil. Le droit civil du Québec ayant lui aussi des origines romano-germaniques, voyons si la codification québécoise a pu, elle aussi, ressentir une influence de l'esprit scientifique.

e) La codification au Québec

Au Québec, le code civil est entré en vigueur le 1er août 1866. Bien que le Québec ait tiré une partie de son droit de la France, « le Code civil québécois n'est pas une copie conforme du Code civil français (Code Napoléon). Ce dernier n'a été qu'un modèle pour les codificateurs, du moins en ce qui a trait à la forme »[957]. Le modèle français a été conservé car il correspondait à la culture juridique du Québec de l'époque.

En 1866, il n'y avait plus, depuis cent ans, d'allégeance à Paris. On peut s'étonner toutefois que la codification n'ait été formellement envisagée qu'à partir de 1857[958], soit 53 ans après la codification française. Officieusement, « (d)ès 1831, l'Assemblée législative du Bas-Canada discute de la possibilité de codifier le droit privé de la province »[959]. Si on remonte plus loin encore, déjà en 1766, le nouveau procureur général Francis Maseres constata que « la rédaction d'un code était le moyen le plus approprié de mettre un terme à la confusion et au désordre

---

roi (ou roi-prêtre), la loi ne peut être modifiée que par son auteur, Dieu. Pour l'homme elle est immuable». », *ibid.*, p. 9.

957 H. KÉLADA, Précis de droit privé québécois, 1990, p. 44, précité note 69; L'article 7 de l'*Acte concernant la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure* (20 V. c. 43 et S.R.B.C., ch. 2) prévoit explicitement une inspiration des codes français: « Les dits codes seront rédigés sur le même plan général et contiendront, autant que cela pourra se faire convenablement, la même somme de détails sur chaque sujet, que les codes français connus sous le nom de *code civil, code de commerce* et *code de procédure civile.* »; T.J.J. LORANGER, « Le Droit Civil du Bas-Canada suivant l'ordre du Code », (1869) p. 12, précité note 153.

958 *Acte concernant la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure*, S.P.C. 1857, c. 43 et S.R.B.C.; Michel MORIN, « La perception de l'ancien droit et du nouveau droit français au Bas-Canada, 1774-1866. », dans Patrick H. GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français: communauté, autonomie, concordance*, Cowansville: Yvon Blais, 1993, 1-41, p. 2; M. MORIN, « Introduction historique au droit civil québécois », 1997, p. 64, précité note 273.

959 M. MORIN, *ibid.*, p. 23.

qu'avait engendrés dans l'administration de la justice la disposition de la Proclamation royale du 7 octobre 1763 qui avait abrogé le droit canadien pour le remplacer par celui de l'Angleterre »[960]. Le besoin de réforme, manifesté dès la fin du 18e siècle, montre que les juristes québécois (francophones ou anglophones) avaient une volonté de changer le droit en vigueur. Les règles, dans l'état où elles étaient, ne convenaient plus au milieu juridique. La structure des règles, ainsi que la confusion de leur organisation, ne semblait plus concorder non plus avec la forme d'esprit des juristes québécois de la fin du 18e siècle[961]. Pourtant, comme nous l'avons vu, la codification québécoise s'est réalisée en 1866. Or, les progrès de la science se seraient fait sentir au Québec à peu près à la même époque qu'en Europe. L'écart entre les époques des deux codifications peut-il être expliqué ?

Nous pensons que de ce retard pourrait être expliqué par le système politique de l'époque. Au début du 19e siècle, le Bas-Canada était régi principalement par un système juridique anglais où la législation agissait comme complément de la jurisprudence. Après l'*Acte d'Union*[962] de 1840 qui unissait le Haut-Canada et le Bas-Canada, « les députés élus dans les circonscriptions francophones sont minoritaires à la Chambre basse (...). Dans les années 1850, le droit privé est dans un état de délabrement avancé. Le Bas-Canada est un musée de l'ancien droit français, qui a cessé de s'appliquer en France depuis l'adoption du Code Napoléon. Plusieurs lois impériales ou locales, ainsi que les ordonnances, renvoient expressément à des règles du droit anglais. Les lois bas-canadiennes sont presque toutes rédigées en anglais, dans un style prolixe et difficile à suivre. Les traducteurs font appel à une terminologie inconnue des dictionnaires, qui

---

960 A. MOREL, « L'émergence du nouvel ordre juridique instauré par le Code civil du Bas-Canada (1866-1890) », 1993, p. 51, précité note 703. Nous ne savons pas, toutefois, quelle forme aurait pris un « Canadian Code ». Il est vraissemblable qu'il aurait davantage ressemblé à une compilation qu'à un véritable code. D'ailleurs, avant de partir d'Angleterre, Maseres « proposait d'effectuer la mise par écrit des coutumes en vigueur dans la colonie pour ensuite édicter celles qu'on jugerait avantageuses, quitte à les modifier par des emprunts au droit anglais », *ibid.*. Voir aussi du même auteur: « La réaction des canadiens devant l'administration de la justice de 1764 à 1774, Une forme de résistance passive », (1960) 20 *Revue du Barreau* 53.

961 « Le processus de formalisation du droit aux États-Unis, en Angleterre, en France et en Belgique a eu une influence marquante sur la pensée juridique québécoise durant la seconde moitié du XIXe siècle. Une des plus importantes manifestations de ce processus a été la codification des règles de droit privé, qui a permis d'unifier les différentes sources du droit dans un cadre clair, simple et logique, inspiré du modèle français. », Raymonde CRÊTE, « Aspects méthodologique de la jurisprudence québécoise en droit commercial à la fin du XIXe siècle », (1993) 34:1 *Les Cahiers de Droit* 219-255.

imite servilement le vocabulaire de la common law »[963]. Ainsi, on peut comprendre que les députés majoritaires formés à la *common law* n'aient pas été portés naturellement à édicter une loi dans la pure tradition civiliste. Le temps n'étaient pas si loin où « (l)es juristes anglophones dénoncent eux aussi la piètre qualité des lois »[964]. Hélène David nous décrit une situation analogue à l'égard du droit écossais et son retard à codifier:

> « Le droit écossais se rapproche encore des droits des pays du Continent en ce qu'un Code, en Écosse, trouverait tout naturellement sa place, comme les œuvres des Auteurs d'Institutes en ont joué le rôle pendant trois siècles. L'esprit de logique, le désir de clarté qui a porté constamment les Écossais à chercher à rendre leur droit simple, et la méthode déductive qu'ils ont adoptée, conduisent à établir un Code. Cela n'a pas été fait jusqu'à ces derniers temps en raison de l'influence anglaise (...) (nous soulignons) »[965].

Depuis 1763, le Québec aurait vécu sensiblement la même situation alors qu'il était, sous domination anglaise. Cette situation a ensuite pu être entretenue par l'*Acte constitutionnel* de 1791 permettant à la législature d'être dominée par les membres d'un conseil exécutif anglophone[966]. Le résultat en droit privé fut que « l'affrontement perpétuel entre les deux chambres[967] (rendit) impossible l'adoption de réformes dont tous (finirent) par reconnaître la nécessité »[968]. L'*Acte d'Union* de 1840 qui unissait le Bas-Canada et le Haut-Canada entretint le

---

962 *An Act to re-unite the Provinces of Upper and Lower Canada, and for The Government of Canada*, 1840 (R.-U.), 3-4 Vict., c. 35; L.R.C. (1985), App. II, no. 4.

963 M. MORIN, « Introduction historique au droit civil québécois », 1997, p. 63, précité note 273; M. MORIN, « La perception de l'ancien droit et du nouveau droit français au Bas-Canada, 1774-1866. », 1993, précité note 958; Jean-Charles BONENFANT, « Perspective historique de la rédaction des lois au Québec », (1979) 20 *C. de D.* 387, p. 390.

964 Jean-Charles BONENFANT, *ibid.*; Evelyn KOLISH, « Le conseil législatif et les bureaux d'enregistrement », (1981) 35 *R.H.A.F.* 217-230; M. MORIN, « Des juristes sédentaires ? L'influence du droit anglais et du droit français sur l'interprétation du *Code civil du Bas-Canada* », (2000) p. 270, précité note 932.

965 H. DAVID, *Introduction à l'étude du droit écossais*, 1972, p. 26, précité note 13.

966 M. MORIN, « La perception de l'ancien droit et du nouveau droit français au Bas-Canada, 1774-1866. », 1993, p. 5, précité note 958.

967 Evelyn KOLISH, « The Impact of the Change in Legal Metropolis on the Development of Lower Canada's Legal System: Judicial Chaos and Legislative Paralysis on the Civil Law, 1791-1838 », (1988) 3 *R.C.D.S.* 1.

968 M. MORIN, « La perception de l'ancien droit et du nouveau droit français au Bas-Canada, 1774-1866. », 1993, p. 5, précité note 958.

système dans la même veine en visant d'abord à faire élire une majorité de députés anglophones[969].

Malgré la situation constitutionnelle peu favorable à la codification, le milieu juridique québécois de la fin du 18e siècle et du 19e siècle peut-être mû par la volonté d'adapter le droit à une nouvelle mentalité réclame la mise en œuvre d'une codification.

- La mise en œuvre de la codification

Nous avons décidé d'entamer cette rubrique en citant T.J.J. Loranger pour ses commentaires relatifs au nouveau code de 1866:

> « Il n'en est pas des principes légaux comme des préceptes immuables de morale ou de philosophie, qui sont d'une application universelle et ne tombe jamais en désuétude. Un texte de loi emprunte sa valeur aux convenances du temps et du lieu qui l'ont fait naître. Bonne pour l'époque qui l'a créée, une loi peut devenir mauvaise ou sans utilité à une autre époque, eu égard aux changements qu'a subis la société, un jour bénéficiée par son opération. Pour juger du mérite des lois, et connaître comment elles doivent être appliquées dans le présent, il faut savoir comment elles ont fonctionné dans le passé, remonter à leur principe et en explorer les sources. Ce n'est qu'à l'aide d'une étude, ainsi fondée sur l'observation et nourrie par des déductions, que l'on peut acquérir la connaissance du Droit qui ne devient une science qu'à cette condition »[970].

Cet auteur semblait écarter l'universalité philosophique en restreignant la portée de la loi moderne à son contexte scientifiquement démontré. Dans le même élan, il revendiquait ensuite le droit comme une science.

---

969 *Ibid.*, p. 7.
970 T.J.J. LORANGER, « Le Droit Civil du Bas-Canada suivant l'ordre du Code », (1869) p. 15, précité note 153.

Le cas du Code du Québec ressemble à celui du Code français. Par exemple, le Juge C.É. Dorion essaie de montrer comme le firent François Laurent ou M.F. Laferrière - avec moins d'efficacité que ces auteurs cependant - à quel point les valeurs du Québec ont pu avoir été intégrée de façon systématique au *Code civil du Bas-Canada*: « Si l'on changeait le Code, cela ne changerait rien dans la pratique, parce que, encore une fois, ce n'est pas le Code qui fait les mœurs, mais ce sont les mœurs qui ont fait le Code »[971].

Le droit exprimé dans les principes du Code québécois n'a pas été plus inventé au Québec qu'il ne l'a été en France. Au moment de la codification, on ne semblait pas rechercher un texte reflétant un idéal, mais un texte qui colle à la réalité. Les trois commissaires du Québec eurent l'obligation de rester fidèles à la pratique et même, de citer « les autorités sur lesquelles ils s'appuient »[972]. Les commissaires affirmaient eux-mêmes que « leur devoir était "de préparer une série d'articles exprimant les règles pratiques qui doivent fixer et déterminer les droits civils, et non de faire de la théorie sur des distinctions subtiles et sans profit, quelque logiques qu'elles puissent paraître"[973]. En contrepartie, ils tentent à plusieurs reprises de parer aux difficultés concrètes relevées par les auteurs français depuis l'adoption du Code »[974]. Autrement dit, le Québec semblait, lui aussi, être à la recherche d'une organisation logique de son droit privé et, pour ce faire, était prêt à se modeler sur le Code Napoléon. Sa réforme semblait vouloir représenter le droit tel qu'il était vécu. Nous croyons voir ici un processus cherchant à induire une théorie juridique d'une manière la plus objective possible. La tendance à l'objectivité, se révèle selon nous ici non seulement par une recherche assidue des commissaires pour compiler et comprendre les règles en vigueur; mais aussi par la volonté de soumettre les règles proposées au filtre des

---

971 C.-É. DORION, « La philsophie du Code civil », (1925-1926) 5 *La Revue de droit* 134-146 et 201-213, p. 144.

972 *Ibid.*, p. 26 et *Acte concernant la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure*, S.P.C. 1857, c. 43, S.R.C, ch. II, (article 6: « En rédigeant les dits codes, les dits commissaires n'y incorperont que les dispositions qu'ils tiendront pour être alors réellement en force, et citeront les autorités sur lesquelles ils s'appuient pour juger qu'elles le sont ainsi; ils pourront suggérer les amendements qu'ils croiront désirables, mais mentionneront les dits amendements, séparéments et distinctement, accompagnés des raisons sur lesquelles ils sont fondés. »); T.J.J. LORANGER, « Le Droit Civil du Bas-Canada suivant l'ordre du Code », (1869) p. 11, précité note 153.

973 *Code civil du Bas-Canada, Premier, Second et Troisième Rapports*, Québec: George E. Desbarats 1865 p. 11 (Premier Rapport).

974 M. MORIN, « La perception de l'ancien droit et du nouveau droit français au Bas-Canada, 1774-1866. », 1993, p. 35, précité note 958.

juges et des députés afin de recevoir l'aval d'un ensemble d'observateurs, voire de l'ensemble de la communauté juridique[975].

Ce processus inductif nous semble caractéristique d'une forme d'esprit de cette époque et pourtant, dans les sections précédentes, nous avons mentionné à quelques reprises la présence d'un désordre (si ce n'est d'un chaos) au sein des sources du droit privé québécois dès la fin du 18e siècle. Cela engendrait « un réel problème d'incertitude par rapport au droit. Le caractère nébuleux du droit était de nature à engendrer des conséquences néfastes »[976]. Après l'*Acte de Québec* de 1774 qui devait rétablir le droit français dans les relations privées, « (l)e doute a subsisté sur le sens et la portée de la restauration du droit français par (cette) première loi constitutionnelle. Les historiens confirment l'incertitude régnant sur le droit en vigueur aux premiers temps du régime anglais. Une enquête du juge en chef, effectuée pour le Conseil législatif en 1786, révélait que chaque juge appliquait son droit national et que certains jugeaient même en équité. Les actes constitutionnels postérieurs maintinrent tous le droit en vigueur, sans préciser de quel droit il s'agissait. On a un autre exemple de l'incertitude qui

---

975 Les articles 8 à 12 de l'*Acte concernant la codification* prévoient explicitement l'examen du travail des commissaires par la magistrature. André Morel explique que « [c]ette procédure, qui s'inspirait peut-être de celle qu'on avait suivie en France, paraissait logique et normale, compte tenu du caractère fondamental qu'on avait voulu donner au Code civil à savoir d'être un code de droit traditionnel, une mise en ordre du droit existant. Qui en effet mieux que les juges pouvait se prononcer sur l'exactitude des textes où les codificateurs s'étaient efforcés d'exprimer les règles juridiques en vigueur ? Néanmoins, les réponses n'ont pas satisfait l'attente du législateur. Les juges se sont enfermés dans un mutisme à peu près complet. Si on excepte en effet les annotations que le juge Winter, de New Carlisle, a inscrites en marge des deux premiers rapports et qu'aurait approuvées son collègue de Gaspé, le juge Thompson, personne d'autre n'a accepté de donner suite au souhait formulé par le législateur. », André MOREL, « La codification devant l'opinion publique de l'époque », dans: Jacques BOUCHER et André MOREL (Dir.), *Le droit dans la vie familiale - Livre du centenaire du code civil (I)*, Montréal: Les presses de l'Université de Montréal, 1970, p. 38; André Morel explique le mutisme de la magistrature par le fait que les codificateurs étaient eux-même trois juges (un de la Cour du banc de la Reine et deux de la Cour supérieure). « On comprend les autres membres de la magistrature de n'avoir pas voulu faire à leurs collègues-codificateurs des remarques qui auraient presque fatalement pris l'allure de remontrances ou de reproche et auraient pu facilement dégénéré en rivalités de toutes sortes. Tous les silences, on le voit, ne sont donc pas signe de l'indifférence. Quelques hommes de loi ont tout de même rompu le silence qui semblait devoir s'installer autour du projet de code. Ils furent peu nombreux il est vrai à le faire, mais la valeur de leurs interventions compense pour leur petit nombre. », *ibid.*, p. 39. Nous déduisons ici que la faible participation de la communauté juridique, si elle entache le caractère "scientifique" du code, ne dénie pas, pour autant, l'influence de l'esprit scientifique ayant pu contribuer à ce processus législatif particulier. Il y avait en effet une réelle volonté de créer un code le plus proche possible de la réalité.

976 Sylvio NORMAND, « La codification de 1866: context et impact », dans: Patrick H. GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français: communauté, autonomie, concordance*, Cowansville: Yvon Blais Inc., 1993, 43-62, p. 54; voir aussi: A. MOREL, « L'émergence du nouvel ordre juridique instauré par le Code civil du Bas-Canada (1866-1890) », 1993, p. 51, précité note 703; M. MORIN, « La perception de l'ancien droit et du nouveau droit français au Bas-Canada, 1774-1866. », 1993, précité note 958; E. KOLISH, « Le conseil législatif et les bureaux d'enregistrement », (1981) précité note 964; M. MORIN, « Des juristes sédentaires ? L'influence du droit anglais et du droit français sur l'interprétation du *Code civil du Bas-Canada* », (2000) p. 270, précité note 932; Morton

régnait encore au milieu du 19e siècle dans le fait rapporté par Lareau qu'en 1850 on procéda à l'introduction des lois françaises dans les districts appelés Cantons de l'est, la partie orientale de la province de Québec, qui avait été l'un des points d'arrivée des loyalistes au moment de l'indépendance américaine »[977]. Ce désordre ne semble-t-il pas incompatible avec la présence d'une influence de l'esprit scientifique durant la même période?

Sylvio Normand, dont l'article s'inscrit dans la ligne des auteurs décriant la confusion du droit privé québécois avant la codification, constate néanmoins quelques efforts du milieu juridique pour clarifier le droit et ce, avant la codification[978]. Il fait notamment allusion à l'abolition du régime seigneurial[979] qui eut un impact important sur la propriété immobilière et contribua aussi « à clarifier l'état du droit patrimonial ». Il rappelle aussi qu'en 1845[980] et 1859[981] « (d)eux importantes consolidations du droit statutaire furent réalisées. Ce travail facilitait l'accès au droit en rassemblant, par sujet, les textes législatifs en vigueur dans une édition bilingue »[982]. À cela s'ajouta la publication des « *Édits et ordonnances* du Régime français »[983], ainsi que la publication officielle des décisions judiciaires du Bas-Canada[984]. Il souligne, enfin, que « (l)'instauration d'un enseignement juridique structuré est aussi à considérer parmi les moyens d'amener une clarification du droit »[985]. Or, de 1851 à 1854, trois programmes d'enseignement furent mis sur pied: l'école de droit de Maximilien Bibaud à Montréal en 1851, un programme en

---

J. HORWITZ, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, Cambridge: Harvard University Press, 1977, xvii,.

977 F. P. WALTON, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, 1980, pp. 3-4, précité note 155; E. LAREAU, *Histoire du droit canadien depuis les origines de la colonie jusqu'à nos jours*, t. 1er, pp. 141, 145, 148, 168, 175, 185, 231 et 263, précité note 298.

978 « Dans le domaine des affaires, encore plus qu'ailleurs, une telle incertitude devait être peu prisée. Les solutions avancées pour remédier à ce problème furent nombreuses et elles ne se limitèrent pas seulement, comme on pourrait le croire, à la codification du droit privé. Le législateur et d'autres intervenants posèrent des gestes qui eurent pour effet de préciser l'état du droit en vigueur dans la province. », S. NORMAND, « La codification de 1866: context et impact », 1993, p. 54, précité note 976.

979 *Acte pour l'abolition des droits et devoirs féodaux dans le Bas-Canada*, S.P.C. 1854, c. 3.

980 *Les actes et ordonnances révisés du Bas-Canada*, S. DERBISHIRE et G. DESBARATS, Montréal, 1845, xiii.

981 *Les Statuts Refondus du Canada*, Québec: S. DERBISHIRE et G. DESBARATS, 1859, 1438 p.; voir aussi: *Les Statuts Refondus pour le Bas Canada*, Québec: S. DERBISHIRE et G. DESBARATS, 1861.

982 S. NORMAND, « La codification de 1866: context et impact », 1993, p. 55, précité note 976.

983 *Édits, ordonnances royaux, déclarations et arrêts du conseil d'État du roi concernant le Canada*, E.R. FRÉCHETTE, Québec, 1854; S. NORMAND, *ibid.*, pp. 55-56.

984 *Acte pour assigner des salaires fixes et annuels à certains officiers de justice dans le Bas-Canada, et pour créer un fonds spécial des salaires, honoraires émoluments et bénéfices pécuniaires attachés à leurs charges*, S.P.C. 1850, c. 37, art. 13; « Le recueil fut publié de 1851 à 1867 », S. NORMAND, *ibid.*, p. 56 à la note 84.

985 *Ibid.*, p. 56.

droit à l'université McGill en 1853, et, un programme en droit à l'université Laval en 1854[986]. Malgré un désordre apparent, une volonté d'ordre semblait couver.

Au Québec, comme en France, « (l)a codification répondait donc à un besoin de structuration et de consolidation des sources et des règles de droit »[987]. Cependant, Jean-Louis Baudouin précise que la codification québécoise a aussi été une réponse à un besoin culturel d'affirmation du droit civil[988]. Ici encore, nous devons préciser que, dès la fin du 18e siècle, si l'influence de la science a pu avoir un effet dans la transformation du droit, il ne faut pas pour autant occulter les autres motivations. Quoi qu'il en soit, le Code civil du Bas-Canada semble s'affirmer de la même façon que le Code civil français. Nous verrons avec l'analyse de sa structure que le texte québécois contient lui aussi son lot de principes autour desquels est établi l'ensemble des règles du droit privé.

- La structure du Code civil du Bas-Canada

Telle que la loi le prévoyait, le *Code civil du Bas-Canada* (*C.c.B.-C.*) s'est inspiré du *Code civil* français. On retrouve donc des divisions similaires (le code québécois ayant ajouté une partie relative au droit commercial): Titre préliminaire; Livre premier. Des personnes; Livre deuxième. Des biens, de la propriété et de ses différentes modifications; Livre troisième. De l'acquisition et de l'exercice des droits de propriété; Livre quatrième. Lois commerciales. Notons que les commissaires ont parfois puisé à même la doctrine et le droit anglais. Par

---

986 *Ibid.*, pp. 56-57; notons que la faculté de droit de l'université laval fait partie des quatre facultés "fondatrices". Les quatre facultés: « théologie, droit, médecine et arts, [...] auront la responsabilité d'établir et de gérer leur propre programme de formation professionnelle. En principe, ce système a un double avantage: il tient les facultés ouvertes sur les problèmes du milieu et il contraint les professeurs, obligés de situer leur enseignement dans le savoir universel et de le dispenser en compétition avec d'autres disciplines, à ne pas s'enfermer dans leur spécialité. Il en résulte une élévation du niveau d'étude professionnelles. », Jean HAMELIN, *Histoire de l'Université Laval*, Sainte-Foy: P.U.L., 1995, pp. 38-39.

987 J.-L. BAUDOUIN, « Quelques perspectives historiques et politiques sur le processus de codification », 1991, p. 15, précité note 908; voir aussi: A.-F. BISSON, « Dualité de systèmes et codification civiliste », 1991, pp. 45-46, précité note 527.

988 « À cette époque également, il est fort probable que la survie du droit civil était effectivement menacée par l'influence des règles de common law. Culturellement, la codification devenait donc importante. D'abord, elle maintenait le lien avec les sources jurisprudentielles et doctrinales françaises, lien d'autant plus facile à réaliser que le Code du Bas-Canada empruntait un bon nombre de ses dispositions directement du Code Napoléon. Ensuite sur le plan culturel et aussi linguistique, elle marquait la volonté de se joindre de façon formelle à la famille civiliste prévenant ainsi une éventuelle assimilation par le système de common law. », J.-L. BAUDOUIN, « Quelques perspectives historiques et politiques sur le processus de codification », 1991, pp. 15-16, précité note 908; voir aussi: S. NORMAND, « La codification de 1866: context et impact », 1993, précité note 976.

exemple, l'article premier du Titre préliminaire fait référence notamment aux *Commentaries* de William Blackstone. Par ailleurs, le Titre préliminaire (*in fine*) contient aussi, dans une "cédule", une liste d'expressions et leur interprétation (art. 17). Ce type d'énumération s'apparente à la structure des lois anglaises portées à laisser le moins de latitude possible à l'analyse restrictive des tribunaux[989].

Toutefois, la composition et l'arrangement des articles semblent montrer qu'il s'agit bien d'une loi possédant les caractères des codes modernes. On retrouve, en effet, des théories fondées sur des règles générales. Par exemple, le Livre deuxième concernant les biens commence par le principe qui circonscrit les biens: « Article 374. Tous les biens, tant corporel qu'incorporels, sont meubles ou immeuble. » On entre ensuite progressivement dans le détail de la théorie partant du général au particulier: « Article 375. Les biens sont immeubles, ou par leur nature, ou par leur destination, ou par l'objet auquel ils s'attachent, ou enfin par la détermination de la loi. Article 376. Les fonds de terre et les bâtiments sont immeubles par leur nature. Article 377. Les moulins à vent, ou à eau, fixés sur des piliers et faisant partie du bâtiment, sont aussi immeubles par leur nature, lorsqu'ils y sont édifiés pour perpétuelle demeure. »[990], etc.. La même rationalité se reproduit avec les biens meubles[991], et dans l'ensemble du code. Cette rationalité place les principes juridiques à la base de chaque thème. On retrouve,

---

989 Il faut peut-être y voir aussi l'influence de la première loi d'interprétation de 1849 (23 V. c. 56) que l'on retrouve dans les *Statuts Refondus pour le Bas Canada* (1861, Cap. 1, a 13); Cette façon de faire a sans doute trouvé des encouragements dans le Code civil de l'État de la Louisiane (voir: *Civil Code of the State of Louisiana, with annotations by* Wheelock S. Upton and Needler R. Jennings, Vol. I, New Orleans: E. Johns & Co., 1838) qui contient lui aussi des dispositions relatives à « l'application » et « l'interprétation de la loi » (Titre préliminaire, chapitre 4, art. 13-21); concernant l'influence du Code civil de la Louisiane voir: A. N. YIANNOPOULOS, « An Introduction to the Louisiana Civil Code », dans: West's Louisiana Statute annotated, Vol. 1, St Paul (Minn.): West Publishing Co., 1993, p. XXIII; E. FABRE-SURVEYER, « The Civil Law in Quebec and Louisiana », (1939) *La. L. Rev.* 649.

990 Le libellé de l'article 377 dans lequel nous voyons une règle particulière évoque celui de l'article 90 de la coutume de Paris (1580): « XC. Ustanciles d'hostel qui se peuvent transporter sans fraction & deterioration, sont aussi reputez meubles: mais s'ils tiennent à fer & à cloud, ou sont scellez en plastre, & sont mis pour perpetuelle demeure, & ne peuvent estre transportez sans fraction & deterioration, sont censez & reputez immeubles: comme un moulin à vent & à eaue, pressouer édifié en une maison, sont reputez immeubles, quand ne peuvent estre oster sans despecer ou desassembler, autrement sont reputez meubles. », voir section B, 1. a).

991 « Article 383. Les biens sont meubles par leur nature ou pas la détermination de la loi. Article 384. Sont meubles par leur nature les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à l'autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, comme les animaux, soit qu'il faille une force étrangère pour les changer de place, comme les choses inanimées. Article 385. Les bateaux, bacs, navires, moulins et bains sur bateaux, et généralement toutes usines non fixées par des piliers et ne faisant pas partie du fonds, sont meubles. ».

en conséquence, une loi fondée sur des énoncés généraux, principes de toute la théorie qui s'en suit.

Au Québec, comme nous l'avons vu avec la France, ce type de législation était inédit. Nous avons vu qu'en matière civile le droit applicable avant la codification était celui de la Coutume de Paris (1580) ainsi que les Ordonnances, Édits et Arrêts de l'ancien régime[992]. Joseph François Perreault, dans les observations préliminaires des *Extraits ou Précédents des Régistres de la Prévosté de Québec*[993] écrit: « J'ai cru qu'il seroit bon, (...) de vous informer (...) que la Coutume de Paris, les Loix générales du Royaume de France, l'Ordonnance du Commerce, le Code Civil, avec les rédactions du Conseil, quelques édits et déclarations des Rois de France particuliers au pays, étoient les bases fondamentales des procédures et jugements de cette Cour »[994]. Nous ne répèterons pas ici l'examen effectuée plus haut avec les mêmes textes suggérant leur nature compilatrice.

Notons par ailleurs que les lois promulguées par la législature du Bas-Canada (dès la première session de la législature qui « s'ouvrit le 17 décembre 1792 »[995]) n'étaient plus, dans leur grande majorité, des textes du type de l'ordonnance, mais des "statuts" à l'image des *statutes* anglais. « En réalité, de 1792 jusqu'à 1867, nous avons eu presque uniquement des lois rédigées en anglais »[996]. En fait, « la plupart (des lois du Bas-Canada) étaient inspirées par des lois des autres provinces du Canada ou par des lois des États voisins »[997].

---

992 « Les principales bases de notre législation actuelle sont l'Édit de 1663; l'ordre du Roi de 1744 relatif à l'enregistrement des Édits, Ordonnances etc., l'acte Impérial de Québec ou de 1774 et l'Acte Impérial des 3e et 4e années de Victoire, qui réunit le Haut et le Bas-Canada en une seule Province avec une seule législature. [...] L'édit de 1663 veut que l'on procède en canada selon ce qui se pratique dans le ressort du Parlement de Paris [...] autant qu'on y adhère encore, car avec le temps, la justice souveraine du pays, eut sa jurisprudence, et sous les Anglais les tribunaux ont été réorganisés plusieurs fois, et ils ont en vertu d'un acte du Parlement, le droit de faire au moins des Règles de Pratique. », M. BIBAUD, *Commentaires sur les lois du Bas-Canada ou Conférences de l'école de droit*, 1859-1862, pp 270 et 274, précité note 273; J.-C. BONENFANT, « Promenade à travers nos vieux statuts », (1955) précité note 272.

993 Québec: Thomas Cary & Co., 1824.

994 D'autres auteurs ont donné l'appellation de Code Civil à l'Ordonnance de 1667 en matière de procédure. Pour une revue de la législation du régime parlementaire du Bas-Canada lire J.-C. BONENFANT, « Promenade à travers nos vieux statuts », (1955) précité note 272.

995 *Ibid.*, p. 7.

996 J.-C. BONENFANT, « Perspective historique de la rédaction des lois au Québec », (1979) p. 390, précité note 963.

997 *Ibid.*, p. 391.

La domination anglaise, en dépit de l'*Acte de Québec* a aussi ajouté quelques lois. Par exemple, en matière de procédure, l'Ordonnance de 1667 (enregistrée au Conseil supérieur de Québec en 1677) fut complétée par « l'Ordonnance du Conseil Législatif de la Province de Québec de 1785 ou de la 25ème année de George III, qui établit la preuve anglaise en fait de commerce, et le jury civil quand il est demandé »[998]. L'ingérence du droit anglais dans la procédure a conduit à l'application de règles de *common law* par des juges de *common law* en droit civil[999]. Nous examinerons plus en détail l'évolution de la *common law* aux mêmes époques. En ce qui concerne les règles de droit privé d'origine française, la codification marque un changement sans précédent dans l'histoire de la législation québécoise.

En somme, la codification québécoise pourrait elle aussi présenter quelques marques d'une influence de l'esprit scientifique. Les textes législatifs de l'ancien régime semblaient refléter une ancienne forme d'esprit. Les juristes du Québec, peut-être influencés par une forme d'esprit populaire, ont réclamé et participé à l'érection d'une nouvelle forme de textes législatifs: les codes. Ceux-ci, tranchant avec ce qui pourrait être une tradition de compilation, ont été structurés selon une organisation logique où les principes occupent une place centrale. Certains caractères des codes, telle leur structure, semblent donc rappeler les caractères de l'esprit scientifique.

En sus des codes, la popularité de l'esprit scientifique a pu avoir un effet dans d'autres secteurs du droit. Afin d'explorer d'autres impacts éventuels d'une influence de la mentalité scientifique, nous chercherons maintenant à savoir si la jurisprudence a pu, elle aussi, accorder quelque importance au principe juridique.

---

[998] M. BIBAUD, *Commentaires sur les lois du Bas-Canada ou Conférences de l'école de droit*, 1859-1862, p. 522, précité note 273.

[999] J.-M. BRISSON, « La procédure civile au Québec avant la codification: un droit mixte, faute de mieux », 1989, précité note 294; la démonstration de cet auteur est particulièrement convaincante dans son ouvrage *La formation d'un droit mixte: l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, 1986, précité note 294.

2. L'administration de la justice et l'esprit scientifique

La jurisprudence est un autre terme polysémique du droit. Les juristes du 19e siècle utilisaient parfois encore ce terme comme un synonyme du droit[1000]. Elle pourrait maintenant être définie comme une solution donnée par les tribunaux sur un aspect juridique particulier. En ce sens, elle dépend du travail des tribunaux. À ce niveau, l'administration de la justice joue certainement un rôle important. Or la judicature peut, elle aussi, varier d'une part selon le rôle social et politique que l'on veut faire jouer aux tribunaux et d'autre part selon la place que l'on accorde à la justice dans l'ensemble du droit. Par l'expression *l'administration de la justice* nous ne faisons pas référence à la procédure judiciaire mais à l'organisation des tribunaux. Nous nous intéresserons surtout aux conséquences juridiques de l'organisation des tribunaux.

La façon de rendre justice a beaucoup évolué au cours des différentes époques. On ne saurait étudier le travail des tribunaux et l'esprit scientifique sans d'abord établir à quel type d'administration on fait allusion. Ici encore les changements observés ne peuvent pas tous être interprétés comme provenant d'une influence de l'esprit scientifique. La construction de l'État, par exemple, a apporté des changements importants dans l'organisation de la justice. Par exemple, les Romains avaient une façon particulière de rendre justice qui n'était pas celle la société moderne. Si bien que l'existence même d'une jurisprudence peut dépendre du rôle du droit et de la façon dont il remplit son rôle. Cette section se propose de comprendre comment le système de justice a été remodelé dans le cadre de l'État et chercher si certains de ces changements ne pourraient pas rappeler les traits de l'esprit scientifique.

[1000] « Ainsi donc le terme de jurisprudence se prend dans une double acception. Il s'entend d'abord de la science du droit, et dans ce sens il est synonyme de droit; mais le plus habituellement, on emploie le mot jurisprudence pour signifier l'uniformité non interrompue de plusieurs arrêts dans des espèces semblables, ce qui tient lieu de loi. », B.A.T. De MONTIGNY, « De la jurisprudence », (1879) 1 *La Thémis* 1-21, p. 3.

a) Les tribunaux de l'ancien régime

En France, la justice est restée longtemps l'apanage de l'autorité royale. Peu à peu, les institutions prennent contrôle de ce pouvoir. Au 16e siècle, « les huit Parlements de France, organisés sur le modèle du Parlement de Paris, comportent quatre chambres permanentes ayant chacune leur compétence propre[1001]. Toutefois, en matière de justice, leur rôle est éminent puisque, dans la hiérarchie des pouvoirs judiciaires, les Parlements représentent, après le roi, la plus haute instance et jouent le rôle de cours supérieures de justice. (...) Le fait que le prince prenne place, en des circonstances exceptionnelles, sur le siège royal du Parlement de Paris a valeur symbolique »[1002]. La justice serait donc rendue par l'État. Les tribunaux, en dépit de leur indépendance, sont une institution de l'État[1003].

Cette vision n'est pas pleinement partagée par Paul Roubier qui semble considérer les tribunaux comme une institution indépendante de l'État: « s'il est vrai que l'administration de la justice est un des services de l'État, elle n'est pas au service de l'État; les tribunaux, lorsqu'ils jugent, se présentent comme des organes de la société, beaucoup plus que de l'État au sens strict »[1004]. Nous croyons que l'interprétation de Paul Roubier ici s'écarte quelque peu de la réalité historique et de la façon dont les tribunaux ont, comme nous l'avons entrevu dans les faits, été implantés dans l'État moderne. En effet, s'il est possible que le droit ne soit pas au service de l'État, il n'empêche que les tribunaux sont des organes de l'État.

En bref, la procédure moderne semble être fondée sur un principe d'administration étatique où le juge serait mandaté par l'État pour appliquer la procédure de l'État[1005]. Paul Roubier lui-même écrit: « Le juge a indéniablement

---

1001 G. ZELLER, *Les institutions de la France au XVIe siècle*, Paris: Presses Universitaires de France, 1987, p. 150.

1002 S. GOYARD-FABRE, *Jean Bodin et le droit de la république*, 1989, p. 238-239, précité note 85.

1003 En Angleterre la fonction judiciaire de l'État est beaucoup plus importante qu'en France. Comme nous l'avons vu, c'est principalement la fonction judiciaire qui justifie, historiquement, la présence de l'État en Angleterre. Cette situation semble changer depuis le milieu du 20e siècle et la législation anglaise prendrait de plus en plus d'importance: « Depuis quelque cent ans, et plus particulièrement depuis la fin de la seconde Guerre Mondiale, un intense mouvement législatif s'est développé en Angleterre [...]. », D. FRISON, Introduction au droit anglais et aux institutions britanniques, 1989, p. 41, précité note 14.

1004 P. ROUBIER, *Théorie général du droit*, 1951, précité note 859.

1005 Sur ce point, l'*Ordonnance de 1667 relative à l'administration de la justice* écarte toute ambiguité possible.

pour rôle d'appliquer d'abord les sources formelles, puisque la règle de droit postule par hypothèse la sanction de la contrainte publique, que le rôle du juge est précisément de mettre en mouvement; on ne comprendrait pas qu'il manquât à cette tâche, qui est sa tâche essentielle »[1006].

Paul Roubier semble voir aussi une autre fonction de l'aspect judiciaire de l'État: celui de créer du droit: « Il y a cependant, pour lui un rôle créateur à jouer dans l'hypothèse où il n'existe aucune règle applicable au litige: il doit alors rechercher quelle est la meilleure solution, et dégager ainsi une règle, qui pourra être le principe d'une nouvelle jurisprudence. »[1007] Mais comme il le dit lui-même en prenant exemple de l'Angleterre, le juge ne saurait tomber dans l'arbitraire de l'invention, il n'a d'autres choix que de s'appuyer sur l'éventail de règles mis à sa disposition et s'en remettre aux principes généraux du droit. Son action créatrice est limitée.

En France, plusieurs transformations successives ont eu lieu avec la genèse de l'État. Tout d'abord, nous l'avons vu[1008], les Parlements, bourgeons de la *Curia regis*, seraient les premières Cours de justice, dignes de ce nom, à avoir émergé. Ils seraient restés, pendant tout l'ancien régime, le mode souverain de résolution judiciaire des conflits. À la veille de la Révolution, « (l)'organisation judiciaire de l'ancien régime avait des parties mortes déjà, qu'il avait de lui-même condamnées dans ses derniers jours: telles les juridictions seigneuriales et ecclésiastiques, les juridictions royales d'exception, les diverses applications de la justice retenue »[1009]. Il semblait tout de même exister une certaine organisation judiciaire avant les réformes occasionnées à la fin du siècle. Mais cette organisation pourrait s'expliquer davantage par une évolution historique et des luttes de pouvoir entre l'État, l'Église et les grands seigneurs que par une volonté manifeste d'établir une structure cohérente. Par exemple: « (l)'essentiel du rôle des baillis et des sénéchaux jusqu'au XVIe siècle est de lutter contre les justices

---

1006 P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, 1951, p. 85, précité note 40.
1007 *Ibid.*.
1008 Voir Partie I, Section A, 1., a).
1009 Adhémar ESMEIN, *Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814 - Révolution, Consulat & Empire*, Paris: Recueil Sirey, 1911, p. 95.

seigneuriales et les justices d'Église (...) »[1010]. Dans cette veine, l'appel aux justices royales ainsi que la justice retenue (permettant la saisine par les juges royaux de n'importe quelle affaire) étaient deux moyens d'imposer la suprématie du Roi[1011].

Du 16e siècle à la fin de l'ancien régime, la justice royale était rendue par trois paliers hiérarchiques de tribunaux de droit commun: la prévôté[1012], le bailliage et la sénéchaussée[1013], et, les présidiaux (7 juges par présidial)[1014]. Parallèlement à ces tribunaux plusieurs juridictions royales d'exception « connaissent des matières diverses, enlevées à la compétence des tribunaux de droit commun. Créées au gré des circonstances, elles sont très disparates, tantôt Cours souveraines et tantôt juridictions de première instance; on peut les classer d'après leur compétence spécialisée »[1015]: le Grand Conseil (droit privé - sans appel), les juridictions consulaires (droit commercial - appel au parlement), l'Amirauté (commerce maritime - appel au parlement), les cours prévôtales (droit pénal - sans appel), les intendants (contentieux administratif - appel au Conseil du roi), les juridictions financières (comptes des agents du roi et fiscalité - sans appel).

1010 Pierre TISSET et Paul OURLIAC, *Manuel d'histoire du droit français*, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1949, pp. 266-267; P.C TIMBAL, *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, 2e éd., Paris: Dalloz, 1961, p. 390.

1011 P. TISSET et P. OURLIAC, *ibid.*, pp 267-269; P.C TIMBAL, *ibid.*, pp. 390-395.

1012 « Les prévôts n'ont jamais eu de compétence générale, les justices seigneuriales et municipales leur enlevant beaucoup de justiciables et les nobles relevant directement de la curia. Leur rôle judiciaire a été très diminué par l'apparition des baillis et sénéchaux, qui ne se bornent pas à réfomer leurs sentences par la vois de l'appel et leur ôtent la connaissance de nombreuses causes. Le pouvoir royal aurait pu faire disparaître cette juridiction inférieure, mais une telle décision eût été contraire aux tendances de la monarchie [...]. », P.C TIMBAL, *ibid.*, p. 396.

1013 « [...] ils jugent les appels formés contre les sentences des prévôts. [...] Les cours de bailliage et de sénéchaussée [...] ne sont pas uniquement des juridictions d'appel et connaissent de nombreuses affaires en première instance: causes des nobles, des villes privilégiées et des églises de fondation royale, cas royaux... Mais elles ne jugent pas en dernier ressort et on peut toujours appeler de leurs sentences au parlement. », P.C TIMBAL, *ibid.*.

1014 « Normalement la même affaire pouvait être portée devant trois juges royaux hiérarchisés, prévôté, bailliage et Parlement; il pouvait y avoir plus de trois degré de juridiction si des juges seigneuriaux avaient préalablement connu de l'affaire. Pour éviter les appel abusifs, Henri II, dans un édit de 1552, créa les sièges présidiaux. Une soixantaine de bailliage tout en conservant sous leur ancien titre leur fonction première (leur compétence bailliagère) furent érigés en présidiaux [...]. », P. TISSET et P. OURLIAC, *Manuel d'histoire du droit français*, 1949, p. 271, précité note 1010; « [Les présidiaux] devenaient tribunaux d'appel à l'égard des bailliages voisins et jugeaient en dernier ressort jusqu'à 250 livres. Cette réforme suscita la double opposition des parlements, jaloux de leurs prérogatives et de leurs épices, et des simples bailliages, qui s'estimaient relégués à un rang inférieur; quelques présidiaux furent supprimés et la réforme fut rapidement compromise par le maintien d'un taux de compétence que la dégradation de la monaie rendait dérisoire. L'idée fut reprise à la fin de l'ancien régime et une ordonnance de mai 1788 transforma tous les bailliages en présidiaux et créa au dessus d'eux quarante-sept grands baillages, jugeant en dernier ressort jusqu'à 20 000 livres. Cette réforme fut aussi mal acceuillie que la précédente et sa mise en œuvre fut suspendue aussitôt que fut annoncée la réunion des États généraux. », P.C TIMBAL, *ibid.*, p. 397.

1015 *Ibid.*, p. 400.

Notons qu'en matière civile, « l'ordonnance de 1667 ne permet plus d'invoquer l'erreur de fait que par voie de la requête civile et elle organise le pourvoi en cassation (devant le Conseil du roi) pour sanctionner l'erreur de droit (...). »[1016] Les tribunaux d'appel, privé d'étudier les erreurs de droit, n'ont donc pas la possibilité d'établir une jurisprudence fondée sur les principes du droit. De plus, le pourvoi en cassation est destiné à imposer la volonté du roi aux tribunaux, et donc, restreindre leur marge de manœuvre. La cassation n'est pas, comme elle le deviendra, un tribunal chargé de garantir l'uniformité et la logique des règles juridiques[1017].

Enfin, malgré l'expansion de la justice de l'État, les justices seigneuriales n'avaient pas toutes disparu à la fin du 18e siècle: « les justices qui avaient subsisté étaient surtout des justices de village et le pouvoir royal ne voulait pas s'aliéner la noblesse rurale en enlevant à ses membres le prestige attaché à la justice. C'est la Constituante qui les a supprimées en 1789. »[1018] On retrouve donc encore la plupart de ces tribunaux à la fin de l'ancien régime. La compétence de certaines cours d'exception a cependant été restreinte: « La multiplicité des juridictions d'exception soulevait des critiques justifiées, dont le pouvoir royal s'est décidé à tenir compte à la fin de l'ancien régime; un édit de 1788 a supprimé un certain nombre de ces tribunaux: maîtrise des eaux et forêts, bureaux de finances, élections, greniers à sel, bureaux des traites, pour confier leurs attributions judiciaires aux présidiaux »[1019].

b) Les réformes

Puis en 1790, suite aux premières décisions de l'Assemblée constituante, « (l)'ancienne magistrature fut détruite. Les parlements furent "envoyés en vacances", mais ces vacances étaient "indéfinies", et ils ne sont jamais revenus. (...) L'organisation judiciaire fit l'objet de la grande loi des 16-24 août 1790, qui

---

1016 *Ibid.*, p. 406.
1017 Voir à ce sujet Mathieu DEVINAT, *La règle prétorienne en droit français et canadien*, thèse pour le Doctorat en droit, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Septembre 2001, p. 90.
1018 P.C TIMBAL, *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, 1961, p. 392, précité note 1010.
1019 *Ibid.*, p. 402.

renferme le principe de la séparation des pouvoirs »[1020]. Cette réforme nous intéresse particulièrement, car elle a été réalisé au sortir du siècle des Lumières en s'inspirant des écrits de Montesquieu. L'organisation de la justice a donc pu suivre la même voie que la création du *Code civil*.

La réforme judiciaire organisée par les « États Généraux, devenus Assemblée nationale constituante »[1021], visait à limiter le pouvoir judiciaire et le pouvoir des magistrats: « Il fallait, d'après Bergasse (dans son rapport sur l'organisation du pouvoir judiciaire, lu à la tribune de l'assemblée le 17 août 1789), "limiter" le pouvoir judiciaire, enlever aux juges toute influence sur la loi et même tout droit de l'interpréter et faire disparaître les "compagnies puissantes" et les tribunaux formés d'un trop grand nombre de magistrats »[1022]. L'importance de créer un tribunal chargé de contrôler l'interprétation de la loi fut l'objet d'un consensus dès les premiers débats de la Constituante au printemps 1790[1023]: « Cette nécessité trouve son fondement dans l'importance que les Constituants accordent à la loi et dans l'attachement qu'ils marquent à son strict respect. (...) Non seulement la loi doit être fidèlement respectée mais elle doit être partout appliquée et comprise de la même façon. Il faut, d'après Barnave, "maintenir l'unité de la législation" et "prévenir la diversité de jurisprudence". Sans cassation en effet les tribunaux pourraient, dans le même cas, appliquer la loi d'une manière différente »[1024]. On veut donc préserver l'intégrité de la loi, bien qu'à ce moment il n'y ait pas encore de codification. Vouloir une jurisprudence uniforme, c'est aussi reconnaître l'existence d'une loi et d'un droit universels applicables à tous les justiciables[1025]. D'ailleurs, une des raisons ayant justifié le rejet des jurés en matière

---

1020 M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 1928, p. 25, précité note 544; A. ESMEIN, *Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814 - Révolution, Consulat & Empire*, 1911, pp. 95-96, précité note 1009.

1021 J.-L. HALPÉRIN, *Le tribunal de cassation sous la révolution (1790-1799)*, Thèse de Doctorat d'État, Paris II, 1985, p. 43

1022 J.-L. HALPÉRIN, *ibid.*; A. ESMEIN, *Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814 - Révolution, Consulat & Empire*, 1911, pp. 96-104, précité note 1009.

1023 « Les Constituants se mirent rapidement d'accord sur la nécessité du recours en cassation et sur la définition de ce recours; en très peu de temps ils jetèrent ainsi les bases d'une nouvelle théorie de la cassation inspirée à la fois des expériences de l'Ancien Régime et des idées des philosophes du XVIII[e] siècle. », J.-L., HALPÉRIN, *ibid.*, p. 53.

1024 *Ibid.*, pp. 54-55.

1025 « la loi doit être la même pour tous et avant même de créer un code unique des lois civiles auquel tous aspirent, il convient de faire disparaître les diversités de jurisprudence entre les tribunaux sur les anciennes ou les nouvelles lois. », *ibid.*, p. 55.

civile était justement leur méconnaissance du droit[1026]. En droit civil, les faits et le droit son étroitement liés, l'Assemblée préféra donc des juges expérimentés pour appliquer le droit correctement[1027].

Les grandes lignes de la *hiérarchie* judiciaire actuelle ont été tracées par la grande réforme (16-24 août 1790). À la base, était institué le *juge de paix* qui « connaissait, soit sans appel, jusqu'à 50 livres, soit à charge d'appel au tribunal de district, des causes civiles peu importantes déterminées par la loi »[1028]. « Au dessus du juge de paix (dont il recevait les appels) était le *tribunal de district* »[1029]. Ce tribunal était constitué de 5 juges « auprès duquel il y aura un officier chargé des fonctions du ministère public ». « Les tribunaux de district (en dehors des cas où ils statuaient sur les appels des juges de paix) jugeaient tantôt en première instance et tantôt à charge d'appel (tit. IV, art. 5). (...) L'Assemblée borna là la hiérarchie des justices civiles; elle ne créa point de tribunal supérieur au tribunal de district, sauf le Tribunal de Cassation (...) »[1030]. Les Tribunaux d'appel seront créés par la loi du 27 ventôse an VIII (1801). Les premières réformes auraient ainsi instauré une organisation hiérarchisée uniforme. Toutefois, on ne semble pas encore observer la présence d'instances d'appel digne de ce nom, c'est-à-dire de tribunaux supérieurs chargés de contrôler l'interprétation des règles.

A. Esmein énonce deux mobiles principaux justifiant cette construction judiciaire: « 1° le désir de rapprocher la justice des justiciables, pour la rendre accessible à tous; 2° la crainte des grands corps judiciaires, en qui pourraient ressusciter les Parlements. »[1031] Nous pensons qu'en filigrane pourrait apparaître une troisième

---

1026 A. ESMEIN, *Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814 - Révolution, Consulat & Empire*, 1911, p. 98, précité note 1009.

1027 « L'Assemblée constittuante avait cru nécessaire d'exiger, pour l'éligibilit.é aux fonctions de juges des preuves de savoir professionnel. Il était dit (art. 9): "Nul ne pourra être élu juge... S'il n'a trente ans accomplis et s'il n'a pas été pendant cinq ans juge ou homme de loi exerçant publiquement près d'un tribunal". La loi des 25 août - 11 septembre 1790 (art. 5) ajoutait: "la qualité d'homme de loi ayant exercé pendant cinq ans près des tribunaux ne s'entend provisoirement et pour la prochaine élection que des gradués en droit qui ont été admis au serment d'avocat et ont exercé cette fonction dans les sièges de justice royale ou seigneuriale en plaidant, écrivant ou consultant". », *ibid.*, pp. 102-103.

1028 *Ibid.*, p. 105; notons que l'« on n'exigeait du juge de paix aucune connaissance juridique, et cela était conforme au rôle qu'on lui assignait », *ibid.*, p. 106.

1029 *Ibid.* La constitution de l'an III remplacera ce tribunal par un tribunal de département, en matière civile. (*ibid.*, p. 118). Les tribunaux de département seront eux-même remplacés (loi du 27 ventôse an VIII) par des *tribunaux civils de première instance*. (*ibid.*, p. 289).

1030 *Ibid.*, pp. 106-107.

1031 *Ibid.*

raison: l'application correcte d'un droit universel. Bien qu'une instance supérieure d'appel n'ait pas été jugée utile en août 1790, la notion d'appel avait fait son chemin. Le projet de loi de Thouret « contenait l'établissement d'un tribunal d'appel (...). (...) Chabron proposa et fit accepter à l'Assemblée un système qui maintenait l'appel sans créer de juridiction d'appel particulière. Il consistait à rendre les tribunaux de district juges d'appel les uns par rapport aux autres »[1032]. Même si le processus restait imparfait, le processus d'appel visait essentiellement à s'assurer d'une justice équitable. L'interprétation de la loi, conformément aux principes de la société révolutionnaire semble apparaître véritablement avec la cassation:

> « L'existence d'une telle structure hiérarchique, de même que la fonction qu'elle remplit, expliquent non seulement que les juridictions inférieures ont une « tendance naturelle » à se conformer à la jurisprudence des juridictions supérieures, mais que celle-ci, et tout particulièrement la Cour de cassation, s'estiment, à juste titre, autorisées à imposer leur jurisprudence aux juridictions inférieures, de même que celles-ci s'estiment généralement tenues de s'incliner, en principe, devant une telle jurisprudence »[1033].

La nouvelle structure n'est donc peut-être pas étrangère à l'apparition de règles juridiques organisées dans la jurisprudence[1034]. La structure des tribunaux contribue peut-être à l'organisation du milieu juridique: « Malgré les limites évidentes, la jurisprudence constitue donc bien un instrument général de systématisation formelle du droit, qui ne se limite pas à l'accroissement de sa décidabilité »[1035]. Bien que Michel van de Kerchove emploie l'expression de rationalisation de la jurisprudence, nous pensons que la rationalité ne semble pouvoir expliquer, à elle seule, cette évolution. La rationalité seule aurait

---

[1032] *Ibid.*, p. 108.

[1033] Michel van de KERCHOVE, « Jurisprudence et rationalité juridique », (1985) 30 *Archives de philosophie du droit* 207-242, p. 233.

[1034] « Quant à la cohérence de la jurisprudence elle-même, on sait que l'existence d'une juridiction suprême unique dans chaque ordre juridictionnel, de même que l'institution de procédures de réunion en assemblée plénière des différentes chambres de ces juridictions constituent les dispositifs destinés à préserver cette cohérence au maximum, même si ces procédés restent extrêmement imparfaits. », *ibid.*, pp. 240-241.

[1035] *Ibid.*, p. 241.

tendance à engendrer une structure fixe, dogmatique, alors qu'au contraire, la structure décrite par M. van de Kerchove semble relativement souple et ouverte à la venue de nouvelles règles ou de nouvelles tendances jurisprudentielles. Ce qu'il décrit comme des « procédés imparfaits », semble être en réalité l'instabilité générée par les changement sociaux qui influencent les règles de la jurisprudence. La jurisprudence reste à l'écoute de la réalité[1036], elle n'est pas seulement rationnelle; elle est peut-être aussi inductive.

La hiérarchie des paliers de tribunaux pourrait donc avoir tendance à favoriser (contrairement à l'ancien régime) l'évolution des règles autour des principes; ceux-ci étant imposés par les instances supérieures. Pourtant nous devons encore ici mitiger l'influence éventuelle de l'esprit scientifique sur la création de la structure judiciaire. Par exemple, J. L. Halpérin rappelle que, initialement, « la notion de cassation n'a pu s'épanouir réellement qu'à partir de la fin du XVI[e] siècle: elle est liée en effet au développement de la législation royale, (...). Par la cassation (le roi) retient une partie de la justice dont il est la source ou plutôt il exerce une surveillance sur la délégation qu'il a accordée aux parlements »[1037]. Ainsi, à ses débuts, la raison d'être de la cassation n'aurait pas été d'assurer une certaine uniformité du droit, mais de permettre au roi de garder une emprise sur les décisions des tribunaux. Notons, qu'il ne semblait pas s'agir pour le roi d'orienter l'interprétation des lois, mais de choisir la justice qui lui aurait plu. « C'était la personne et l'autorité du roi qu'il s'agissait de défendre par la cassation plus que les intérêts des parties »[1038]. Au 16[e] siècle, il n'était pas encore question de positivisme juridique, mais simplement de lutte de pouvoirs[1039].

1036 « Au delà de ses aspects formels, la rationalité juridique révèle également, dans l'existence du phénomène jurisprudentiel, certains de ses aspects matériels ou axiologiques. [...] Ce n'est par conséquent, qu'à travers des décisions dites d'« espèce », destinées précisément à « ne pas faire jurisprudence », que les juridictions pourraient échapper à l'« esprit de système » au profit de considérations d'équité qui, par définition, ne sont pas susceptibles de généralisation. » *ibid.*, p. 241.

1037 J.-L., HALPÉRIN, *Le tribunal de cassation sous la révolution (1790-1799)*, 1985, p. 24, précité note 1021.

1038 *Ibid.*, p. 31; Cette citation provient d'un mémoire (non imprimé) du conseiller d'état M. Joly à la demande de Louis XV, en 1762 qui voulait connaître plus en détail les pratiques de son conseil concernant déroulement de la cassation. Voir à ce sujet: P. P. N. HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, 1827, pp. 231-232, précité note 177.

1039 Notons que l'Ordonnance de 1667 prévoyait que « Ceux qui font profession de la religion prétendue réformée, en pourront faire renvoyer, retenir ni évoquer en nos chambres de l'édit ou chambres mi-parties, les causes ou instances des requêtes civiles, soit avant ou après les appointements au conseil contre les arrêts ou jugemens en dernier ressort rendus en d'autres cours ou chambres, et sans distinction si ceux de la religion prétendue réformée y ont été parties principales ou jointes, ou s'ils ont depuis intervenu, ou sont intéressés en leur nom, ou comme

Il faudra attendre la Révolution, pour que l'interprétation des lois et la recherche d'une organisation logique des règles juridiques soient placées - même sans intention manifestée - au cœur des interventions d'une Cour de cassation. Comme pour confirmer cela, J. L. Halpérin poursuit en affirmant que « (t)rois principes, admis par la majorité des auteurs, apparaissent particulièrement de nature à transformer le problème de la cassation à la veille de la Révolution: la séparation des pouvoirs, la place éminente accordée à la Loi et la volonté d'unification du droit »[1040]. Les deux derniers principes s'accordent assez bien avec des caractères de l'esprit scientifique. En effet, « la place éminente accordée à la loi » ressemble à l'importance accordée aux lois scientifiques, tandis que « la volonté d'unification du droit » révèle peut-être une nouvelle perception de l'universalité des règles dans l'État. Mais il ne faudrait pas conclure trop vite; il pourrait encore et surtout s'agir d'une volonté politique de l'Assemblée de garder le contrôle sur l'organisation sociale par l'intermédiaire de la loi.

Toutefois, la « place éminente accordée à la Loi » pourrait inclure l'uniformité de son interprétation et l'application rigoureuse des principes qu'elle contient. Ainsi, l'importance (politique) accordée à la loi peut fort bien être complémentaire avec la place centrale accordée au principe juridique.

Enfin, on demande au contrôle judiciaire de faire respecter les principes de la loi. Du moins, ce semble être les propos tenus par le maître des requêtes Blondel dans son rapport du célèbre procès de trois criminels condamnés à la roue, puis acquittés par le Conseil du roi le 30 juillet 1787. « Blondel défendait avec éloquence « l'intérêt de la loi » et invitait le Conseil à trancher par son arrêt "plusieurs points très importants de la jurisprudence criminelle". Il concluait par un éloge du recours en cassation: " La voie de la cassation, disait-il, me paraît préférable à celle de la révision: la première, non seulement répare le mal

---

héritiers, successeurs créanciers ou ayant cause, à peine de nullité des renvois, rétentions et évocations. » (Titre XXXV, article XXIV). Pas de cassation pour les protestants qui pouvaient par ailleurs ester. L'application correcte de la loi passait donc après la saine politique du roi soleil.

1040 J.-L., HALPÉRIN, *Le tribunal de cassation sous la révolution (1790-1799)*, 1985, p. 38, précité note 1021; « Lorsque la Cour de Cassation, ayant dépassé le simple rôle de censure des violations expresses de la loi qui lui avait été originairement assigné, eut pénétré plus avant dans le contrôle de l'interprétation, le premier besoin qui s'est imposé, et qui a dominé son attitude pendant près d'un siècle, a été d'assurer l'unité et la cohérence de l'ensemble de la jurisprudence. », P. HÉBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », 1974, p. 342, précité note 643.

particulier, mais elle rétablit les principes et maintient l'exécution des lois; (...)" »[1041]. La cassation était réclamée afin de limiter l'arbitraire des décisions judiciaires et affermir l'importance de la loi. En dépit des affres de la Révolution, le Tribunal de cassation rendit de 1790 à 1799 plus de 20 000 décisions. « Une telle masse de jugements permit également au Tribunal de cassation d'étendre son contrôle sur les décisions des juges du fond en donnant à sa jurisprudence une autorité croissante. (...) Parallèlement l'essor de la motivation des jugements de cassation puis des jugements de rejet et les progrès réalisés dans la publicité des décisions du Tribunal de cassation contribuaient à répandre ce qui était devenu une véritable jurisprudence. (...) Dans le domaine de la procédure criminelle, le Tribunal de cassation fut ainsi amené, en présence des lacunes des lois de 1791, à bâtir de véritables théories jurisprudentielles (...) »[1042]. Il faudra néanmoins attendre deux ans après la réforme pour voir apparaître spontanément des motifs dans les jugements du Tribunal de cassation[1043]. Non content d'imposer une application uniforme de la loi, l'instance suprême semble donc commencer, dès ses débuts, à établir des principes de jurisprudence.

Ainsi, en dépit des raisons historiques de son origine, la cassation, née pour protéger les intérêts du roi, aurait peu à peu été transformée en chien de garde des principes d'une loi universelle, certes dans un but politique, mais qui aurait vite été transformé par les tribunaux en une volonté positiviste juridique de fonder le droit sur des règles. Nous voyons dans ce nouveau rôle de l'organisation judiciaire issu de la Révolution une occasion d'adapter l'administration de la justice à la mentalité de son époque.

1041 J.-L., HALPÉRIN, *ibid.*, p. 39.

1042 *Ibid.*, pp. 268-269.

1043 « De la part de ce Tribunal, dont les arrêts sont sans recours, c'était un geste spontané, un hommage rendu par lui, de lui-même, aux principes que venaient de formuler les lois nouvelles. », T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé, » (1955) p. 49, précité note 53.

3. La jurisprudence et le principe juridique

L'exploration de l'influence éventuelle d'un *esprit* scientifique sur le droit ne peut se limiter à l'examen de la législation. Nous étudierons donc, dans cette section, quelques aspects de la jurisprudence. Si l'esprit scientifique a pu avoir une influence sur les décisions judiciaires, comment la mettre en lumière ? Nous avons vu, dans la deuxième partie, la façon inductive par laquelle le raisonnement judiciaire pouvait rattacher la règle à la réalité du droit. Nous verrons que les tribunaux semblent avoir créé non seulement des règles jurisprudentielles, mais peut-être aussi une logique fondée sur des principes juridiques.

Notre examen se fera en deux étapes. La première étape consistera à vérifier l'existence d'un pouvoir créateur des tribunaux, lequel n'est pas toujours reconnu par la doctrine. La seconde étape cherchera l'arrivée éventuelle des principes juridiques vers la fin du 18e siècle.

a) Le rôle créateur de la jurisprudence

Au Québec, il est enseigné traditionnellement que la jurisprudence se situe au troisième rang (après la loi et la coutume) parmi les "sources" du droit privé. Pourtant, dans les pays *civilistes*, « elle est reléguée au rang de source interprétative ou consultative »[1044]. Plus que cela, l'autorité des décisions judiciaires « se limite à la chose jugée. Les raisonnements de droit exprimés dans les décisions judiciaires n'ont pas en principe, de force obligatoire pour l'avenir; ils ne lient ni les juges qui les ont rendues ni les juges inférieurs qui auraient à trancher un jour des questions de droit analogues »[1045]. Bref, la jurisprudence civiliste ne serait pas - en principe - une source de règles juridiques. De plus, nous ne saurions nier le fait que même si l'on montrait l'existence d'une jurisprudence, celle-ci n'en

---

[1044] H. KÉLADA, *Précis de droit privé québécois*, 1990, p. 35, précité note 69.

[1045] Ch. N., FRAGISTAS, « Les précédents judiciaires en Europe continentale », p. 141, précité note 602; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 1950, s. 128, précité note 544; Pierre-Basile MIGNAULT, « The authority of decided cases », (1925) 3:1 *Canadian Bar Review* 1-24, p. 11.

demeurerait pas moins une source de droit secondaire et dépendante de la législation[1046].

Pourtant, nous avons vu que pendant la genèse de l'État, au 13e et 14e siècle, le droit semblait être considéré principalement par son aspect judiciaire. La justice des parlements semble ensuite avoir été au centre du système juridique. Ce n'est qu'à partir du 16e siècle que la loi aurait commencé à prendre plus de place et véritablement vers la fin du 18e siècle qu'elle serait devenue la source principale du droit, reléguant la jurisprudence au second plan. Les tribunaux d'appel de la Révolution, selon Marie-Claire Belleau[1047], auraient eux-mêmes réclamé une loi forte et unique. Dans son étude sur la rédaction du premier code civil de 1804, elle compare les commentaires des divers tribunaux d'appel français avec les commentaires des codificateurs. Si l'on fait abstraction des nombreuses différences entre les positions du législateur et celles des tribunaux, il ressort que les tribunaux s'avèrent plus rigoureux encore que les codificateurs lorsqu'ils réclament une loi source principale des règles juridiques. Ils proposent même d'exclure les autres sources telles les coutumes, les statuts ou la jurisprudence elle-même : « Tous les bons citoyens en demandant un Code souhaitent "que les lois romaines, les coutumes, les statuts, la jurisprudence, fussent absolument abrogés par la publication du Code civil; que ce Code fût seul la règle des droits et des devoirs du citoyen"[1048] »[1049].

1046 « *Really, in the chapter of authorities for the administration of the civil law, decided cases occupy a somewhat minor place.* », P.-B. MIGNAULT, *ibid.*, p. 19.

1047 « [A]ussi tous les juges, tous les législateurs, ont tenu pour principe fondamental, que l'équité naturelle absolument nécessaire aux juges pour l'application de la loi, ne peut pas être la règle unique, la règle fondamentale de leurs décisions; qu'il faut un régulateur général et commun des jugements; que ce régulateur est la loi, qui seule peut être regardée comme l'expression de l'équité [...] », FRANCE - TRIBUNAUX D'APPEL, *Observations des tribunaux d'appel sur le Projet de Code civil*, Paris: Imprimerie de la République, IX-X, 1802-03, cité dans: M.-C. BELLEAU, « Pouvoir judiciaire et codification: perspective historique », (1997-98) pp. 76 à la note 27 et pp. 99-101, précité note 801.

1048 *Ibid.*, « Lyon », p. 2; Le tribunal de Paris fait la même observation (« Paris », p. 2): « [...] le Code ayant pour objet de faire disparaître la diversité des lois, occasionnée surtout par la reconnaissance d'usages nécessairement variables, et de remplacer ce qui se pratique par ce qui doit se pratiquer [...] il ne doit pas être mention d'usages dans un code destiné à les remplacer par des lois uniformes et écrites »; Le tribunal de Rouen partage le même avis (« Rouen », p. 4): « Les coutumes et usages non sanctionnés par l'autorité publique, ne peuvent avoir force de loi dans un bon Gouvernement, et surtout dans un Gouvernement républicain, où la loi doit être une comme sa constitution. ».

1049 M.-C. BELLEAU, « Pouvoir judiciaire et codification: perspective historique », (1997-98) p. 84, précité note 801.

En dépit de cette position ultra-positiviste des tribunaux, nous posons que même si la jurisprudence émergente n'était, après la Révolution, considérée comme une source de droit, elle semble néanmoins contenir son lot de règles et peut-être même de principes. Par exemple, en 1887, François Laurent énonçait un principe du droit constitutionnel particulier de cette époque, celui de l'application de la loi par la jurisprudence:

> « Il est inutile d'insister sur un principe qui est élémentaire dans notre droit public moderne. La cour de cassation l'a formulé énergiquement dans un arrêt du 25 mai 1814: "Il n'appartient pas aux tribunaux, dit-elle, de juger la loi; ils doivent l'appliquer telle qu'elle est, sans qu'il leur soit jamais permis de la modifier ou de la restreindre par aucune considération, quelque puissante qu'elle soit"[1050] (nous soulignons) »[1051].

Évidemment, pour envisager la présence de principes juridiques exclusifs à la jurisprudence, il faut d'abord montrer la possibilité d'un rôle créateur des tribunaux. Ensuite, admettant que les tribunaux aient pu faire preuve de créativité dans la solution de certains problèmes de droit ou de l'interprétation particulière de règles générales, peut-on affirmer pour autant que la jurisprudence puisse contenir des règles, sources de droit ? En *common law*, cela semble être largement admis. Mais dans les systèmes civilistes, surtout à la fin du 18e siècle, la loi était tellement dominante que la question se justifie.

Le rôle créateur des tribunaux a souvent été mis en question et pourtant, le législateur entérine ou condamne relativement souvent dans la loi des solutions proposées par la jurisprudence[1052]. Bien qu'il ne s'agisse souvent que de petites innovations, elles n'en demeurent pas moins présentes (au Québec, elles semblent même être nombreuses[1053]).

1050 MERLIN, *Répertoire*, au mot *Effet rétroactif*, sect. II, n°1; Dalloz, *Répertoire*, au mot *Effets de commerce*, n°237, 1°.

1051 F. LAURENT, *Principes de droit civil*, 1887, p. 67, précité note 63.

1052 M. WALINE, «Le pouvoir normatif de la jurisprudence », 1950, pp. 625-628, précité note 51; J. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », 1950, p. 38, précité note 41; Philippe MALAURIE, « La jurisprudence combattue par la loi », dans: FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUE DE POITIERS, *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris: Dalloz, 1965, 603-620.

1053 « Nombreuses aussi sont les solutions jurisprudentielles plus ponctuelles consacrées dans un texte: une analyse serrée du nouveau code démontrera l'apport considérable des tribunaux à la confection des règles, lorsque ces

On pourrait objecter en disant que le législateur entérine aussi des solutions proposées par la doctrine, ce qui n'en fait pas des règles juridiques pour autant (ni antérieurement, ni rétroactivement)[1054]. Jean Pineau semble répondre indirectement à cette objection: « (L)e législateur est dessaisi de la loi dès lors que celle-ci est en vigueur et ne peut rien faire sur l'interprétation (...). Certes, la doctrine peut, elle aussi, dire ce qu'elle veut, mais c'est en définitive le juge qui, en l'appliquant, l'interprète (...) »[1055]. Vis-à-vis du droit, le juge moderne a un rôle plus actif, plus important que celui de la doctrine. Le juge participe à la pratique du droit; il l'enrichit[1056]. La doctrine en elle-même n'a aucun pouvoir contraignant contrairement aux décisions des tribunaux ou au dispositions législatives[1057]. Ainsi, les règles de la jurisprudence sont appliquées (imposées), si ce n'est directement dans la vie quotidienne, au moins indirectement par l'intervention des tribunaux.

Pour prendre l'exemple de la constitution du Canada, le système judiciaire n'est-il pas considéré comme un acteur constitutionnel au même titre que le législatif et l'exécutif dans ce que l'on appelle « la séparation des pouvoirs »[1058] ? Michel van de Kerchove en arrive à la même conclusion en droit civiliste et cite Herbert L.A. Hart pour le *common law*: « (...) (I)l ne fait pas de doute que la stabilité d'un tel mode de création du droit dépend, pour partie au moins, du degré d'adhésion que les citoyens lui témoignent[1059], de même que la stabilité de toute règle jurisprudentielle particulière est indirectement tributaire de la conviction dont elle fait l'objet de la part des sujets de droit »[1060]. Ce préalable à l'existence des règles de la jurisprudence anglo-saxonne s'applique aussi, selon nous, à la jurisprudence civiliste, quoique peut-être, de façon moins évidente.

---

solutions ont été considérées comme les plus favorables au bien commun [...]. », J. PINEAU, « La philosophie générale du nouveau Code civil du Québec », (1992) pp. 429-430, précité note 854.

1054 S'il faut une démonstration que la doctrine n'est pas une source de droit, voir Pierre AZARD, « Le problème des sources du droit civil dans la province de Québec », (1966) 44 *Revue du Barreau Canadien* 417-442, pp. 430-431.

1055 J. PINEAU, « La philosophie générale du nouveau Code civil du Québec », (1992) p. 444, précité note 854.

1056 M. WALINE, «Le pouvoir normatif de la jurisprudence », 1950, pp. 622-623, précité note 51; voir aussi: P. HÉBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », 1974, p. 335, précité note 643.

1057 P.-B. MIGNAULT, « The authority of decided cases », (1925) p. 11, précité note 1045; voir aussi: P. HÉBRAUD, *ibid.*, pp. 337-338.

1058 H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 1990, p. 687 et ss, précité note 70.

1059 Voir également Herbert L.A. Hart qui considère que « dans une société saine, ils (les citoyens)... reconnaîtront l'obligation d'y obéir. », Herbert L.A. HART, *Le concept de droit*, traduit par Michel van de Kerchove, Bruxelles, 1976, p. 146.

1060 M. van de KERCHOVE, « Jurisprudence et rationalité juridique », (1985) pp. 220-221, précité note 1033.

Ainsi, Jacques Maury accorde à la règle de jurisprudence le caractère de « norme juridique établie » en raison de la présence concomitante de deux facteurs: le « pouvoir » de contrainte quasi autonome des tribunaux et « l'assentiment, le consensus des intéressés »[1061]. La jurisprudence du droit civil pourrait donc avoir quelques traits communs avec la *common law*.

Michel van de Kerchove va même jusqu'à définir la jurisprudence comme un ensemble de règles et ce, sans égard au système juridique:

> « Quand nous parlerons de jurisprudence, tout d'abord, nous entendrons, non pas l'ensemble des décisions individuelles rendues par les juridictions, mais l'ensemble des règles de droit qui se dégagent implicitement ou explicitement de ces décisions mêmes »[1062].

Cet auteur en vient à choisir cette définition après avoir examiné et défait les arguments majeurs refusant le caractère obligatoire des règles de la jurisprudence en France et en Belgique. Selon cet auteur, la jurisprudence ne serait pas une source de règle officielle, mais une source reconnue implicitement par les acteurs du droit: « De cette attitude du pouvoir judiciaire, on peut dégager, semble-t-il, malgré certaines divergences, principalement dans la formulation adoptée, une règle de reconnaissance implicite dont il résulte que les règles jurisprudentielles constituent de véritables règles de droit, bien que leur autonomie et leur force obligatoire ne soient que relatives et non absolues »[1063].

Toutefois, comme nous l'avons vu dans la deuxième partie de cette thèse[1064], Ch. N Fragistas refuse l'idée d'une reconnaissance implicite légitimant le « travail législateur » des juges. Cette opposition vise la légitimité de la jurisprudence comme source de règles juridiques. Il s'agit d'une position théorique. Or, nous

---

1061 J. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », 1950, p. 43, précité note 41.

1062 M. van de KERCHOVE, « Jurisprudence et rationalité juridique », (1985) p. 207, précité note 1033.

1063 *Ibid.*, p. 232; « la Cour de cassation cassera la décision dissidente, mais elle ne la cassera pas pour violation de la jurisprudence (jamais ce chef de cassation n'a été invoqué par aucun arrêt); elle cassera pour fausse interprétation de la loi antérieure que la jurisprudence prétend interpréter. », M. WALINE, «Le pouvoir normatif de la jurisprudence », 1950, p. 627, précité note 51.

1064 Partie II, Section B, 1.

pensons, tout comme Jean Boulanger[1065], que la preuve de l'existence de la règle doit d'abord se faire avec les faits sur le terrain. Afin de marquer la rupture entre la théorie et la pratique, nous prendrons un exemple dans le *common law* néanmoins pertinent pour la jurisprudence civiliste. H.A. Hubbard montre par l'absurde qu'*en théorie*, la règle anglo-saxonne du *stare decisis* ne devrait logiquement pas exister car elle n'est justifiée ni légalement ni "jurisprudentiellement". En effet, aucune loi n'exprime explicitement ou implicitement l'existence du *stare decisis*. De plus, cette règle n'est fondée que sur des *obiter dicta*; or seule la *ratio decidendi* peut donner un précédent obligatoire. Devant l'absurdité d'une telle conclusion théorique, le même auteur conclut: « C'est ce que le juge fera qui intéresse les plaideurs, et non pas ce qu'il a la liberté de faire »[1066]. Pour rester dans le même esprit pratique, nous posons la question suivante: existe-t-il dans la jurisprudence *des règles de conduite (de faire ou de ne pas faire) qui s'imposent à un ensemble de citoyens, dont la sanction est assumée par une autorité selon un processus équitable*? Si oui, ces règles sont-elles suivies de façon constante?

Au Québec, la présence des règles dans la jurisprudence va presque de soi. Les tribunaux québécois, en dépit de l'*Acte de Québec* de 1774, ont été fortement influencés par le modèle anglais et, bien qu'ils n'y soient nullement obligés, fonctionnent encore, dans beaucoup de cas, en respectant presque la règle du *stare decisis*[1067]. Certains préféreront parler d'une « force obligatoire » de la règle résultant d'une « jurisprudence constante »[1068], mais il s'agirait, selon nous,

---

1065 « Je ne dirigerai pas mes recherches vers le chemin accoutumé, et d'ailleurs fort ardu, où je me heurterais, dès l'abord, à la question de savoir *d'où* peut provenir ce pouvoir normatif. Je voudrais essayer, ce dont on ne s'est guère soucié jusqu'ici, de préciser comment et sous quelle forme il se manifeste. [...] Ce qu'on présente d'ordinaire comme l'interprétation de la loi, n'est-il pas, en réalité, l'œuvre créatrice de la jurisprudence ? », J. BOULANGER, « Notation sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », (1961) p. 418, précité note 599.

1066 H.A. HUBBARD, « Le processus judiciaire du « common law » », (1968) 28:1 *Revue du Barreau* 1-35, p. 9.

1067 « Au Québec, la Cour supérieure ne contredira pas une *ratio decidendi* déjà exprimée par la Cour d'appel ou la Cour suprême en droit public. [...] Cette attitude est susceptible de se transposer plus ou moins machinalement dans les affaires de droit mixte, voire même de droit privé. Et une jurisprudence constante de la Cour d'appel du Québec, c'est-à-dire une accumulation de précédents au même effet, possède une autorité semblable à celle d'un arrêt de la Cour suprême [...]. », H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 1990, p. 34, précité note 70; voir aussi: J. David MURPHY et Robert RUETER, *Stare Decisis in Commonwealth Appellate Courts*, Toronto: Butterworths, 1981, p. 50-52; R. CRÊTE, « Aspects méthodologique de la jurisprudence québécoise en droit commercial à la fin du XIXe siècle », (1993) p. 247, précité note 961; Wolfgang FRIEDMANN, « Stare Decisis at Common Law and under the Civil Code of Quebec », (1953) 31:7 *The Canadian Bar Review* 723-751, pp. 740-747.

1068 Nicole BERNIER, « L'autorité du précédent judiciaire à la Cour d'appel du Québec », (1971) 6:1 *Revue juridique Thémis* 535-561, pp. 555-557.

simplement d'une façon différente de décrire la même situation. La notion de *stare decisis* n'est pas aussi rigoureuse qu'on pourrait le croire à première vue et, à l'instar de la jurisprudence constante, les tribunaux disposent, comme nous le verrons, d'une certaine latitude. Un exemple de création jurisprudentielle obligatoire pourrait être celui de la décision du plus haut tribunal du pays concernant l'affaire *Frenette* c. *la Métropolitaine*[1069]. Cette décision permettait de passer outre au secret professionnel des médecins lorsque les besoins de la justice civile exigeaient la divulgation des informations confidentielles. Les tribunaux québécois suivent encore scrupuleusement cette décision[1070] bien qu'elle ait ouvert une brèche importante dans le respect du secret professionnel protégé par la *Charte des droits et liberté de la personne*[1071]. D'autres exemples plus anciens sont apportés par Pierre-Basile Mignault dans les affaires suivantes: *Canadian Pacific Ry. Co.* v. *Roy*[1072]; *Cotton* v. *The King*[1073]; *Hunt* v. *Taplin*[1074]; *Canadian Pacific Ry. Co.* v. *Robinson*[1075].

En France, à l'instar de la thèse d'Antoinette Maurin[1076], Jean Boulanger a abondamment développé les manifestations du pouvoir créateur de la jurisprudence civile. Il reprend l'exemple de l'indemnisation du « préjudice moral ». Cette règle n'aurait pas existé avant qu'un juge n'accepte d'entériner l'idée dans son jugement[1077].

1069 (1992) 1 R.C.S. 647.

1070 *Lebel* c. *Résidence Le Jardin des Saules inc.*, [2001] C.Q. 359; *Perreault-Côté* c. *Constantineau*, 405-05-001171-008 (C.S.), juge Jean-Pierre Sénécal; *Bujold* c. *Assurances générales des Caisses Desjardins*, 655-02-000318-952 (C.Q.), 14 avril 1999, juge Sarto Cloutier; *Jeannneau* c. *Caisse populaire Desjardins Saint-Vincent-de-Paul*, 200-09-002052-980 (C.A.), 24 avril 1998 ; *Bédard* c. *Robert, ès qualités « Docteur »*, 200-05-008647-989 (C.S.), juge Claude-Henri Gendreau.

1071 L.R.Q., c. C-12, a. 9, 52 et 53; cette loi québécoise est supérieure aux autres lois qui ne peuvent y déroger implicitement (art. 52). La Cour suprême elle-même et la Cour d'appel du Québec reconnaissent un « caractère quasi constitutionnel » aux lois sur les droits de la personne telle que la charte québécoise (*Winnipeg School Division No. 1* c. *Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150; *Johnson* c. *Commission des affaires sociales*, [1984] C.A. 61 (C.A.Q.)).

1072 (1902) A.C. 220.

1073 (1914) A.C. 176.

1074 24 Can. S.C.R. 36.

1075 14 Can. S.C.R. 105.

1076 Antoinette MAURIN, *Le rôle créateur du juge dans les jurisprudences canadienne et françaises comparées*, Paris: Rousseau et Cie, 1938.

1077 « Rien qui soit tiré directement et indiscutablement du texte lui-même ne contraint le juge à accorder la réparation du préjudice moral. C'est d'une *conception judiciaire* du préjudice qu'a été tiré, en droit positif, le droit à réparation. », J. BOULANGER, « Notation sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », (1961) p. 425, précité note 599.

Un de ses arguments les plus convaincants proviendrait de la comparaison des jurisprudences belge et française concernant les délits et les quasi-délits (art. 1382-1386 C.c.). Partant de dispositions législatives identiques, les tribunaux des deux pays auraient développé des interprétations différentes produisant un droit différent. Poussant davantage la démonstration avec la jurisprudence française. Il montre que la « Cour de cassation elle-même, gardienne de la loi » serait venue imposer son interprétation, non pas du texte *proprio motu* (art. 1384 C.c.), mais d'une interprétation jurisprudentielle formulée en « 1930 dans l'affaire Jand'heur, et qui aurait été automatiquement reproduite depuis lors » :

> « D'une façon générale on assiste, sur certains points, à l'éclosion de règles différentes. (...) Cette fois, la création de la règle par la jurisprudence se reconnaît à un signe formel: ayant passé un coup de pinceau sur le texte de la loi, la jurisprudence déduit la solution d'une règle qu'elle a inventée, modelée, façonnée. Ce qui compte juridiquement, socialement, sociologiquement, c'est la règle nouvelle
>
> en son libellé même »[1078].

Dans cet exemple particulier, la Cour de cassation après s'être sevrée de sa source législative, s'inspire de son propre arrêt de principe pour échafauder d'autres règles et rendre d'autres décisions. Il nous semble que cet exemple montre l'existence possible de la création de règles juridiques par les tribunaux.

Nous devons toutefois revenir au début du 19e siècle, période durant laquelle les premiers jugements créateurs de règles ont pu avoir été rendus.

À ce propos, les termes de Ledru-Rollin en 1838, docteur en droit, avocat à la cour royale de Paris et arrêtiste du Journal du Palais, semblent fournir un témoignage assez révélateur de la mentalité qui l'anime. Ce juriste trace l'histoire tumultueuse de la cohabitation des deux tendances du droit que sont la théorie et la pratique. Il montre qu'à travers l'histoire, les diverses synthèses, rédactions ou compilations semblent avoir été le terrain d'une lutte entre la théorie et la

---

[1078] *Ibid.*, p. 425.

pratique et que ces deux aspects du droit auraient fini par être unis dans une vision renouvelée de la législation codifiée laissant aussi place à l'interprétation jurisprudentielle:

> « La vérité est entre l'extrême de ces deux systèmes, ou plutôt elle repose sur leur alliance et leur étroite union: car chacun d'eux pris isolément ne peut rien produire de satisfaisant et de complet. Toute science, on le sait, ne parvient guère à revêtir un caractère dogmatique et absolu qu'après avoir traversé les faits; (...) Toute législation qui aspirera à être puissante et durable aura donc un mode de développement à peu près invariable. D'abord elle naîtra des usages d'un pays, de ses traditions héroïques et naïves: ce sera sa condition de nationalité. Quant à sa condition de durée, elle la demandera ensuite aux formules savantes de la philosophie: car une haute et abstraite raison pourra seule lui faire trouver place dans l'espace des temps »[1079].

Dans cette vision, la jurisprudence serait l'aboutissement du travail des arrêtistes, non simplement un complément de la loi, mais comme sa continuité: « (...) la codification immobiliserait les destinées d'un peuple qui ne saurait les confier à la jurisprudence. À la jurisprudence l'avenir; à elle, apôtre et précurseur de la loi nouvelle, de céder, par des transitions prudentes et ménagées, à la pente irrésistible des faits et des idées. Et tel a été, depuis bientôt un demi siècle, depuis l'organisation simple et une de nos tribunaux, tel a été en France le rôle civilisateur de la jurisprudence »[1080].

Ce constat serait pour nous d'un intérêt relatif si l'auteur ne l'avait accompagné d'un témoignage sur toutes les innovations apportées par la jurisprudence:

> « Il suffit, pour être frappé de ce mouvement progressif, de rapprocher, de généraliser quelques unes des décisions perdues dans les nombreux volumes qui la composent. (...) C'est elle, elle seule, qui a comblé les

---

1079 LEDRU-ROLLIN, « Coup d'oeil sur les praticiens, les arrêtistes et la jurisprudence », 1838, p. IX, précité note 775.

> lacunes dangereuses laissées par la loi dans les sociétés commerciales; elle a d'abord déterminé, plus complètement que la loi, les droits et les devoirs des associés, soit entre eux, soit à l'égard des tiers, soit à l'égard de la société elle-même; puis elle a tranché d'importantes questions dont l'indécision même paralysait les grandes opérations. Elle a, cédant à l'impulsion industrielle, créé un privilège sur la vente des offices, sur celle des fonds de commerce; elle a été enfin jusqu'à autoriser l'inscription hypothécaire pour sûreté d'un crédit éventuel qui pourrait ne pas se réaliser. Sur l'arbitrage, les arrêts ont tracé une législation tout entière: ils ont rendu les arbitres de plus en plus souverains, comme pour étouffer les nombreux procès qui sortaient de cette juridiction, conciliatrice à son début. En s'occupant du prêt à intérêt, la jurisprudence a fini par pencher vers le système des utilitaires et par relâcher, dans l'interprétation, les entraves trop étroites de la loi. (...) Le Code n'avait eu de prévisions que pour la propriété foncière; la jurisprudence soutient et favorise l'industrie, sa rivale. En matière d'assurances terrestres, elle supplée au silence absolu de la loi et trace des théories complètes (etc.) »[1081].

Les constats de Ledru-Rollin semblent confirmer, pour le début du 19e siècle, ceux que d'autres auteurs plus récents avaient fait pour le début du 20e siècle. Il nous reste à vérifier si cette jurisprudence a pu être reprise dans les décisions de cette époque. À cette fin, nous avons passé en revue quelques décisions prises aléatoirement de diverses instances dans le *Journal du palais* des années 1791[1082], 1795-1796[1083], 1811[1084], 1825[1085] et 1848[1086].

[1080] *Ibid.*, p. XVII.

[1081] *Ibid.*, pp. XVII-XVIII.

[1082] *Cholet* c. *Calmer* (Cass., 10 juin 1791); *Dufresne* c. *Ricord* (Cass., 4 juillet 1791); *Brangiei* c. *Labroue* (Cass., 20 août 1791); *Borel* c. *de Rosnei, Merlo-Dognia et Cie* (Cass., 26 août 1791); *Les Habitans de Floyon* c. *Préseau* (Cass., 10 septembre 1791); *Lachaume, dit Gavaux* c. *Ministère public* (Cass., 24 sept. 1791); *Mager* c. *les Invalides* (Cass., 1 octobre 1791); *Intérêt de la loi - Tribunal de La Nesle* (Cass., 6 octobre 1791); *Communau* c. *Boucher-Colas* (Cass., 14 octobre 1791); *Brothier-Lavaux* c. *Ministère public* (Cass., 12 ventose an VII); *Mougeot* c. *Ministère public* (Cass., 12 ventose an VII); *Marie-Rose Arpenteur* c. *Ministère public* (Cass., 12 ventose an VII); *Marie Grassineau* c. *Ministère public* (Cass., 12 ventose an VII); *Bourgier* c. *Ministère public* (Cass., 13 ventose an VII); *Douanes* c. *Coudray* (Cass., 13 ventose an VII); *Cormier ou Dupré, dit Pinet* c. *Ministère public* (Cass., 13 ventose an VII); *Meinier* c. *Ministère public* (Cass., 13 ventose an VII); *La Christiana Colbiornsen* c. *le Patriote* (Cass., 14 ventose an VII); *Douanes* c. *N...* (Cass., 18 ventose an VII); *Macon* c. *Ministère public* (Cass., 19 ventose

D'après nos lectures, les tribunaux semblent prendre assez rarement, de façon explicite, leur sources juridiques ailleurs que dans la loi. Les décisions françaises font d'abord état d'une série de courts considérants à partir desquels ils disposent de la demande en une phrase (ex.: « ordonne qu'il sera procédé à l'estimation, etc. », « Démet ces derniers de leur appel, avec amende et dépens »). Ces décisions sont donc en général assez brèves et dépassent rarement une page ou deux. Des quelques quatre-vingt décisions consultées, seulement trois jugements faisaient directement allusion à la jurisprudence dans leurs considérants. Dans l'affaire *Fille Peschaud*[1087], la cour royale de Bourges s'exprime comme suit: « Considérant qu'à la vérité on peut citer plusieurs décisions émanées de divers tribunaux qui ont accueilli des procès-verbaux relatifs à des contraventions

---

an VII); *Françoise Mouchard, Ve Beauharnais* c. *Sophie* (Cass., 21 ventose an VII). Ces arrêts ont été consultés dans: *Journal du Palais*, par Ledru-Rollin, Tome I - 1791 - an VIII, 3e éd., Paris: F.-F. Patris, 1838.

1083 *Ministère public* c. *Arroy* (Cass., 2 pluviose an XIII); *Perrochin* c. *Perrochin* (Cass., 3 pluviose an XIII); *Cassal* c. *dames Favereau et Landreville* (Cass., 3 pluviose an XIII); *Dame Saint-Pierre* c. *dame Saint-Marceau* (C. Poitiers, 3 pluviose an XIII); *Anglès* c. *Guillemette Anglès* (C. Agen, 2 pluviose an XIII); *Boule* c. *Malanne* (C. Nîmes, 3 pluviose an XIII); *Michel Renaut* c. *Ministère public* (Cass., 4 pluviose an XIII); *Delahaye* c. *Ministère public* (Cass., 4 pluviose an XIII); *Montolieu* c. *Ministère public* (Cass., 4 pluviose an XIII); *Ministère public* c. *Adouard* (Cass., 4 pluviose an XIII); *Sieur et dame Guillaume* c. *dames Pareau et Bailli* (C. Besançon, 4 pluviose an XIII); *Ministère public* c. *Chavaroche* (Cass., 5 pluviose an XIII); *Ministère public* c. *Delmaille* (Cass., 5 pluviose an XIII); *De Gestas* c. *de Gestas* (C. Paris, 5 pluviose an XIII); *Tattegrain* c. *sa Femme* (C. Amiens, 5 pluviose an XIII); *Veuve Cornilleau* c. *Gaillard et Bodin* (C. Poitiers, 5 pluviose an XIII). Ces arrêts ont été consultés dans: *Journal du Palais*, par Ledru-Rollin, Tome 4 - 1795-1796 - an XII-an XIII, 3e éd., Paris: F.-F. Patris, 1838.

1084 *Maire de Medeyrolle, Bonnabaud et autres* c. *Villaguet* (Cass., 2 janvier 1811); *Rech et autres* c. *dame Lazert* (C. Montpellier, 2 janvier 1811); *Chabot* (C Lyon., 2 janvier 1811); *Hénault* c. *Caunes* (C. Toulouse, 2 janvier 1811); *Botton* c. *Saint-Joseph* (C. Turin, 13 mai 1811); *Enregistrement* c. *Vanovervelt* (Cass., 14 mai 1811); *Héritiers N...* c. *N...* (Cass., 14 mai 1811); *Vignon et Guillaume* c. *Papillon* (Cass., 15 mai 1811); *Tupigny et autres* c. *Bonnier et Terrières* (C. Paris, 15 mai 1811); *Marlinge* c. *Frottier* (C. Paris, 15 mai 1811); *N...* c. *N...* (C. Nîmes, 15 mai 1811); *Dumortier* c. Hockaert (C. Bruxelles, 15 mai 1811); *Droits réunis* c. *Vincent, dit Deleuze, et autres* (Cass., 16 mai 1811); *Ministère public* c. *Adam et Conrad Farine* (Cass., 16 mai 1811); *Tardy* c. *Seyve* (C. Lyon, 16 mai 1811); *Dulard de Buscou* c. *Balzac et autres* (C. Agen, 16 mai 1811); *Ledent* c. *Libotte* (C. Bruxelles, 16 mai 1811). Ces arrêts ont été consultés dans: *Journal du Palais*, par Ledru-Rollin, Tome 9 - 1811, 3e éd., Paris: F.-F. Patris, 1838.

1085 *Bernard* c. *Légues et Bonniols* (Cass., 3 janvier 1825); *Lemarrois* c. *Gallien* (Cass., 3 janvier 1825); *Maître-Jean* c. *Collas-Desfrancs* (C. Paris, 3 janvier 1825); *Héritiers Guisez* c. *Héritiers Pieco* (Cass., 5 avril 1825); *Delaistre* c. *Hainque* (C. Paris, 6 avril 1825); *Veuve Farraud* c. *Guillard* (C. Montpellier, 7 avril 1825); *N...* c. *N...* (C. Liège, 7 avril 1825); *Contributions indirectes* c. *Jailloux* (Cass., 8 avril 1825); *Philibert Méchin* c. *Ministère public* (Cass., 8 avril 1825); *Després-Eglée* c. *Ministère public* (Cass., 8 avril 1825); *Nicholas Nozé* c. *Ministère public* (Cass., 8 avril 1825); *Touaillon* c. *Merlin de Failly et Hall* (C. Paris, 8 avril 1825); *Ducrocq* c. *Ducrocq* (C. Amiens, 8 avril 1825); *Clavier* c. *Clerjault* (C. Bourges, 8 avril 1825); *Bayeux* c. *Dupont* (C. Caen, 8 avril 1825); *Contributions indirectes* c. *Cataly* (Cass., 9 avril 1825); *Fille Peschaud et autres* c. *N...* (C. Bourges, 16 juin 1825); *Mourgaud* c. *Cornet, Radoin-Descomtes et autres* (C. Poitiers, 16 juin 1825). Ces arrêts ont été consultés dans *Journal du Palais*, par Ledru-Rollin, Tome 19 - 1825, 3e éd., Paris: F.-F. Patris, 1840.

1086 *Sauvatre* c. *Delaunay* (Cass., 5 avril 1848); *Veil-Picard* c. *Pavie-Blondel et autres* (C. Paris, 29 mars 1848); *Syndic Pourrageaud* c. *créanciers Pourrageaud* (C. Paris, 30 mars 1848); *Laclaverie* c. *Monget et Brivady* (C. Bordeaux, 28 août 1847); *Michallet* c. *Hernu* (C. Paris, 7 avril 1848); *Règlement de juges (Aff. Baillon et Claré)* (Cass., 10 septembre 1847); *Ministère public* c. *Brabant* (Cass., 11 septembre 1847); *Forêts* c. *communes propritétaires des Potés* (Cass., 2 octobre 1847); *Lours, Magne et autres* c. *Ministère public* (Cass., 7 octobre 1847); *Lebrun* c. *Blanchard* (Cour de Limoges, 10 décembre 1845); *Ministère public* c. *Carpentier* (Cass., 12 juin 1845). Ces arrêts ont été consultés dans *Journal du Palais*, par Ledru-Rollin et J.-A. Lévesque, Tome 1 - 1848, 1e éd., Paris, 1848.

étrangères aux forêts, et qui avaient été faites par des gardes particuliers, sans autre pouvoir que celui qu'ils avaient reçu du conservateur forestier ». Dans l'affaire *Dulard de Buscou*[1088], la cour impériale d'Agen écrit: « d'où suit que l'art. 763 doit être régi par les mêmes règles, et que l'appel ne doit être signifié qu'au domicile élu ou à celui de l'avoué; que c'est ainsi d'ailleurs que cet art. 763 a été interprété par l'arrêt de la cour d'appel d'Amiens du 22 mai 1809; ». Enfin dans l'affaire *Anglès*[1089] la cour d'appel d'Agen écrit: « or il a été décidé par la cour de cassation que les dépens payés par manière de consignation ne faisaient pas présumer un acquiescement; la prétendue fin de non-recevoir doit donc être rejetée (...) ».

Il serait difficile, à partir de cet examen rapide, de conclure à un droit jurisprudentiel organisé sur des principes de jurisprudence. Néanmoins, nous avons pu constater la présence de règles proprement jurisprudentielles.

Par ailleurs, la cour de cassation se contente rarement d'appliquer la loi en citant simplement un article. Le plus souvent, elle explique aussi la façon d'interpréter l'article en question.

On ne pourrait donc exclure la possibilité que certains aspects du droit, voire certaines théories, aient pu être mis en lumière par les tribunaux dès la fin du 18e siècle. C'est ce que semblait constater, comme nous venons de le voir, l'arrêtiste Ledru-Rollin en 1848.

En somme, le processus d'interprétation des lois semble pouvoir être source de règles. Toutefois, la règle jurisprudentielle semblerait hiérarchiquement inférieure à la règle législative et pourrait, comme le propose Marcel Waline[1090], s'apparenter davantage à la règle coutumière. En effet, sa reconnaissance et sa compréhension nécessiteraient parfois un véritable travail d'enquête. De plus, elle se formerait souvent par l'addition de plusieurs jugements allant dans le même sens. Cela n'empêcherait pas, au contraire, la création de principes dans

---

1087 C. Bourges, 16 juin 1825, précité note 1085.
1088 C. Agen, 16 mai 1811, précité note 1084.
1089 C. Agen, 2 pluviose an XIII, précité note 1083.
1090 M. WALINE, «Le pouvoir normatif de la jurisprudence », 1950, pp. 628-629, précité note 51.

la jurisprudence. « Ainsi, le rôle créateur et normatif de la jurisprudence, et partant sa place parmi les sources du droit, n'est plus contestable; cette constatation n'est pas une vue de l'esprit, c'est bel et bien un fait (...) »[1091]. Dans les prochaines lignes, nous vérifierons si, comme dans la loi, les décisions judiciaires auraient pu, elles aussi, placer le principe au cœur de la jurisprudence.

b) La présence du principe dans les décisions des tribunaux

- La France

Michel van de Kerchove après avoir montré la présence de règles juridiques dans la jurisprudence, y constate ensuite une tendance à l'organisation: « ce qui pourrait ainsi aboutir à une mosaïque de décisions définitives mais contradictoires se trouve précisément unifié et, dirions-nous, "systématisé" par l'œuvre de la jurisprudence. (...) La reconnaissance et la formulation, par la jurisprudence, des principes généraux du droit constituent l'une des façons les plus évidentes dont elle a pu restaurer une certaine forme de complétude du système juridique. »[1092] Cette organisation pourrait trouver une justification dans l'universalité contextuelle des principes du droit. Encore une fois, il s'agirait ici d'une version restreinte de l'universalité qui aurait peu en commun avec l'universalité philosophique telle qu'elle a pu être pratiquée dans le passé:

> « la compréhension dominante dans la doctrine française - à quelques exceptions notables près, tels Gény ou Husson - est fort éloignée de celle classique de la « jurisprudentia » romaine, à tel point que ces deux termes n'ont pratiquement plus de contenu commun. En particulier, la « jurisprudence » dans son acception française cesse à peu près complètement d'être un concept ressortissant du domaine de la

---

[1091] P. DUBOUCHET, *Sémiotique juridique: introduction à une science du droit*, 1990, p. 15, précité note 489; A. MAURIN, *Le rôle créateur du juge dans les juirsprudences canadienne et françaises comparées*, 1938, p. 101, précitée note 1076.

[1092] M. van de KERCHOVE, « Jurisprudence et rationalité juridique », (1985) p. 240, précité note 1033.

philosophie du droit, pour se situer soit dans le champ de la pure dogmatique juridique, soit dans celui de la sociologie du droit »[1093].

L'expression « dogmatique juridique », quoique un peu excessive si on l'applique à toutes les règles de la jurisprudence, s'approche néanmoins de la nouvelle mécanique la jurisprudence. Jean Boulanger décrit le phénomène de la manière suivante: « il arrive que la jurisprudence soit enfermée dans ses propres créations. Ceci se constate tout d'abord dans le cas où la jurisprudence a été amenée *à poser une définition très générale* qui domine son développement ultérieur »[1094]. Nous voyons dans ces créations juridique la présence de principes qui inspireraient la jurisprudence ultérieure de ce domaine particulier. D'ailleurs, quelques années plus tôt, le même auteur illustrait de quelques exemples la présence de principes dans la jurisprudence: « Tout acte conclu dans un dessein de fraude est nul (fraus omnia corrumpit); on abuse de son droit si on l'exerce dans l'intention de nuire; nul ne peut, sans cause, s'enrichir aux dépens d'autrui. Et avec de notables réserves: nul ne peut tirer argument de sa propre turpitude »[1095]. Jean Boulanger poursuit avec l'exemple de la notion de « pactes sur succession future ». La Cour de cassation aurait enfermé ce concept dans une définition générale; dans un principe qu'elle a voulu appliquer - pas toujours de façon heureuse - à toutes sortes de circonstances. C'est ce qui fait dire à Jean Boulanger qu'« il arrive que la jurisprudence soit enfermée dans ses propres créations ». En réalité, ce semble être la hiérarchie des règles que les tribunaux respectent. Comme nous venons de l'observer avec quelques exemples, cette hiérarchie, instaurée depuis la révolution, semble être en mesure de dégager, puis imposer les principes juridiques.

Si certains principes ont pu avoir été créés par des arrêts *de principe* de la Cour de cassation, il en est d'autres qui semblent provenir de la jurisprudence des cours inférieures. Nous avons vu que les juges pouvaient parfois revêtir un rôle de

---

[1093] C. GRZEGORCZYK, « Jurisprudence: phénomène judiciaire, science ou méthode ? », (1985) p. 40, précité note 501.

[1094] J. BOULANGER, « Notation sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », (1961) p. 439, précité note 599.

[1095] J. BOULANGER, «Principes généraux du droit et droit positif», 1950, p. 60 (voir aussi d'autre exemples à la p. 64), précité note 12.

créateur dont il se dégageait des règles[1096]. Ces règles n'étaient pas inventées, mais mises en lumière à la suite d'un véritable travail d'enquête[1097]. Le doyen Pierre Azard, qui dénonce l'effet néfaste de la création de règles par les tribunaux, donne un exemple de création jurisprudentielle: « un excellent exemple d'une telle hardiesse (exemple qui n'est certes pas isolé) est l'interprétation qui a fait découvrir aux tribunaux français, à la fin du XIXè siècle, dans le premier alinéa de l'article 1384 du Code Napoléon (correspondant à l'article 1054 du Code civil du Québec), un principe autonome de responsabilité du gardien d'une chose, principe qui était passé inaperçu pendant près d'un siècle, pour l'excellente raison qu'il n'existait pas »[1098]. Cet exemple est d'autant plus pertinent qu'il souligne le fait que les principes de la jurisprudence ne semblent pas avoir toujours existé. Même la jurisprudence n'aurait pas toujours existé.

Ainsi, lorsqu'on l'on remonte loin dans l'ancien régime, les erreurs de droit ne semblaient même pas être envisageables. Pour reprendre un passage de Pierre P. N. Henrion de Pansey, déjà cité dans notre première partie: vers la fin du 14e siècle, « dans l'état où étoit alors notre législation, il était presque impossible que le parlement commît des erreurs de droit, c'est-à-dire qu'il rendît des jugements contraires aux lois de l'État »[1099]. Seules les erreurs de fait auraient été susceptibles de révision et en conséquence, les ordonnances n'auraient prévu aucun recours en cassation. L'auteur explique cet état de chose par le petit nombre et la simplicité des règles législatives royales[1100]. Les erreurs de droit n'auraient été officiellement révisables au conseil du roi qu'à partir du 16e siècle avec l'ordonnance de Blois (1579) qui instaura la cassation[1101]. Or nous avons vu que le

---

1096 « Elle [la jurisprudence] acquiert sa réalité spécifique comme élément intégrant du droit objectif lorsque, dépassant le cadre concret du litige sur lequel a statué la décision judiciaire, on en dégage les normes idéales qui y étaient implicitement contenues, avec le rayonnement dont elles sont susceptibles sur tous les autres procès. », P. HÉBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », 1974, 329-372, p. 366, précité note 643.

1097 « *Of course, in France, a single judgment is not a binding authority even on the Court which pronounced it; on the contrary, a series of judgments may be accepted as conclusive, taking then the name of jurisprudence* [...]. », P.-B. MIGNAULT, « The authority of decided cases », (1925) p. 11, précité note 1045.

1098 P. AZARD, « Le problème des sources du droit civil dans la province de Québec », (1966) p. 434, précité note 1054.

1099 P. P. N. HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, 1827, p. 191, précité note 177.

1100 *Ibid.*, pp. 190-193.

1101 « [...][L]a troisième manière de se pourvoir, constituant un nouveau procès, bien moins entre les parties qui avoient figuré dans le premier qu'entre l'arrêt et la loi, et plaçant le droit d'y statuer au-dessus du pouvoir des juges, n'est pas, à proprement parler, un voie de droit, mais une voie extraordinaire que le législateur a cru suffisamment désigner en disant: *Et par la forme prescrite par nos ordonnances*. On auroit pu s'expliquer plus clairement, et dire quelle étoit cette forme prescrite par les ordonnances, quelles étoient les circonstances dans

pourvoi en cassation aurait essentiellement été un contrôle à visées politiques. Dans ces circonstances, la formation d'une jurisprudence ou la formation de principes de jurisprudence par une cour supérieure, contrôlant et harmonisant les règles juridiques, ne semblent pouvoir être envisagées[1102]. D'ailleurs, nous avons vu dans notre deuxième partie qu'à cette époque, la notion de règle de droit ne semblait elle-même pas toujours être clairement différenciée de la notion de règle de morale.

Mais cela n'est pas en soi déterminant. Chaque cour de justice pouvaient avoir généré sa propre jurisprudence. La lecture de quelques auteurs nous convainc du contraire. Frédéric Zenati, par exemple montre qu'à partir du 16e siècle (avec l'apparition de l'imprimerie) « on assiste à une floraison de recueils d'arrêts, que favorise par ailleurs l'installation des cours souveraines en province »[1103]. Mais « (l)e recueil d'arrêts n'est fréquemment qu'un inventaire de décisions, sans doctrine évidente. Outre l'esprit et la formation de l'auteur, le mode de rédaction des jugements de l'époque est peu propice à l'élucidation de la ratio decidendi. L'absence de motivation contraint le collectionneur de précédents à s'instruire de l'intention des juges par des moyens aussi variés qu'insolites: audition des plaidoiries, lecture des pièces de procédure, indiscrétion des magistrats... La qualité médiocre de ces ouvrages rejaillit sur leur nature. Loin d'être des ouvrages de jurisprudence, au sens scientifique que ce mot avait à l'époque, ils constituent essentiellement des instruments de rhétorique à l'intention des plaideurs avisés »[1104]. On ne semble donc pas avoir les moyens d'établir une jurisprudence de règles ou de principes juridiques: « Les décisions que l'on y

---

lesquelles on pouvoit y recourir. Mais il n'est pas possible de s'y méprendre: ces mots, *par la forme prescrite par nos ordonnances*, nous ramènent nécessairement aux erreurs de droit. [...] Ainsi, par ces mots de l'ordonnance, il faut entendre ce que nous appelons aujourd'hui la cassation. », *ibid.*, p. 209.

1102 « Le conseil du roi jouait certes le rôle d'un tribunal de cassation, mais en y mêlant bien d'autres choses. Il lui arrivait de se saisir d'une affaire pour des raisons d'ordre politique, grandes ou petites, ou pour des raisons de personnes, et, comme lui aussi ne motivait point, on ne savait jamais pourquoi il cassait un arrêt. [...] Lorsque le conseil du roi cassait un arrêt, il le faisait sans dire pourquoi, et l'ignorance où l'on restait des véritables raisons auxquelles il obéissait ne lui permettait pas de servir de guide en matière juridique et d'imposer aux parlements, qui au surplus étaient trop souvent en rivalité avec lui, sa manière de voir sur une question de droit déterminée. », T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé, » (1955), pp. 41 et 46, précité note 53.

1103 F. ZENATI, *La jurisprudence*, 1991, p. 36, précité note 29; « Tant que l'imprimerie n'aura pas été, non seulement inventée, mais adoptée par le pouvoir chargé d'édicter les lois et utilisée par lui pour en assurer la publication méthodique et régulière, les jugements auront pour base non pas l'existence pure et simple des règles de droit, mais, ce qui est bien différent, la preuve de cette existence, la connaissance personnelle que le juge aura de celle-ci. Ils auront ainsi pour base de simples faits, susceptibles de varier d'une affaire à une autre affaire. », T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé, » (1955), p. 15, précité note 53.

retrouve sont parfois contradictoires ou permettent, par leur imprécision, de soutenir des prétentions opposées »[1105].

Cette situation ne semble pas changer pendant tout l'ancien régime[1106], au contraire. Tony Sauvel, dans un exposé détaillé de l'histoire de la motivation des jugement, écrit: « Le jugement motivé, qui à la fin du XII[e] siècle semblait chose acquise, devait être abandonné peu de temps après, et cet abandon dura jusqu'à la fin de la monarchie »[1107]. Ainsi en dépit de la présence de nombreux recueils, la jurisprudence ne semblait pas constituer, jusqu'à la fin de l'ancien régime, une source de règles et encore moins une source de principes du droit.

Pourtant, le concept de jurisprudence semblait pouvoir exister, car ceux qui subissaient le joug des magistrats réclamait l'imposition de jugements motivés:

> « en 1560, au moment où les guerres de religion allaient éclater, les États généraux réunis à Orléans demandèrent la suppression des arrêts non motivés. Ce fut la noblesse, un peu par jalousie pour les gens de robe, qui en fit la demande. Elle aussi comprenait la nécessité d'une jurisprudence, mais sans aller comme Spifame jusqu'à la publication des arrêts. Le cahier rédigé par elle demandait que les jugements cessent de faire usage des formules dépourvues de toute signification, (...). Les cours, disait-on, doivent "exprimer et déclarer les motifs de leurs jugements contenant les points péremptoires de la décision des causes, soit par titre, témoins ou confessions des parties, articles de coutumes et lois par lesquels ils jugeront. Ce faisant, les juges s'étudieront à juger de mieux en mieux et lesdits arrests et jugements

---

1104 F. ZENATI, *La jurisprudence*, 1991, p. 37, précité note 29.

1105 *Ibid.*.

1106 « Montesquieu reflète son temps quand il écrit que les errements de la jurisprudence des juges est un mal nécessaire que le législateur corrige de temps en temps. », *ibid.*.

1107 « [L]'abandon qui nous étonne, je dirais même qui nous scandalise, n'a pas eu pour les contemporains le caractère et la gravité que nous lui donnons. Il est venu atteindre une règle qui n'était ni la prescription impérative d'une ordonnance royale, ni celle d'une coutume ancienne et reconnue. Ce n'était qu'un usage. Il ne remontait pas très haut. Il avait été adopté par la cour moins en faveur de ceux qui s'adressaient à elle que dans son propre intérêt, pour la commodité de son service, et l'on est en droit d'y voir une mesure judiciaire d'ordre intérieur plutôt qu'une règle de droit public. Elle se considérait comme libre de le conserver ou non. Elle y renonça quand elle y trouva son avantage. On en vient à penser que les arrêts motivés du XIIIe siècle étaient venus trop tôt, dans une société qui n'était pas mûre pour les comprendre et se trouvait incapable de deviner les

serviront d'instruction à tous en semblables causes et il y aura moins d'appellations" »[1108].

Ce besoin de motivation, que nous n'associons pas forcément à de la jurisprudence, montre peut-être une évolution dans la pensée juridique. Ce n'est toutefois pas encore du positivisme juridique. On ne pourrait dire encore s'il s'agissait, jusqu'au 18e siècle, d'un besoin de cohésion du droit ou d'un besoin de justice impartiale[1109]. Quoi qu'il en soit, ces demandes sont systématiquement rejetées par les rois successifs, ce qui laisse suspecter la présence d'une forte composante politique. Par ailleurs, les parlements, libres de motiver leurs jugements, préfèrent s'en abstenir.

- Le Québec

Au Québec, la situation semble être, à certains égards, similaire à celle de la France en dépit du fait que, pendant le 19e siècle, « le personnel judiciaire est majoritairement anglophone »[1110]. Ainsi, comme le montre Michel Morin en s'appuyant sur une quantité appréciable de jugements, la jurisprudence « semble respecter fidèlement le mandat qui lui a été confié par l'*Acte de Québec* »[1111], soit celui d'appliquer le droit français. La situation du Québec est assez cocasse car, pendant la première moitié du 19e siècle, le droit de l'ancien régime français était appliqué en dépit du fait que ce droit fût lui-même aboli en France depuis la révolution.

---

progrès que l'on pouvait en espérer. », T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé, » (1955), p. 23, précité note 53.

1108 *Ibid.*, pp. 27-28.

1109 En 1749, Montesquieu réclamait une jurisprudence pour le motif suivant: « Les décisions des tribunaux, dit-il, doivent être conservées, elles doivent être apprises, pour que l'on y juge aujourd'hui comme l'on y jugera hier. », *De l'esprit des lois*, Livre VI, chap. I et IV; Tony Sauvel commente ce passage en montrant la différence entre la mentalité de cette époque avec celle du 20e siècle: « Le chapitre consacré par lui à « la manière de former les jugements » ne comporte pas un mot sur la nécessité, ou seulement la possibilité de les motiver. [...] Or nous savons depuis longtemps qu'il ne suffit pas de juger comme hier; il faut pouvoir juger autrement, en reprenant les idées d'hier et en les appliquant à d'autres difficultés. Et c'est précisément en vue de ce travail d'adaptation, de ce progrès qu'il est opportun de connaître les raisons des jugements déjà rendus. [...] À lire Montesquieu nous voyons que ceux-là mêmes qui comprenaient la nécessité d'un recueil d'arrêts ignoraient l'idée aujourd'hui banale de l'évolution jurisprudentielle. Or Montesquieu était en ces matières l'esprit le plus avancé de son siècle. Voltaire qui plaida sans cesse, ne s'est pas inquiété de savoir comment on rendait un arrêt », T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé, » (1955), p. 34, précité note 53.

1110 M. MORIN, « La perception de l'ancien droit et du nouveau droit français au Bas-Canada, 1774-1866. », 1993, p. 10, précité note 958.

1111 *Ibid.*, p. 18.

On pourrait se demander s'il est possible d'observer quelques marques d'une influence de l'esprit scientifique dans le droit judiciaire québécois alors que l'ancien régime ne semblait pas encore en manifester d'effets. Michel Morin pose une question similaire: « Comment les contemporains jugeaient-ils l'ancien droit français ? »[1112] Sa réponse confirmerait la présence, chez les juristes du Québec, d'un besoin d'un changement, sans toutefois répondre complètement à notre question:

> « C'est assurément la doctrine qui porte un jugement sévère sur ce qui reste du droit français au Bas-Canada. Tous s'accordent à souligner la nécessité des changements survenus en France lors de la révolution, tout en déplorant les excès de cette dernière. (...) On peut soupçonner qu'un travail d'adaptation est déjà accompli lorsque la décision de codifier est prise; les règles anachroniques semblent avoir été contournées par les juges, quand elles ne sont pas tombées en désuétude »[1113].

Selon M. Morin, la jurisprudence semble avoir répondu au besoin de nouvelles règles, mais il ne nous dit pas si la structure des décisions judiciaires aurait, elle aussi, changé. Cependant, les juges du Québec se sentaient suffisamment familiers avec le Code Napoléon qu'ils n'hésitaient pas à le citer en plusieurs occasions. « L'habitude allait être prise de citer le Code Napoléon, en précisant qu'il reproduisait l'ancien droit[1114]. (...) À deux reprises, la Cour d'appel reproche même à la Cour supérieure de s'être erronément fondée sur le Code Napoléon[1115]. Lorsque la décision de codifier le droit privé est prise, en 1857, les juristes bas-canadiens sont extrêmement familiers avec le nouveau droit français,

---

1112 *Ibid.*, p. 19.
1113 *Ibid.*, pp. 19-20 et 22.
1114 *Brown* c. *Laurie*, (1851) 1 D.T.B.C. 343 (C.S.) et (1856) 5 D.T.B.C. 65 (B.R.); *Russel* c. *Jenkins*, (1853) 3 D.T.B.C. 417 (C.S.); *Têtu* c. *Fairchilds*, (1856) 6 D.T.B.C. 269, 273 (C.S.); *Union Building Society* c. *Russel*, (1857) 7 D.T.B.C. 374, 381 (C.S.); *Gallagher* c. *Allsopp*, (1858) 8 D.T.B.C. 156 (B.R.); *Montizambert* c. *Gervais*, (1860) 10 D.T.B.C. 269, 273 (B.R.); *Pinsonnault* c. *Dubé*, (1860) 3 L.C.J. 176, 178 (B.R.); *Bank of Montreal* c, *Simson*, (1861) 11 D.T.B.C. 377, 384 (C.J.C.P.); *Dubé* c. *Charron*, (1861) 5 L.C.J. 255 (C.S., 1853); *Peck* c. *Arris*, (1862) 12 D.T.B.C. 355, 360 (B.R.); *Herbert* c. *Fennel*, (1863) 7 L.C.J. 302, 308 (B.R.); *McDonald* c. *David*, (1864) 14 D.T.B.C. 31, 38 (B.R.).
1115 *Kennedy* c. *Smith*, (1846) 6 D.T.B.C. 260, 266 (B.R.); *Evanturel* c. *Evanturel*, (1865) 15 D.T.B.C. 321, 385 (B.R.).

en particulier la doctrine du dix-neuvième siècle[1116] »[1117]. L'affirmation selon laquelle le droit de l'ancien régime français s'appliquait au Québec devrait donc être nuancée car les tribunaux utilisaient, à l'occasion, les règles du code français. La façon dont les règles étaient exprimées dans ce nouveau texte devait être, sans doute, plus adaptée à la forme d'esprit des juristes québécois. Pourtant, cela ne nous dit pas si les tribunaux québécois avaient pu, eux aussi, commencé à changer la structure de leurs décisions pour y intégrer des principes.

En fait, la forme des décisions judiciaires québécoises variait selon les juges et les jugements. Nous avons vu dans la première partie à quel point le système judiciaire, en dépit de l'*Acte de Québec*, avait été couplé avec le droit anglo-saxon. En 1925, le juge Mignault affirmait l'existence du *stare decisis* dans la judicature québécoise en montrant que les cours supérieures n'auraient pas voulu et parfois même n'auraient pu renoncer aux principes juridiques ni à leurs constructions juridiques:

> « *What occurs much more frequently is that courts make deductions from admitted legal principles or they place a construction on articles of the code or on statutory enactments. This construction, if it emanates from a court of high or supreme judicial rank, is generally considered - I think I must put it even stronger and say that it should always be considered - as binding on all subordinate courts. Is it not expected that the higher court will abandon its construction of the law and, if it consider itself bound by its own decisions, it cannot do so. So to all intents and purposes, the construction placed on the article or enactment is final unless the legislature sets it aside* »[1118].

Que les tribunaux québécois fondent leurs jugements sur les précédents ou sur la loi, dans les deux cas, nous voulons vérifier la présence de principes reconnus dans la jurisprudence.

[1116] A. MOREL, « L'émergence du nouvel ordre juridique instauré par le Code civil du Bas-Canada (1866-1890) », 1993, p. 59, précité note 703.
[1117] *Ibid.*, p. 24.

Il faudrait à ce stade vérifier la structure des décisions judiciaires en cherchant, le cas échéant, une évolution nouvelle. Tâche considérable mais une étude de Raymonde Crête, réalisée en 1993, effectuait en partie le travail. Son étude consistait à décortiquer les décisions judiciaires dans une analyse sur « la construction des jugements à la fin du 19e siècle »[1119]. Ainsi, elle observait tour à tour: le processus d'édition des jugements, la forme des jugements et les sources citées dans les jugements. Ses conclusions expliquant les variations de la longueur des jugements d'une instance à l'autre sont particulièrement intéressantes. Après avoir avancé quelques raisons techniques, Raymonde Crête conclut:

> « Enfin, plus fondamentalement, la différence dans la longueur des jugements peut aussi être liée à la nature distincte des rôles exercés par les tribunaux. Au niveau des cours inférieures, nous pourrions, en effet, prétendre que le rôle des juges est de régler un différend, sans qu'il soit nécessaire d'expliquer tout le raisonnement suivi pour arriver à la solution. En comparaison, devant les cours d'appel, soit la Cour du Banc de la Reine et la Cour suprême, le rôle des juges consisterait non seulement à régler des différends, mais également à établir des principes généraux, susceptibles d'être appliqués ultérieurement par l'ensemble des tribunaux québécois »[1120].

Raymonde Crête envisage ici que la création des principes généraux par les cours d'appel pourrait expliquer la longueur plus importante de leurs jugements sur ceux des cours de première instance. Sa conclusion est par la suite renforcée par l'observation selon laquelle « les jugements de la Cour du Banc de la Reine et de la Cour suprême apparaissent plus complets que ceux des instances inférieures »[1121]. Raymonde Crête fait ici allusion à la jurisprudence citée.

Les observations de R. Crête de nature quantitative (la longueur des jugements, nombre d'opinions motivées, nombre de dissidences explicites, etc.) ne peuvent

---

[1118] P.-B. MIGNAULT, « The authority of decided cases », (1925) p. 12, précité note 1045.
[1119] R. CRÊTE, « Aspects méthodologique de la jurisprudence québécoise en droit commercial à la fin du XIXe siècle », (1993) p. 228, précité note 961.
[1120] *Ibid.*, p. 238.
[1121] *Ibid.*, p. 242.

servir à justifier ses hypothèses d'ordre qualitatif. Elle reconnaît d'ailleurs la difficulté d'établir un lien entre les résultats quantitatifs et une situation donnée[1122]. Malgré tout, les inférences de Raymonde Crête sont en accord avec les affirmations de Pierre-Basile Mignault (cité plus haut) selon lesquelles les cours supérieures sembleraient les plus à même de générer des principes afin de donner une direction au droit en vigueur[1123]. La genèse de principes dans la jurisprudence s'appuyant sur le droit en vigueur pourrait être associée à un raisonnement inductif. Fait remarquable, il s'agirait d'un phénomène nouveau. Comment expliquer la nouveauté de ce phénomène ?

D'une part, avant la victoire anglaise, jusqu'au milieu du 18e siècle, les seuls professionnels du droit auraient été les juges et les notaires, car il n'y aurait pas eu d'avocats dans la colonie française:

> « Le Canada n'avait tenu aucun compte de l'Ordonnance de 1667 ou Code civil, en conséquence de ce qu'il n'y avait dans le pays ni avocats, ni procureurs, et de ce que l'Édit de création du Conseil Supérieur portait que les juges de première instance devaient vider les procès qui avaient lieu entre particuliers sans longueurs de procédures "le désir de S.M. étant d'ôter autant qu'il se pourra toute chicane de la Nouvelle-France." (...) Il n'y eut jamais d'avocats dans la colonie, mais on voit par les extraits de Cugnet, qu'on finit par avoir des procureurs »[1124].

On comprend que, devant l'absence d'argumentations étoffées et la volonté de « vider les procès », les principes du droit n'aient pas eu tendance à émerger pendant cette période. Maximilien Bibaud montre, d'ailleurs, qu'il n'y aurait pas eu plus de jurisprudence au Québec qu'il y en aurait eu en France:

1122 « [I]l existe d'autres facteurs susceptibles d'influer sur la longueur d'un jugement, lesquels sont difficiles à évaluer, tels le type de litige et les personnes impliqueés dans celui-ci, la complexité de l'affaire et l'existence de controverses doctrinales ou jurisprudentielles sur les questions de droit soulevées », *ibid.*, pp. 237-238.

1123 Bien que leurs conclusions concordent, la démonstration de ces deux auteurs ne s'appuie pas sur les mêmes arguments.

1124 M. BIBAUD, *Commentaires sur les lois du Bas-Canada ou Conférences de l'école de droit*, 1859-1862, p. 259, précité note 273; L'auteur explique que l'Ordonnance de 1667 a fini par être enregistrée et appliquée en partie.

> « On a été quelquefois plus loin encore, en prétendant que la Jurisprudence Générale de l'ancienne monarchie française est une partie de nos lois. Ce serait là, il faut l'avouer, une loi fort difficile à observer, car comment saisir la Jurisprudence Générale du Royaume de France en passant par treize Parlemens, quant, au sein de la Constituante, Garat ainé ne pouvait constater celle même d'une province, parce que des légistes d'un même Parlement, celui de Rouen, ne s'entendaient point dans un comité sur la Jurisprudence qui y avait cours sur un point donné ? »[1125]

On ne voit pas comment les tribunaux québécois auraient pu citer des décisions judiciaires françaises non motivées en droit. Par ailleurs, la lecture des jugements signés de Frontenac ou autres représentants du Conseil Souverain[1126] montre que les décisions du 17e siècle ne semblaient être motivées que par les faits[1127]. Les règles juridiques à l'appui de ces décisions ne sont jamais ni évoquées ni citées. Presque un siècle plus tard, la lecture de quelques jugements des Intendants[1128] montre, certes, une référence aux lois, mais sans expliquer les modalités de leur application. Par exemple, l'Intendant Gilles Hocquart signe le *Jugement qui condamne la Veuve Pommereau, à payer au sieur de Lafontaine, ès noms, la somme de 1808 lbs etc., pour la moitié de la redevance par elle due pour les Isles Mingan qu'elle occupe; du trentième décembre, mil sept cent quarante-trois,* dans les termes suivants:

1125 *Ibid.*, p. 275.

1126 *Jugements et Délibération du Conseil Souverain de la Nouvelle-France*, publiés sous les auspices de la législature de Québec, Vol. I, Québec, 1885.

1127 En guise d'exemple voici une décision intégrale prises au hasard: « Du Vendredy troisiesme jour de Juillet 1665. Sur la demande faicte par Me Michel Fillion Greffier qu'ayant presté un ancre au Conseil avec deux Compas et une Orloge de Sable pour mettre dans la Galiotte Royalle qui a esté au devant de Monseigneur de Tracy suivant l'ordonnance du Conseil du vingt septiesme may dernier requerant que le dit ancre luy soit rendu avec les ditz Compas et Orloge et quil luy soit payé la somme de quinze livres pour louage de l'ancre et quil plaira au Conseil pour un des compas qui est rompu et pour louage du reste, LE CONSEIL oüy le procureur General du Roy et du consentement du dit Fillion a ordonné que le dit Ancre le Compas et l'Orloge qui restent luy seront rendus et pour payement du louage de la dite ancre et du Compas cassé et loüage de ce qui reste quil luy sera deslivré le mouton de retour du dit voyage pour la somme de vingt cinq livres pourquoy sera le dit Fillion redevable au Conseil de la somme de cent sols. LEGARDEUR DE TILLY, TESSERIE, DAMOURS, PERONNE DEMAZÉ », *ibid.*, pp. 362-363. Notons que la taille des décisions varient entre trois ou quatres lignes et quatre ou cinq pages, sans que l'on y retrouve de motivation s'appuyant sur les règles juridiques. Par exemple, les cinq pages la décision Frotenac « Du XXIIIe des dicts mois Et an » (novembre 1972) ne consistent qu'à faire mention des parties, énumérer les faits pour finalement faire droit à la requête d'homologation d'une transaction foncière entre les « pères Recollets » et les « Religieuses et couvent de l'Hostel Dieu », *ibid*, pp. 711-715.

1128 ASSEMBLÉE LÉGISLATIVE DU CANADA, *Arrêts et Réglements du Conseil supérieur de Québec et Ordonnances et Jugements des Intendants du Canada*, Québec, 1855.

« Condamnons en outre la dite veuve Pommereau à payer aux héritiers Jolliet, (...) ; au moyen de quoi seront tenus les dits sieurs Lalande et Jolliet, d'accorder titre de concession à la dite veuvue Pommereau, des isles, islots et battures qui se trouvent vis-à-vis et le long de sa concession en terre-ferme, aux termes de l'article premier de notre réglement du dit jour quatre octobre dernier (...) (nous soulignons) »[1129].

Cette référence à la loi est la seule après 5 pages d'analyse des faits. Prenons aussi cet autre jugement du 22 janvier 1750, dans lequel l'Intendant François Bigot, après avoir énoncé les faits, conclut:

« Nous en vertu du pouvoir à nous donné par sa Majesté et en exécution de l'arrêt du conseil d'état du roi, du six juillet, mil sept cent onze, avons déclaré le dit sieur Silvain bien et duement déchu de la propriété de l'arrière-fief à lui concédé dans la dite seigneurie des Plaines, faute par lui d'y avoir tenu feu et lieu ni fait ou fait faire aucuns travaux dans le tems prescrit, tant par le dit arrêt du conseil d'état, que par notre ordonnance du dit jour vingt mars dernier, et icelui arrière-fief avons réuni au domaine de la dite seigneurie des Plaine (...) »[1130].

De tels jugements peuvent difficilement engendrer une jurisprudence, c'est-à-dire des règles de droit applicables dans des circonstances similaires. La règle de droit n'est pas décrite. Nous imaginons donc encore plus difficilement, sur la base de ce type de décisions, l'érection de principes de droit[1131].

Les décisions du début du 19e siècle sont d'une toute autre teneur. Après avoir feuilleté le *Reports of Cases argued and determinded in the Courts of King's Bench and in the Provincial court of appeal of Lower Canada*[1132], nous observons des jugements beaucoup plus étoffés. La règle juridique est toujours énoncée et expliquée avant d'être appliquée aux faits. Les références à la jurisprudence et

---

1129 *Ibid.* p. 572.

1130 *Ibid.*, p. 590.

1131 Le recueil de Joseph François Perreault (*Extraits ou Précédents des Régistres de la Prévosté de Québec*, Québec: Thomas Cary Co., 1824) qui rapporte une quantité impressionnante de décisions des prévôts de 1726 à 1759 montre à quel point leurs jugements étaient succints (un ou deux paragraphes dépassant rarement une quinzaine de lignes en tout).

la doctrine sont nombreuses. Enfin, il n'est pas rare de lire des jugements faisant état de principe. Par exemple, dans l'affaire *McClure* v. *Shepherd*[1133], le juge Sewell écrivait: « *and as a general principle it may be said that every public officer is answerable for the acts of his own ministers and servants.* »[1134] Maximilien Bibaud dénonce, d'ailleurs, l'influence « des légistes d'Angleterre » et l'usage abusif des précédents: « toute la science des légistes d'Angleterre ne consiste déjà plus que dans la fouille des précédens, et ce tâtonnement ne s'introduit que trop en Canada »[1135]. Cette critique viendrait confirmer, selon nous, le besoin des juges « civilistes » de justifier leurs décisions sur une base juridique. Devant la confusion des règles écrites, ils s'en remettraient aux précédents, et, une fois l'habitude prise, il deviendrait difficile de s'en écarter.

Évidemment, la portée de nos observations pourrait être limitée par le fait que le *Reports of cases* de George Okill Stuart[1136] semble avoir été principalement alimenté par les décisions du juge en chef de la Cour du Banc du Roi, M. Sewell. Néanmoins, ce recueil contient aussi des décisions de la Cour d'appel comme celle de *Symes* c. *Sutherland* du 20 avril 1811 dans laquelle la Cour fait état d'un principe du droit des obligations en référence tant à la *common law* qu'au droit français:

> « *By the law of England where there is a partnership of any number of persons, if any change is made in the partnership, and no notice is given, any person dealing with the partnership, either before or after*

1132 Collected by George Okill Stuart, Esq., Québec: Neilson & Cowan, 1834.

1133 (1813) R.C. 75 (K.B.); « *as to the principle on which this decision is founded, the law of England and the law of Canada, are in perfect unison.* », *Scott v. Lindsay*, (1811) R.C. 68, p. 69, notons, toutefois, que cette remarque en fin de jugement semble avoir été écrite par l'auteur du recueil; « *It is certain moreover, that where the law of a foreign country so clashes with the rights of subjects of our own, that one or the other must necessarily give way, our own is entitled to the preference, "this" says Lord Ellenborough, "has been long settled in principle, and is laid up among our acknowledged rules of jurisprudence*". (5. East, 130.) », *Astor v. Benn, Buchanan and Heath*, (1812) R.C. 69, p. 71.

1134 *Ibid.*, p. 77.

1135 M. BIBAUD, *Commentaires sur les lois du Bas-Canada ou Conférences de l'école de droit*, 1859-1862, p. 276, précité note 273; la même critique est formulée par B.A.T. de Montigny dans le premier article de la revue Thémis (« De la jurisprudence », (1879) précité note 1000) et plus tard le juge A.-A. Bruneau (« Fondement des systèmes de droit anglais et français », (1923-24) 2:7 *La Revue du Droit* 413-423).

1136 « *In the absence of any regular reports of the decisions of the superior courts of this country, persons entering upon the practice of the law find it a matter of much difficulty to make themselves acquainted with many of these decisions, settling important principles of law.* », *Reports of cases argued and determinded int he Courts of King's Bench and in the Provincial court of appeal of Lower Canada*, Collected by George Okill Stuart, Esq.,

such change, has a right to call upon all the parties who at first composed the firm, (Parkin v. Caruthers et al, 3. Esp. N.P. p. 248. *Willet v. Chambers,* Cowp. 814.) *for a secret dissolution cannot discharge the partners. (...) The same rule obtains in the law of France, and so long ago as the year 1564 was recognized in a judgment of Parliament of Paris upon a secret dissolution of a copartnership of the 20th Nov. of that year (Charondas Pandect.* lib. 4. c. 13. 2. Bornier 469. Poth. Soc. n. 157.)(...) ».

On trouve aussi des jugements motivés qui ne font référence qu'aux règles « civilistes ». C'est le cas de l'affaire *Gauvin v. Caron*[1137] où la règle invoquée est puisée dans les *Réglemens sur les Scellés*[1138] ainsi que certains commentaires de la doctrine française[1139]. Dans l'affaire *Parant v. Grenier*[1140], le juge Sewell rejette aussi explicitement, dans certaines matières, les règles de *common law*: « *We have no occasion to refer to the laws of England, as we have a statute of our own which renders the estate, depts and effects of a deptor, of what nature soever, and whether in the hands of the owner or of any one else, liable for dept. We may go farther and look to the old French law. The ordinance of 1681, to do away with the French common law, declared that ships should not be liable to attachment* »[1141]. Dans l'affaire *Donegani v. Donegani*[1142], le juge tranche une question d'héritage en écartant encore une fois le droit anglais: « *The rule adopted in England does not apply, and the law giving to the crown the escheat of lands acquired by an alien could have but little application to colonial settlements, or the principles of colonial government. This province is in possession of a system of laws sanctioned by the parent State, to which the decision of the*

Québec: Neilson & Cowan, 1834, preface; Ce receuil semble avoir été précédé par le *Pyke's Reports of Cases, Court of King's Bench, District of Quebec, Province of Lower Canada*, 1 vol., qui date de 1811.

1137 (1819) R.C. 136.

1138 lib. 1, c. 17.

1139 « Questions de Brettonier, vol. 1; 6. Poth. 123. 4. 7. L.C. Den. 716, No. 1. and 717, Nos. 6. and 7. - 2. Pig. p. 3. 1. Rep. de Jur. 67. Lebrun Successions, p. 2. § 1. Charondas Reponses, lib. 7. R. 106 and 107. », voir les annotations du jugement p. 137.

1140 (1831) R.C. 453 (K.B.).

1141 *Ibid.*, p. 455.

1142 (1831) R.C. 460 (K.B.).

case is referrible. (...) We must have recourse to the laws of France to decide this case »[1143].

En somme, dans le *Report of Cases* de George Okill Stuart ou d'autres recueils ultérieurs[1144], les jugements du 19e siècle tranchent avec le passé par leur motivation et l'analyse des règles juridiques[1145]. Il n'est pas rare de voir des juges insister sur des principes de droit tirés de la loi ou de la jurisprudence, fut-elle anglaise.

Avant de conclure, consacrons quelques paragraphes à l'évolution de l'organisation judiciaire du Québec. Le régime précédant la victoire de l'Angleterre en 1760 était semblable au régime français, lequel a déjà été abordé plus haut. Après le régime militaire, nous avons vu dans la première partie[1146] que l'organisation judiciaire de 1763 à 1774 fut un échec. Le système judiciaire commence à s'organiser en 1777 avec l'Ordonnance de George III[1147] sous la gouverne de Carleton. Celle-ci « établit: 1° une cour du Banc du Roi pour les causes criminelles seulement, et où le juge en chef pouvait seul présider; 2° une cour des plaidoyers communs pour chacun des districts de Québec, de Montréal (...); 3° une cour de prérogative ou de vérification (*probate*), pour les affaires testamentaires ou de succession, et 4° une cour d'Appel que devait former le gouverneur, le lieutenant-gouverneur, le juge en chef de la province et des conseillers exécutifs au nombre de cinq au moins. Ces tribunaux durèrent jusqu'en 1793 »[1148]. La composition de la cour d'Appel ne devait pas être propice

---

1143 *Ibid.*, p. 466.

1144 Voir par exemple les *Rapports judiciaires revisés de la Province de Québec*, de M. Mathieu, Montréal: C.O. Beauchemin & Fils, 1891-; « Cet ouvrage contiendra une revision complète de toutes les causes rapportés jusqu'au 1er janvier 1892, date où commenceront les rapports officiels que le Barreau de la Province de Québec doit publier, avec certaines annotations, référant, autant que possible, aux lois actuelles auxquelles ces causes s'appliquent. », Introduction, p. v; voir aussi *Pyke's Reports of Cases, Court of King's Bench, District of Quebec, Province of Lower Canada*, 1 vol., 1811.

1145 Notons qu'entre 1759 et 1810 aucun jugement ne semble avoir été rapporté. Pourtant la Cour du Banc du Roi existait depuis 1764 et siégeait deux fois par an (*Rapports judiciaires revisés de la Province de Québec*, de M. Mathieu, *ibid.*, Introduction p. VIII); les pages 52 à 53 du recueil de Michel Mathieu passent directement d'une décision du Conseil supérieur (*Jacreau* c. *Soumande*) du 2 avril 1759 à une décision de la *Court of King's Bench* (*Hunt* c. *Bruce*) du 9 février 1810. Le passage d'une décision à l'autre est d'ailleurs très évocateur du changement de la forme de pensée chez la magistrature.

1146 Partie I, Section B, 2 c) *Au Québec: un système juridique confus pour un État en construction.*

1147 17 Georges III, ch. I.

1148 *Rapports judiciaires revisés de la Province de Québec*, de M. Mathieu, 1891, Introduction p. IX, précité note 1120.

à l'émergence de jugements approfondis sur des questions de droit. L'Ordonnance n'y impose en effet la présence que d'un seul juriste.

Jusqu'en 1793, il n'y aurait donc pas eu de hiérarchie judiciaire digne de ce nom, c'est-à-dire de contrôle sur le bien fondé juridique des décisions des tribunaux de première ligne. En dépit de quelques remaniements, les choses ne changèrent qu'avec les *Statuts du Canada de 1843* (7 Victoria, ch. XVI-XVIII et XIX). Ces lois auraient établi une vraie hiérarchie entre les cours de circuit, la cour du Banc de la Reine (appel au dessus de dix livres) et la Cour d'appel « qui se compose de tous les juges de cours du Banc de la Reine dans le Bas-Canada »[1149]. On peut s'étonner du retard de ces réformes sur celles de la France. L'explication nous apparaît encore ici être politique: le Québec était dépendant de l'Angleterre, laquelle comme nous le verrons n'avait pas amorcé ses réformes avant le début du 19e siècle (la grande réforme judiciaire anglaise date d'ailleurs de 1873).

Malgré un certain déphasage, le Québec aurait donc, lui aussi, connu une réforme dans l'organisation de son système judiciaire permettant la construction d'une jurisprudence cohérente, fondée sur des principes du droit.

En conclusion, au Québec comme en France, la fin du 18e siècle aurait vu naître un changement radical dans la jurisprudence. Pendant tout l'ancien régime, les tribunaux n'auraient pas été organisés de façon hiérarchique et n'auraient donc pas été en mesure de contrôler l'évolution du droit à l'aide de grands principes. Les jugements semblaient être peu ou pas motivés. Les règles même de jurisprudence n'auraient pas existé. À partir de la fin du 18e siècle, nous avons observé la présence de règles juridiques propres au travail des tribunaux. Plus que des règles, les jugements auraient contenu de véritables principes tels que l'abus de droit (France), la nullité des actes frauduleux (France), la solidarité contractuelle (Québec) ou l'imputabilité ministérielle (Québec). Considérant ces observations, en dépit d'une controverse encore présente dans la doctrine, le rôle créateur des tribunaux semble être bien réel.

[1149] *Ibid.*, p. XII.

La jurisprudence semble aussi faire appel, d'une certaine manière, au raisonnement inductif-déductif, ainsi qu'une organisation. En effet, tout comme le législateur, elle tendrait à formuler des règles générales et théoriques, c'est-à-dire des principes propres au maintien d'une logique et d'une stabilité de la jurisprudence.

4. Conclusion

La France et le Québec font partie de la grande famille du système de droit « civiliste ». À des périodes données, les deux semblent avoir éprouvé le besoin de mettre de l'ordre dans leurs règles juridiques.

En 1804, la France aurait édicté une forme de législation codifiée dont l'examen de certaines dispositions a laissé entrevoir un caractère inédit[1150]. La nouveauté des articles étudiés résiderait dans la présence accrue de règles générales et théoriques dont la particularité serait moins de régler un problème juridique particulier que de servir de fondement cohérent à un ensemble de règles particulières. Ainsi, ces principes serviraient de fondement à toute une structure juridique qui acquiert ainsi une organisation logique.

Cette forme de législation semble trancher avec le droit antérieur. Par exemple, les coutumes rédigées ou les grandes ordonnances ressemblaient davantage à des compilations sans véritable organisation. Leurs règles semblaient être

---

1150 On pourrait même élargir la primeur de la codification française à toute l'Europe. La seule tentative de codification, effectuée en Prusse, fut un échec. Elle manquait vraissemblablement de l'esprit d'induction propre à la fin du 18e siècle: « *This code [Prussian Code of Frederick the Great] was not an expression of pre-existing law. It was synthetically formulated upon rational grounds pursuant to the law of nature theory that it is possible to draw a complete and perfect code which will be of universal application and which will meet the demands of justice in every case. The judicial role was greatly circumscribed. Judges could only apply the rules.* », Bruce DONALD, « Codification in Common Law Systems » (1973) 47:1 *The Australian Law Journal* 160-177, p. 164; « *The General Law for the Prussian States constituted the first European effort to draft a modern codification, but its lengh and detail would have discouraged all but the most patient lawyers from using it as a model for law reform.* » Shael HERMAN, « The Fate and Future of Codification in America », dans: Alfredo Mordechai RABELLO (dir.), *Essays on European Law and Israel*, Jerusalem: Hamaccabi Press, 1996, 89-129, p. 92; « *Despite the recurrent influence of the spirit of the Enlightement, the Prussian Land Law remains essentially rooted in the class structure of Frederick's state; its paternalistic authoritarianism did not leave the subject much room for play, and judges and scholars were inhibited from creative development by its rigid specificity of details.* », Konrad ZWEIGERT and Hein KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, 3rd ed., traduit de l'Allemand par Tony Weir, Oxford: Clarendon Press, 1977/1998, p. 86.

assemblées de façon désordonnée en passant du pratique au théorique et du théorique au pratique.

La comparaison avec le droit romain et la codification Justinienne semble avoir révélé un fossé plus grand encore. Le droit romain n'accorderait à la règle qu'une importance relative voire secondaire; cela contribuerait à rendre impossible l'érection de diverses théories proprement juridiques.

Au début du 19e siècle, les sources de droit québécois semblaient présenter une confusion généralisée. Si bien qu'en 1866, à l'exemple de la France, le Québec choisissait d'édicter un code. La lutte entre deux cultures juridiques pourrait expliquer le retard du Québec à codifier. On semble néanmoins pouvoir retrouver, tant dans le processus de codification que dans le texte final, des caractères propres à l'esprit scientifique: l'universalité des valeurs et des principes du code, un lien inductif entre les principes juridiques et la réalité, et la recherche d'une organisation et son objectivation.

Outre la législation, l'organisation de la justice et la jurisprudence ont pu elles aussi changer pendant la même période et dans le même esprit. Ici encore, une hiérarchie semble s'établir permettant la création de règles jurisprudentielles en cascade allant du général au particulier. La structure du nouveau système judiciaire serait devenue suffisamment souple pour pouvoir adapter les principes à la réalité. Si bien que l'on constate aussi l'émergence d'une jurisprudence, certes, centrée sur l'interprétation des principes codifiés, mais aussi respectant certains principes qu'elle a elle-même développés.

C'est ainsi que nous interprétons quelques transformations des droits français et québécois après le siècle des Lumières. Mais si, comme nous le pensons, l'influence de l'esprit scientifique a pu jouer un rôle dans ses changements, il est probable que des transformations du même type puisse être retrouvées dans d'autres systèmes. Nous verrons, dans la prochaine section, comment certains changements du droit anglais pourraient eux aussi éventuellement trahir la présence d'une influence de l'esprit scientifique chez les juristes de la fin du 18e siècle.

C. Le principe et le système juridique anglais

Considérant la popularité accrue de la science à la fin des Lumières en Angleterre, il nous paraît possible d'envisager une influence sur le système de *common law*. Ainsi on peut se poser la question de savoir s'il est possible que soit apparue en son sein une nouvelle façon de concevoir le droit, peut-être elle aussi centrée autour des énoncés de principe ? Nous avons vu que, fondamentalement, l'organisation du système de *common law* aurait peu en commun avec le système civiliste français. Ainsi, des expressions analogues ne feraient pas appel aux mêmes concepts. Par exemple, « (n)ous sommes tentés de traduire Court of Appeal par Cour d'Appel, alors que l'appeal anglais n'est pas l'appel français et que la Court of Appeal unique siégeant à Londres, n'a pas grand'chose à voir avec nos Cours d'Appel »[1151]. De même, René David conteste toute analogie entre la *common law* et la législation française:

> « Le juriste anglais ne doit pas chercher dans le droit français des règles juridiques qui soient le plein équivalent des *legal rules* de la Common Law. Il doit se souvenir que, dans ce droit plus doctrinal, plus académique, qu'est le droit français, la règle de droit se situe à un niveau plus élevé, qu'elle est à tout prendre l'équivalent plutôt d'un *legal principle* que d'une *legal rule*, et que les solutions des arrêts de jurisprudence, en particulier, ne posent pas des règles juridiques, mais font seulement application de règles préexistences, qui les dépassent par leur portée »[1152].

On ne peut donc considérer le contenu de la jurisprudence anglaise d'un œil attaché à la tradition civiliste pour laquelle la jurisprudence ne représentait, à une

---

1151 R. DAVID, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, 1948, p. 205, précité note 15.
1152 R. DAVID, *Le droit français*, 1960, p. 70, précité note 35.

certaine époque[1153], que l'application particulière d'une législation générale. La plupart des règles importantes du droit anglais se retrouveraient dans la jurisprudence. Armé de ces considérations et en toute connaissance de cause des absences de concordance entre les classifications du droit français et anglais, nous tacherons néanmoins dans les prochaines pages de vérifier si, à l'instar du droit français, le droit anglais a pu réorganiser son droit autour du principe juridique.

Le droit privé anglais, comme nous l'avons vu[1154], est principalement axé autour de trois sources: la *common law* et l'*equity* et le *statute law*. Tout comme la France, nous ne nous attendons pas à une mutation complète du droit anglais, mais plutôt à un changement de ce droit dans le respect de ses fondements historiques qui l'ont fait évoluer jusqu'à la fin du 18e siècle.

1. Le principe juridique dans la *common law*

Pour toutes sortes de raisons historiques et juridiques, on ne saurait approcher la *common law* comme on approche la législation d'origine romano-germanique. Nous devons donc débuter la réflexion en nous interrogeant sur la structure de la *common law* de la fin du 18e siècle. Cela nous conduira vers une analyse sur la place des principes.

a) La structure de la *common law*

Il a été mentionné, plus haut, que les classifications des droits français et anglais comportaient certaines différences. Une chose semble réunir ces deux formes de droits, cependant: l'existence d'une classification[1155]. Quelle est donc cette structure de la *common law* ? Cette question est importante pour examiner

---

1153 « *Now legislation is clearly law-making in the abstract, law-making by generalisation.* » P. S. ATIYAH, *Pragmatism and Theory in English Law*, London: Stevens & sons, 1987, p. 28.

1154 Voir Partie I, Section B, 2 b).

1155 «Il faut donc connaître la structure du droit anglais, en saisir les concepts, en comprendre la terminologie, en pénétrer les classifications, pour pouvoir étudier le droit anglais [nous soulignons]». R. DAVID, *Introduction à*

ensuite, le cas échéant, si on peut attribuer quelques changements à l'influence de la mentalité scientifique.

René David est reconnu comme un des comparatistes les plus éminents du 20e siècle. C'est la raison qui nous a poussé, dans un premier temps, à utiliser son ouvrage sur le droit privé anglais afin de nous faire une idée de base de la *common law*. D'après lui, dans le droit anglais, « (...) seule la Common Law constitue un système de droit: *statute law* et *equity* n'étant que des additifs, des correctifs à la Common Law et ne prétendant pas constituer un système de droit se suffisant à lui-même. La Common Law au contraire, peut avoir cette prétention. Elle est, (...), le droit appliqué à l'origine par les Cours royales de justice: ce droit fondé soi-disant sur la coutume générale immémoriale du royaume, modifiée par différentes coutumes locales, est en réalité essentiellement constitué par les décisions des juges royaux (autres que ceux de la Cour de la Chancellerie), qui, faute de trouver dans des précédents la solution d'un litige, recherchent quelle est la solution la plus raisonnable qu'il comporte et appliquent cette solution. Tel est le sens étroit de l'expression Common Law »[1156].

En *common law*, les droits n'existeraient donc principalement que dans le cadre de la procédure, c'est-à-dire, dans le cadre d'une avenue de procédure spécifique: « De même que les *legis actiones* autrefois à Rome, de même les *writs* anglais du Moyen Âge contenaient ainsi non seulement la forme du droit, mais en grande partie le droit même »[1157]. Jhering décrit, en droit romain, un système analogue où il existerait un lien étroit entre la procédure et le fond du droit:

> « (D)ans la phase primitive du développement du droit, la procédure et le fond du droit sont si intimement unis et fondus ensemble que la plupart des principes du fond du droit n'existent en quelque sorte que comme principes de procédure: la créance comme *actio in*

---

l'étude du droit privé de l'Angleterre, 1948, p. 208, précité note 15.

[1156] *Ibid.*, pp. 97-98.

[1157] *Ibid.*, p. 213; voir aussi M. ANCEL, *La "Common Law" d'Angleterre*, 1927, pp. 48-53, précité note 126.

personam, le *nexum* comme *manus injectio*, certains autres droits comme *pignoris capio*, etc. »[1158].

La formule suivante a été souvent utilisée pour traduire le fonctionnement du système anglais: *Remedies precede Rights*: « les Anglais ont eu des formules d'actions, un registre des *writs*, avant que leurs juristes aient dégagé la notion de droits subjectifs. Il est essentiel d'avoir cette circonstance présente à l'esprit, étant donnée la continuité historique du droit anglais et l'influence que cette conception primitive a exercée sur les classifications et catégories du droit anglais *actuel* »[1159]. La structure du droit anglais semble donc être articulée autour de la procédure judiciaire et des *writs*. Le fond du droit, bien que dépendant de cette procédure n'en garderait pas moins une certaine indépendance basée sur la règle du précédent:

> « Le droit anglais est, (...), un système ouvert. Il ne comporte pas de règles de fond (substantive law) applicables en toutes circonstances; en revanche, il dispose d'une méthode permettant de résoudre toute espèce de cas. La technique du droit anglais ne consiste pas à interpréter les règles juridiques existantes; elle consiste, en partant des "legal rules" déjà dégagées, à découvrir la "legal rule" déjà existante, ou peut-être nouvelle, qui s'appliquera à l'espèce. Pour dégager cette règle de droit, les faits de l'espèce (the facts of the case) seront soigneusement étudiés; et le juge anglais s'efforcera de trouver s'il faut distinguer (to distinguish) la situation qui lui est soumise des situations qui se sont déjà présentées dans le passé, ou non. Si la situation s'avère similaire à une situation qui a été tranchée dans le passé, le juge adoptera la "legal rule" qui avait été utilisée alors. Si, au contraire, la situation s'avère différente, le juge définira une règle nouvelle, qui

---

1158 JHERING, *Esprit du droit romain*, t. IV, 2e éd., Paris: Marescq, 1880, p. 175; pour une analogie entre le droit anglais et le droit romain voir: H.A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Introduction à l'esprit et à l'histoire du droit anglais*, 1977, pp. 25-33, précité note 223.

1159 R. DAVID, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, 1948, pp. 213-214, précité note 15.

s'appliquera mieux à l'espèce, en utilisant la "technique des distinctions" (the technique of distinctions) »[1160].

Cette méthode anglaise décrite par Frison comme « permettant de résoudre toute espèce de cas » fait allusion au droit substantiel et non à la procédure. Nous avons vu que, selon la procédure choisie, seuls certains arguments de droit substantiel pouvaient être invoqués. La règle du précédent ne s'appliquerait donc qu'une fois que l'affaire aurait été *classée* une première fois dans un domaine juridique précis. Nous constatons que ce processus dénote l'existence d'une certaine organisation de la *common law*.

Les règles de la *common law* seraient donc formulées et s'appliqueraient dans chaque cas particulier; d'abord en respectant le cadre procédural spécifique selon chaque *writ*; puis le cas échéant, en s'inspirant des précédents pertinents. Il s'agirait là d'une mécanique de base de la *common law*. La structure qui semble en ressortir est moins tangible que celle d'un code. Elle pourrait, elle aussi, consister en un ensemble de règles. Mais l'organisation, l'agencement entre ces règles, dépendrait de l'organisation de la procédure judiciaire.

Nous avons vu que le droit français, sous l'influence de la science avait réorganisé sa législation autour du principe juridique. En Angleterre, une telle réorganisation législative active apparaît *a priori* difficile à concevoir étant donné la structure de la *common law* où la principale source de droit privé résiderait dans les décisions judiciaires et non dans la loi. Toutefois, rien ne semble empêcher un accroissement de principes parmi les règles de la jurisprudence. On pourrait, à l'aide d'une revue statistique couvrant toute la jurisprudence anglaise sur plusieurs siècles, mesurer la présence du principe juridique à travers les époques qui nous intéressent. Bien que certainement révélateur, l'exercice en lui-même ne serait pas forcément probant d'un changement du droit. Nous avons vu, en effet, que la législation française du Moyen Âge, quoiqu'assez désordonnée, possédait tout de même des principes. La nouveauté semblait résider dans une réorganisation

[1160] D. FRISON, *Introduction au droit anglais et aux institutions britanniques*, 1989, p. 73, précité note 126.

des règles. Or, il se trouve justement que l'Angleterre aussi a, au 19e siècle, réorganisé sa source principale de règles juridiques: les tribunaux.

Étant donné le rôle des décisions judiciaires en *common law*, une réorganisation des tribunaux et de sa procédure nous semble revêtir la même importance qu'une réorganisation de la législation dans les systèmes romano-germaniques. Certes, cela ne semble pas de prime abord atteindre les règles juridiques elles-mêmes. Mais, comme nous le verrons, les effets des *Judicature Acts* ont pu être plus profonds que de simples réajustements administratifs.

b) Les réformes du 19e siècle

Nous devons retourner quelques siècles en arrière afin de comprendre le contexte de l'administration de la justice du 19e siècle. L'histoire des tribunaux anglais ayant déjà été traitée plus haut en quelques occasions[1161], nous nous contenterons de rappeler ici les principaux faits.

Des quatre principaux types de tribunaux[1162], un seul était le produit de la conquête: les cours ecclésiastiques. Avant la conquête le gros du travail aurait été effectué par les cours communautaires (Courts of the Shire and Hundred), et exceptionnellement, la Cour du Roi instruisait les procès[1163]. Par l'intermédiaire de *statutes*, les rois successifs changèrent le visage du droit judiciaire en augmentant l'importance des cours royales aux dépens des autres cours (communales et seigneuriales). La réforme la plus remarquable fut la création des juges itinérants à partir de Henri II (1166) qui modelèrent les coutumes locales peu à peu dans un droit unique.

Avec le temps, les cours royales se diversifièrent et l'administration de la justice royale se complexifia. On voit apparaître de nombreuses catégories de juridictions dont nous ne répèterons pas la liste. Il va sans dire que l'influence de

---

1161 Partie I, B, 1, b) et 2, b).

1162 Communautaire ou coutumier (*Communal or Customary*), seigneurial ou féodal (*Seignorial or Feudal*), ecclésiastique (*Ecclesiastical*) et royal (*Royal Courts*), voir: H. POTTER, *A short outline of english legal history*, 1945, p. 44, précité note 214.

1163 « *The Dooms of Canut, c. 17, provided that no proceedings should be brought before the King's Court until justice had been refused in the Courts of the Shire or Hundred.* », *ibid.*.

tout ces tribunaux dans la teneur du droit privé a pu être importante. Ce sont ces tribunaux qui, monopolisant l'espace judiciaire, auraient développé la *common law*. Celle-ci est ainsi devenue, avec le temps, la source principale du droit anglais.

En somme, le système judiciaire anglais auraient été, jusqu'au début du 19e siècle, un amalgame de différents tribunaux apparus successivement tous le long de l'histoire. Au début du 19e siècle, cependant, quelques petites réformes laissaient entrevoir une volonté de clarifier et ordonner la justice anglaise. Ce mouvement sera concrétisé par les *Judicature Acts* de 1873 et 1875. Cette réforme changea en profondeur le système judiciaire anglais, jusque dans la procédure. On voit ainsi disparaître les exigences rigoureuses de ce qu'on pourrait comparer aux déclarations introductives d'instance (*Forms of Action*):

> « *The forms of action were finally abolished by the Judicature Acts 1873-75, after piecemeal reforms in the early nineteenth century, and a uniform procedure was provided for all ordinary actions in the High Court. An action in the High Court is now usually commenced by a writ of summons, which is issued on payment of a fee from the Central Office of the Supreme Court or District Registry. (...) The Judicature Acts still required the plaintiff to have a cause of action, e.g., in an action for negligence he must show that the defendant owed him a duty of care, but it is no longer necessary to frame the action in technical terms*[1164] »[1165].

À la recherche d'indices permettant de détecter dans la justice anglaise l'influence d'un esprit nouveau, la réforme entamée au début du 19e siècle semble prometteuse. En effet, elle semble *a priori* posséder certaines propriétés dans lesquelles on pourrait voir une certaine ressemblance avec les traits de

---

1164 *But it may be very desirable to do so*: *Sterman* v. *Moore* [1970] 1 Q.B. 596.

1165 O. HOOD PHILLIPS et A.H. HUDSON, *O. Hood Phillips' First Book of English Law*, 1948/1988, p 12, précité note 14; Comme nous le verrons plus loin, R.J. Walker (*The English Legal System*, 5th ed., Londres: Butterworths, 1980, p. 75) situe plutôt l'abolition des « forms of action » en 1852, lors de la *Common Law Procedure Act*.

l'esprit scientifique. Elle cherche, entre autre raisons[1166], à clarifier ou simplifier le processus judiciaire ainsi qu'à uniformiser l'ensemble de la procédure en une organisation centrale. Déjà à ce stade, nous voulons souligner la similarité des objectifs de cette réforme et ceux du Code civil. Dans les deux cas, on retrouve le besoin d'organisation centralisée et de simplification.

En revanche, si l'on se fie aux dates des réformes, il ne semble pas y avoir un bon synchronisme. En 1873, le siècle des Lumières est passé depuis presque cent ans. Même si l'anachronisme est préoccupant, nous ne pensons pas qu'il soit déterminant en lui-même. À la fin du 18e siècle, l'Angleterre, contrairement à la France, vivait une situation sociale beaucoup plus stable. Hormis l'influence d'une nouvelle mentalité, nous ne voyons pas de facteur suffisamment important pour motiver une réforme en profondeur d'un système juridique qui avait fait ses preuves depuis huit siècles. Au contraire, les excès de la Révolution française effrayèrent l'Angleterre qui, en réaction, s'enferma dans un conservatisme réfractaire à tout changement[1167]. Ce conservatisme fut général et n'affecta pas seulement la *common law* mais aussi les réformes concernant *l'equity* et le *statute law*[1168]. Comme pour ajouter au malaise, quelques personnalités influentes, telles que Lord Eldon (Chancelier de 1801 à 1827) ou Lord Ellenborough (juge en chef de la Cour du Banc du Roi de 1802 à 1818), assises dans un système leur étant personnellement profitable, se seraient opposés aux réformes[1169]. Enfin, l'écart chronologique entre les Lumières et les manifestations possibles de l'influence d'une nouvelle mentalité n'est pas aussi grand qu'il paraît. L'auteur anglais Phillips, cité plus haut, mentionne que la volonté de changer le système aurait commencé à se manifester au début du 19e siècle[1170]. La réforme de 1873

1166 R.J. Walker, au Chapitre 4 de son livre consacré au système juridique anglais, énumère toute une série de raisons ayant motivé le besoin d'une réforme: R.J. WALKER, *ibid.*, p. 74.

1167 W.J.V. WINDEYER, *Lectures on Legal History*, 1957, p. 279, précité note 574.

1168 « *The effect of the French Revolution and of the war with France was almost to put an end to all hope of persuading the Legislature to consider projects for reform.* », W.S. HOLDSWORTH, « The Movement for Reforms in the Law (1793-1832) », (1940) 56 *L.Q.R.* 33-48, 208-228, 340-353, p. 33.

1169 *Ibid.*.

1170 « *And so, although the last ten years of the eighteenth century and the first ten years of the nineteenth century were the most difficult years for those who advocated reforms in the law, even in those years reforms were suggested and discussed. The cause of reform was never wholly abandonned; and projects which were voted down in those years were realized in the two following decades of the nineteenth century because, the need for reform having become more urgent, the reasons advanced by reformers, inspired partly by the obvious unreasonableness of the existing rules and partly by Bentham's principles, gained an ever increasing measure of acceptance.* », *ibid.*, p. 33; « *Legal reform began as early as the 1820's, but it was, of course, immensely*

serait donc la concrétisation d'efforts ponctuels qui voulaient rendre le système conforme aux besoins du début du 19e siècle.

Ainsi, en 1828, Henry Brougham (1778-1868), avocat respecté et grand orateur parlementaire, prononçait un discours de six heures dans lequel il exposait en détail le fonctionnement du système judiciaire anglais, tout en pointant, au passage, les déficiences et proposant du même coup des réformes éventuelles. C'est, en grande partie, à la suite de ses efforts que furent instaurées de nombreuses commissions d'enquête dont les recommandations auraient conduit aux grandes réformes du 19e siècle[1171]. La première réforme d'importance aurait été celle de la *Uniformity of Process Act*, 1832[1172] dont l'apport majeur fut d'imposer une seule forme de *writ* pour une action personnelle devant les trois Cours de *common law* (*Common Pleas, King's Bench* et *Exchequer*)[1173]. L'année suivante, la *Real Property Limitation Act*, 1833[1174], dont l'objectif visait à simplifier les actions réelles, abolit une soixantaine d'entre elles pour n'en laisser que trois. La pratique aurait démontré par la suite que les actions réelles n'avaient pas été totalement épurées et qu'il existait d'autres procédures indirectes (en droit immobilier) donnant accès aux système judiciaire[1175]. La *Civil Procedure Act*, 1833[1176], étendit les premiers changements de la *Uniformity of Process Act*, de 1832 dans les transformations de la procédure[1177]. Ces premières réformes furent suivies de changements dans la pratique judiciaire qui entraînèrent à leur tour d'autres réformes: les *Common Law Procedure Acts* de 1852[1178], 1854[1179] et 1860[1180]. Celles-ci eurent un impact profond dans la procédure et servirent

---

accelerated by the Reform Act of 1832 ». G. CROSS et G.D.G. HALL, *The English legal system*, 1964, p. 253, précité note 125.

1171 *Ibid.*, pp. 260-261.

1172 2 Will. IV, c. 39.

1173 G. CROSS et G.D.G. HALL, *The English legal system*, 1964, pp. 261-262, précité note 125; R.J. WALKER, *The English Legal System*, 1980, p. 75, précité note 1163; H. PALLARD, « La common law et ses institutions 1066-1875 », 1997, p. 49, précité note 123.

1174 3 & 4 Wm. IV, c. 27.

1175 « *In practice, of course, grand and possessory assizes and writs of entry had long given place to the action of ejectment as a method of trying title to land, and this action was not touched by the Act at all* ». G. CROSS et G.D.G. HALL, *The English legal system*, 1964, pp. 262-263, précité note 125; R.J. WALKER, *The English Legal System*, 1980, p. 75, précité note 1165.

1176 3 & 4 Wm. IV, c. 42.

1177 R.J. WALKER, *The English Legal System*, 1980, p. 75, précité note 1165.

1178 15 & 16 Vic., c. 76.

1179 17 & 18 Vic., c. 125.

1180 23 & 24 Vic., c. 126.

même de base aux règles des *Judicatures Acts*, 1873 et 1875. Les trois *Common Law Procedure Acts* introduisirent de nombreux raccourcis de procédure, abandonnant du même coup des pratiques archaïques. Par exemple, il est devenu possible de réunir plusieurs actions contre un seul défendeur. Auparavant, des arguments différents exigeaient des procédures différentes[1181]. Une des plus importantes transformations eut lieu avec l'abolition, en 1852, des « *forms of action* »[1182].

On remarque que tous les changements semblent avoir eu le même dénominateur de synthèse à travers la simplification et la réorganisation du système. Ce besoin de synthèse semblait déjà présent au sein même des Commissions d'enquête en 1833: « *the Civil Procedure Commissionners under the influence of Serjeant Stephen, who had recently published his masterly Treatise on the Principles of Pleading, were convinced that special pleading ought to be a logically consistent system bound down by strict rules* »[1183]. On retrouve ici la volonté de ce qui nous semble être une nouvelle logique de régulation que les *Judicature Acts* de 1873 et 1875 vont finir d'implanter[1184].

La connaissance générale qu'on a de la réforme amorcée en 1873 est une réunion de toutes les Cours en une seule, soit la *Supreme Court of Judicature*. Cette nouvelle Cour comprend, plusieurs chambres (*divisions*) et deux paliers d'appel (*Court of Appeal* et *House of Lords*). La volonté d'une réorganisation semble clairement ressortir de cette réforme. Comme on l'a vu, cette réorganisation arrivait après une série de changements effectués depuis le début du siècle. Mais les effets des *Judicature Acts* nous apparaissent plus profonds que les premières réformes, car elles changent d'un seul coup l'ensemble des tribunaux. En raison de la nature du common law, les changements sont nécessairement aussi plus profonds qu'un simple remaniement administratif. Cross et Hall mettent en évidence trois apports majeurs: 1) la mise sur pied d'une

---

1181 G. CROSS et G.D.G. HALL, *The English legal system*, 1964, pp. 265-270, précité note 125.
1182 R.J. WALKER, *The English Legal System*, 1980, p. 75, précité note 1165.
1183 G. CROSS et G.D.G. HALL, *The English legal system*, 1964, p. 264, précité note 125.
1184 « [...] *the great law reforms of the nineteenth century showed that it was possible by legislation to destroy obsolete rules and worn out institutions, to make the principles of substantive law more systematic and logical, and to provide a better machinery for the administration of justice.* », W.J.V. WINDEYER, *Lectures on Legal History*, 1957, p. 279, précité note 574.

Cour unique dans laquelle sont concentrées toutes les juridictions des Cours supérieures existantes, 2) la juridiction concurrente des deux types de droit que sont la *common law* et l'*equity* et 3) la création d'un code de procédure applicable uniformément à toutes les procédures civiles devant cette nouvelle cour[1185].

Dans la prochaine section, nous nous intéresserons particulièrement à la mise sur pied d'une organisation judiciaire hiérarchisée en corrélation avec la création d'une procédure uniforme. La concomitance de ces deux apports pourrait peut-être expliquer un intérêt nouveau porté aux principes juridiques.

c) La mise en valeur des principes juridiques

Il est possible que la réorganisation du droit autour des principes juridiques semble plus facile dans un droit « civiliste » où l'action législative semble avoir été historiquement favorisée. Nous croyons cependant que l'émergence, au 19e siècle, de la recherche d'une synthèse abstraite et objectivée de la réalité et d'une organisation du droit favorisant des notions centrales reconnues pour leur universalité sont autant d'indices nous permettant d'envisager une nouvelle approche du droit anglais. Il est même possible que cette nouvelle approche, ait pu être influencée par la pensée scientifique fort populaire à cette époque. Les prochaines lignes seront consacrées à la recherche de la présence, puis de la place, de quelques principes juridiques au sein de l'organisation de la *common law*.

- La présence du principe juridique en *common law*

Les auteurs québécois Brun et Tremblay, bien connus pour leur traité en matière constitutionnelle, définissent la *common law* de la façon suivante:

> « Ces parties de décisions judiciaires qui, en raison du stare decisis, ont acquis une autorité comparable à celle de la loi (à savoir qu'elles sont

---

[1185] G. CROSS et G.D.G. HALL, *The English legal system*, 1964, p. 287, précité note 125.

applicables à tous), exprimées, présentées et reconnues sous la forme de principes généraux, constituent la common law »[1186].

Sans vouloir leur imputer nos conclusions, il est remarquable de voir qu'ils associent la *common law* à un ensemble de principes. Peut-être se sont-ils inspirés de l'œuvre de William Blackstone dont les *Commentaries* auraient, semble-t-il, grandement inspiré les juristes des pays de *common law*[1187]. En dépit de son approche modérée et de sa volonté clairement exprimée de protéger les institutions[1188], Blackstone fut un des premiers à décrire, au sein du droit anglais, la présence abondante de principes rationnels (*rational principles*): « *Everywhere in English law "principles" were waiting to be found.* »[1189]. Cependant, Blackstone, un peu comme Domat, semblait incarner une tension entre deux approches; l'une sur le déclin et l'autre en émergence. Malgré son ouverture d'esprit sur les principes juridiques, comme le dit D. J. Boorstin qui a poussé l'analyse des théories de Blackstone au bout de leur logique, il semble resté attaché à une part de mystère dans le droit, ce qui lui permet de sauvegarder les vieilles institutions et l'organisation du droit:

> « *In an age when the conflict between science and religion was showing itself sharply in the physical sciences, it was inevitable that the social sciences, and particularly the study of the law, should reflect the dissonance of ideas. The lawyer in an age of science would surely feel the desire to use a "scientific" technique. Yet he might have good cause to fear lest the method of reason be used to call in doubt the fondamental values of society. The method which Blackstone adopted showed the discord between the demands of science and the*

1186 H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 1990, pp. 27-28, précité note 70.

1187 « *Since the first volume of Blackstone's Commentaries on the Laws of England appeared in 1765, this work has thus filled a place unique in the history of law in the English-speaking world. It is the first important and the most influential systematic statement of the principles of the common law* ». D. J. BOORSTIN, *The mysterious science of the law*, 1941, p. 3, précité note 435; « *Blackstone's Commentaries on the Laws of england is unquestionably the most influential book on English law that has ever been written, but it would be idle to deny that the book is unread by all but a smattering of English lawyers.* », Rupert CROSS, « Blackstone v. Bentham », (Oct. 1976) 92 *The Law Quarterly Review* 516-527, p. 516.

1188 D. J. BOORSTIN, *The mysterious science of the law*, 1941, p. 19, précité note 435.

1189 *Ibid.*, p. 20.

demands of religion, between the call for logical demonstration, and the urgency of faithfull and conservative affirmation »[1190].

Il ne serait pas étonnant que Bentham, comme nous le verrons plus loin, peut être plus sensible à l'influence de l'esprit scientifique, ait voulu secouer ce qu'il pouvait concevoir comme une vieille organisation qui ne correspondait plus à sa vision du droit.

Si Blackstone semble déceler une présence importante de principes juridiques dans la *common law,* il nous faut néanmoins confirmer concrètement leur existence. Pour prendre un exemple concret de l'émergence d'un principe juridique, E. M. Meijers montre que la décision du Lord Blackburn dans l'affaire *Taylor v. Caldwell* (1863)[1191] marque « le point de départ » de la théorie de la réserve tacite qui ouvre la porte exceptionnellement à l'inexécution des obligations:

> « Cette décision de l'un des magistrats britanniques les plus éminents fut reprise avec conviction par Lord Atkinson en 1916[1192]. La même année, Lord Loreburn la reproduisait (...) dans la plus importante décision de guerre de la House of Lord[1193]. (...) La manière dont le raisonnement est développé à partir de ce point de départ caractérise également le peuple anglais »[1194].

Il s'agit d'une règle générale formulant en des termes généraux une exception à l'autorité des contrats et dont la généralité permet l'érection d'autres règles plus particulières.

1190 *Ibid.*, p. 30.

1191 « *When there is a postive contract to do a thing, not in itself unlawful, the contractor must perform it or pay damages for not doing it, although in consequence of unforseen accidents, the performance of his contract has become unexpectedly burthensome or even impossible.* », 3 B&S. 826, p. 833.

1192 *Horlock v. Beal,* (1916) 1 A.C. 486.

1193 « *When a lawful contract has been made and there is no default, a Court of law has no power to discharge either party from the performance of it unless either rights of some one else or some act of parliament give the necessary jurisdiction.* », *F.A. Tamplin Steamship Co. Ltd. v. Anglo-Mexican Petroleum Product Co. Ltd.,* (1916) 2 A.C. 397.

1194 E. M. MEIJERS, *Études d'histoire du droit,* Tome IV, partie II, Leyde: Universitaire Pers Leiden, 1966, pp. 35-36.

Il est possible de trouver d'autres décisions dans lesquelles certains principes juridiques auraient été développés ou appliqués. L'affaire *Riggs v. Palmer*[1195] citée par Ronald Dworkin[1196], nous apparaît être un bon exemple de l'application d'un principe juridique de *common law*. Dans cette affaire, le juge devait trancher la question de savoir si un petit-fils meurtrier pouvait hériter du grand-père qu'il avait tué. Le juge, après avoir constaté qu'aucune règle ne s'y opposait, a tout de même interdit la succession en se fondant sur le principe que nul ne pouvait invoquer sa propre turpitude: « *No one shall be permitted to profit by his own fraud, or take advantage of his own wrong, or to found any claim upon his own iniquity, or to acquire property by his own crime* »[1197]. Le principe, employé ici par le juge, nous semble répondre à la définition d'une règle juridique. En effet, il s'agit de l'interdiction d'une conduite (ne pas tirer profit de sa fraude); conduite sanctionnée ici et sanctionnable dans le futur par les tribunaux.

Une autre décision judiciaire faisant appel à un principe juridique pourrait être l'affaire *Hyde* v. *Johnson*[1198] dans laquelle les juges Quain et Archibald du Conseil Privé reconnaissent la règle générale suivante: *Qui facit per alium, facit per se*. De même, Wolfgand Friedmann voit dans l'affaire *Pasley v. Freeman*[1199], la naissance du principe de l'action frauduleuse: « *the court established the modern tort of deceit* »[1200].

Dans une allocution, le professeur John D. McCamus de l'Université York (Toronto) « faisait état d'un principe énoncé pour la première fois dans la décision *Flureau vs Thornhill*[1201] en 1776 et réaffirmé une centaine d'année plus tard par la Chambre des Lords »[1202] dans l'affaire *Bain* v. *Fothergill*[1203]. Le principe en question établit qu'« en matière immobilière et en l'absence de toute fraude, la victime de

---

1195 115 N.Y. 506; 22 N.E. 188 (1889).
1196 R. D. DWORKIN, « The Model of Rules », (1965), pp. 23-24, précité note 60.
1197 115 N.Y. 506, p. 511; 22 N.E. 188 (1889), p. 190.
1198 3 Scott, 289; 2 Bing. 776; 5 Law J. Rep. C.P. 291, cité dans un arrêt de la Cour d'Appel: *In re Whitley Partners*, 55 Law J. Rep. Chanc.. 540 (1886).
1199 (1789) 3 T.R. 51.
1200 W. FRIEDMANN, « Stare Decisis at Common Law and under the Civil Code of Quebec », (1953) p. 735, précité note 1067.
1201 *Flureau vs Thornhill*, 96 E.R. 355.
1202 Lise I. BEAUDOIN, « Le lisible et l'illisible - Comment donc évolue la *common law* ? », (1er mai 2001) *Le Journal du Barreau* 27.
1203 *Bain* v. *Fothergill*, (1874) L.R. 7.

l'inexécution contractuelle (souvent l'acheteur) n'a droit qu'au recouvrement des sommes d'argent qu'elle a effectivement perdues comme conséquence de l'avortement de l'opération »[1204].

Plus récemment, aux États-Unis, le juge Cardozo reconnaissait le principe selon lequel chacun avait le droit de déterminer ce qui devrait être fait concernant son propre corps[1205]. Il s'agirait, ici encore, d'une règle de droit reconnue en *common law*: « *Although it is not specifically written down in any legislation, it is a well-recognized principle of common law that an adult person of sound mind has a right to determined what shall be done with his or her body* »[1206].

R.A. Wasserstrom expose que l'arrêt *Hadley* v. *Baxendale*[1207], a créé une règle permettant d'ajuster les dommages-intérêts suivant la situation. Cette règle, explique-t-il, fut ensuite reprise par plusieurs autres tribunaux: « *In the opinion in the case of Hadley v. Baxendale, Baron Anderson laid down a rule by which damages for breach of contract were to be measured in certain types of situations. This rule has been followed almost without exception in many jurisdictions*[1208] »[1209]. La généralité de cette règle la classe, selon notre définition, parmi les principes juridiques.

Notre dernier exemple de principe sera emprunté à William Blackstone, cité dans l'affaire *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*[1210] et repris encore récemment dans l'affaire *Van Mol v. Ashmore*[1211]. Ce principe juridique reconnaît la validité d'un consentement éclairé donné, lors d'un traitement

---

1204 L. I. BEAUDOIN, « Le lisible et l'illisible - Comment donc évolue la *common law* ? », (2001) précité note 1202.

1205 *Schloendorf* v. *N.Y. Hospital*, (1914) 211 N.Y. 127 at 129, 105 N.E. 92 at 93: « *Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his or her own body.* ».

1206 Gerry FERGUSON, « The Canadian Charter of Rights and Individual Choice in Treatment », (1988) 8:3 *Health Law in Canada* 63-70; Kenneth EVANS, « Mental Competence. Treatment and Substitute Consent: A Lawyer's Perspective », (1988) 8:4 *Health Law in Canada* 96-99.

1207 9 Exch. 341, 156 Eng. Rep. 145 (Ex. 1854).

1208 *Kerr Steamship Co. v. Radio Corporation of America*, 245 N.Y. 284 (1927); *Restatement of Contracts*, §330; Charles T. MCCORMICK, *Handbook on the Law of Damages*, St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1935, §138.

1209 R. A. WASSERSTROM, *The judicial decision - Toward a Theory of Legal Justification*, 1961, p. 35, précité note 692.

1210 [1986] 1 A.C. 112 (U.K.).

1211 (1999) B.C.C.A. 6; voir aussi: *Ney v. Canada (attorney General)*, (1993) 102 D.L.R. (4th) 135 (B.C.S.C.); *Regina v. W.(D.D.)*, (1997) 114 C.C.C. (3d) 506, p. 518 (B.C.C.A.); *Walker v. Region 2 Hospital Corp.*, (1994) 116 D.L.R. (4th) 477, p. 487 (N.B.C.A.).

médical, par un enfant mineur, lorsque celui-ci a atteint une maturité suffisante, ainsi que l'intelligence et la capacité de comprendre les implications résultant de son choix. Ce principe fut rapporté par Blackstone dans ses *Commentaries* en 1830[1212] et reconnu comme tel dans les affaires précitées.

Malgré ces quelques exemples, en *common law* (comme en France[1213]), il s'est trouvé des auteurs éminents pour contester le rapprochement entre le principe et la règle juridique. Nous devons donc, comme nous l'avons fait pour la France et le Québec, limiter nos conclusions à nos observations et ne pas inférer que l'ensemble de la common law est géré par un système de principes juridiques. Il ne s'agit peut-être que d'une tendance qui a pu ne pas être acceptée par l'ensemble de la communauté juridique. Les prochaines pages seront consacrées à l'examen de quelques objections.

Ronald Dworkin ne semble voir dans le principe qu'un standard non régulateur. Cette opposition apparente avec notre thèse pourrait n'être qu'un problème de sémantique. En effet, sa démonstration semble faire état de quelques principes juridiques au sens où nous avons défini ce concept. Ses contre-exemples, montrant que les principes n'auraient pas la rigueur d'une règle, nous semblent discutables[1214]. Ronald Dworkin, voulant démontrer que des règles ne respectent pas toujours les principes, prend l'exemple du principe selon lequel toute personne peut acquérir, sans titre valable, le bien d'autrui par le simple écoulement du temps. Cet état du droit irait à l'encontre du principe de propriété. Nous pensons que cet exemple démontre plutôt, qu'à l'instar de n'importe quelle règle, les principes ne s'appliquent pas en toutes circonstances et qu'ils doivent être interprétés eux aussi en concordance avec le reste du droit. Les règles particulières seraient moins sujettes à interprétation et compromission que les règles générales. C'est d'ailleurs ce que semble vouloir démontrer G.C. Christie dans une critique du positivisme où il dénonce l'imprécision des règles, qu'on les appellent lois, précédents ou principes, comme étant la cause d'un

---

1212 W. BLACKSTONE, *Commentaries*, 17th ed., Vol. 1, 1830, c. 16 et 17, p. 463, précité note 565.

1213 Voir plus haut: Partie III, Section A, Sous-section 1.

1214 « *The sharp distinction between principles and rules that Dworkin draws is simply not supported by the cases* », Georges C. CHRISTIE, « The model of principles », (1968) *Duke Law Journal* 649-669, p. 668.

arbitraire judiciaire. Cela est d'autant plus grave, souligne G.C. Christie, que le juge en *common law*, occupe une place centrale:

> « *Thus, to take the case of rules, since we have difficulty in formulating and applying rules because of the vagueness of language, we look for even vaguer called principles to help us out of our difficulty. (...) In sum, if we wish to show that judges are circumscribed in the result that can reach even in the so-called difficult case, we may have to try a fresh approach. A legal universe of rules and principles will simply not do the job* »[1215].

Sa critique entérine ici la présence des règles générales dans la *common law*. La *common law* semble donc contenir des principes juridiques qui sortent d'une application particulière.

À l'autre bout du spectre, le regard des jusnaturalistes modernes semble concevoir le principe comme une valeur inaliénable à laquelle le droit, de façon naturelle, devrait se soumettre: « *The reconciliation between precedent and change by an appeal to the "reason of the law"*[1216] *is the typical method of all "natural law" theorists. It was the method resorted to by Lord Mansfield* »[1217]. On semble pouvoir retrouver ici les *principes supérieurs* de René David ou les *valeurs incontournables* de Georges Ripert[1218]. Sans nier la présence de l'esprit jusnaturaliste chez de nombreux juristes, nous pensons néanmoins que les principes cités dans les précédents paragraphes sont, dans les faits, de véritables

---

1215 *Ibid.*, p. 669.

1216 « *The term ratio legis has been defined as the "legal rule purified of the accidental qualities due to its historical origin."* (PFAFF-HOFFMANN, « Kommentar Zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch », quoted in WURZEL, « Methods of Juridical Thinking », *Science of Legal Method*, IX Modern Legal Philosophy Series, 1921 p. 322) *Wurzel explains its supposed method of operation as follows: Lawyers recognize a ratio legis "not contained in the body of the rules itself, but which must first be discovered by the lawyer. It may therefore well be called a higher rule, or a principium generale, a higher principle of which one or more of the existing rules of law are merely the results, or the logically deductible consequence.... According to Thöl it is the function of jurisprudence to find those legal rules (of higher generality) which are not expressed (Einleitung in das Privatrecht §55). He believes that the ruling principle from which the rule follows is found by abstraction, and conversely, this principle may, by deduction or the drawing of consequences, be carried out into its details. [...] This process is said at no new rules so discovered are represented as positive law [...] quite as much as the acknoledge rules from which we started."* », John DICKINSON, « The Law Behind Law », (1929) 29:2 *Columbia Law Review* 113-146, p. 120 à la note 21.

1217 *Ibid.*, p. 120.

1218 Voir Partie III, Section B, Sous-section 1.

règles juridiques[1219]. En effet, il est possible que Lord Mansfield, dans son rapprochement entre les précédents et les principes, faisait référence à des valeurs supra-juridiques. Il est aussi possible que, comme semble le soutenir J. Dickinson, cette approche philosophique du droit ne tienne pas la route[1220]. Il n'empêche, qu'à la même époque, semblent émerger dans la *common law* des règles juridiques générales à partir desquels des règles particulières (*legal rules*) de *common law* peuvent être développées. J. Dickinson lui-même, s'il conteste le jusnaturalisme, ne conteste pas l'existence des règles et s'en sert même de support pour sa démonstration, par exemple: « *Take once more the rule as to the assignability of choses-in-action. When did business practice reach the precise point when assignability became rationally indispensable ?* » et plus loin: « *Lord Mansfield, on the other hand, attached so much weight to changed circumstances that he was ready to abrogate some of the most settled rules of the law, including that which requires a consideration for a contract* »[1221]. En cherchant les sources de la *common law*, il semble même aller jusqu'à proposer une vision positiviste de celle-ci:

> « *To describe the unwritten law, consisting of rules originating in judicial decisions and based on the doctrine of precedent, as founded on custom in the sense of judicial custom, or the custom of decision followed by the courts, is not inappropriate. But this tells us nothing as to the source from which these rules derived their authority when the courts first applied them* »[1222].

Bien que nous ne partagions pas tous ses arguments, nous sommes d'accord avec J. Dickinson pour dire que le droit n'est pas constitué de lois scientifiques aussi rigoureusement que peuvent l'être la biologie, la physiologie ou la physique. Néanmoins, la présence nouvelle de règles générales en *common law*, suffit à

1219 « *The principle is the thing which we are to extract from cases, and to apply it in the decision of other cases* », *Lord Walpole* v. *Earl of Cholmondeley* (1797), 7 T.R. 138, p. 148, cité dans: A. E. RANDALL, *Cardinal Rules of Legal Interpretation*, 1924, p. 7, précité note 260.

1220 J. DICKINSON, « The Law Behind Law », (1929) pp. 120-125, précité note 1216.

1221 *Ibid.*, p. 123.

1222 *Ibid.*, pp. 125-126.

penser, encore ici, qu'il y a peut-être une influence des sciences[1223]. Nous conserverons de J. Dickinson son regard critique sur la notion de principe.

Ainsi, le principe juridique tel que nous l'avons défini, c'est-à-dire une règle avant tout, ne répond pas forcément chez certains auteurs au même vocable. On le retrouve aussi souvent derrière l'expression fort vague de *rule of law*[1224]. Richard A. Wasserstrom par exemple, illustre sa compréhension des *rules of law* de la façon suivante: « *By rules of law I mean in general the kind of proposition that might take the form: "Either member of a partnership is liable for the entire dept of the partnership"* »[1225]. Ce semble être là un principe de droit privé. Toutefois, encore ici ne nous y laissons pas prendre, l'expression de *rule of law* englobe souvent des concepts beaucoup plus larges, tels que la primauté du droit. Nous étudierons plus bas, la réflexion de R. A. Wasserstrom qui nous apporte un éclairage précieux sur une possible logique déductive des décisions judiciaires du *common law*.

En somme, nous avons montré la présence de principes juridiques (tels que nous les avons définis) dans la *common law*. D'un regard rapide, ces principes semblent émerger en plus grand nombre - peut-être grâce à W. Blackstone - vers la fin du 18e siècle. Du moins les plus anciens principes que nous ayons glanés datent de cette époque. Nous ne voulons pas ni ne pouvons conclure qu'il n'en existait pas avant mais, peut-être les règles générales étaient-elles à la fois moins nombreuses et moins centrales dans la *common law*. Une chose est sûre,

---

1223 Cet aspect sera développé dans une autre section.

1224 Notons qu'en *common law* la notion de *rule of law* peut être traduite de bien des façons: système de droit, régime de droit, primauté du droit: « [...] *while there is broad similarity in what is understood by the doctrine in various countries, by* la prééminence du droit, la suprématie de la règle de droit *or* le principe de la légalité *in France or the Rechtsstat [law-state] in Germany, it is undeniable that the rule of law has acquired distinct connotations and a special significance in the Anglo-American world.* [...] *in the absence of a generally accepted definition, the phrase 'rule of law' itself at present is used in a number of different senses* », Geoffrey de Q. WALKER, *The Rule of Law - Foundation of Constitutional Democracy*, Carlton: Melbourne University Press, 1988, pp. 2 et 3. À ce sujet, G. de Q. Walker nous renvoie à J. CADART, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, 1979, p. 17. Le concept de *rule of law* doit donc être distingué de celui de *rule* ou de *legal rule*. C'est ainsi qu'est traduite l'expression *rule of law* dans l'Attendu de la Charte Canadienne des Droits et Libertés (Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) Annexe B, dans L.R.C. (1985), App. II, no 44, Ann. B: « *Whereas Canada is founded upon principles that recognize the supremacy of God and the rule of law* - Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit ». Richard Wasserstrom, en ajoutant un "s" à « *rule* » montre bien qu'il ne fait pas référence au concept de *rule of law* mais plutôt au concept de *legal rule*.

1225 R. A. WASSERSTROM, *The judicial decision - Toward a Theory of Legal Justification*, 1961, p. 12, précité note 692.

cependant: « Durant la période des *Year Books* (1275-1545), les causes étaient encore utilisées seulement comme preuves d'une coutume et non pas comme autorités devant être suivies »[1226]. Il faut tout de même admettre avec Christian Bourbonnais Hyde que « c'est toutefois au cours de cette période et avec l'appui des *Year Books* que la pratique de renvoyer à d'autres jugements, signe précurseur de la doctrine du *stare decisis,* a commencé à s'établir »[1227]. Compte tenu de cela, il ne faudrait pas s'attendre à voir des principes juridiques avant le milieu du 16e siècle. Jusque-là, la présence des règles elles-mêmes n'est pas certaine. Même au 17e siècle, « la doctrine du stare decisis n'existe pas encore au sens moderne de l'expression et (...) les juges se sentent encore très libres de ne pas suivre les précédents (...) Au XVIIe et au XVIIIe siècles, on trouve des références aux jugements en tant que précédents. Cependant, aucune règle ordonnée d'application continue n'existe encore. La distinction se fait maintenant entre cette partie des rapports qui résument le jugement et ce qui relève du commentaire d'opinion du rapporteur. Par contre, la hiérarchie des décisions, si essentielle à la règle moderne du précédent, n'est pas respectée. En 1673, le juge en chef Vaughan estime qu'un "juge ne peut jamais être lié par une autorité qu'il croit personnellement erronée"[1228] »[1229].

En revanche, au 18e siècle, les règles semblaient être bien établies, s'il faut en croire l'interprétation de Rupert Cross: « *(I)t is clear that Blackstone was using the word "law" throughout the entire discussion in the sense of a rule binding on a judge in a case subsequent to that alleged to constitute a precedent* »[1230].

Dans la mesure où les principes juridiques ont pu émerger avant le développement des sciences, il faut alors se demander quel rôle le droit anglais a pu faire jouer aux principes dans sa nouvelle mécanique.

- Le précédent: substrat de la règle et source du droit

1226 Les *Year Books* « [...] étaient des recueils précis, préparés par des avocats et parfois par des juges [...]. », H.A. HUBBARD, « Le processus judiciaire du « common law » », (1968) p. 4, précité note 1066.
1227 C. BOURBONNAIS HYDE, « La règle du précédent », 1997, p. 117, précité note 580.
1228 *Bole* c. *Horton* (1673), Vaugh. 360 à la p. 383, 124 E.R. 1113 à la p. 1124 (C.P.).
1229 *Ibid.*, p. 119.
1230 R. CROSS, « Blackstone v. Bentham », (Oct. 1976) p. 519, précité note 1187.

Parallèlement à la notion de principe, il est une autre notion sur laquelle nous voulons porter notre attention: le *précédent*. Il ne s'agit pas des mêmes concepts et pourtant, il serait facile de les confondre. La distinction entre principe et précédent est importante, car le précédent judiciaire, à ses débuts, ne semblait pas faire référence à une règle *juridique* et, la plupart du temps, ne semblait pouvoir être détaché de ses circonstances particulières[1231].

Le précédent a été défini comme une « décision que les tribunaux respectent et suivent en raison de son origine judiciaire (nous traduisons) »[1232]. On situe son apparition entre le 16e et le 17e siècle[1233]. R. David précise:

> « La règle de droit que, dans une espèce donnée, le juge a dégagée et dont il a fait application devra être suivie à l'avenir, à certaines conditions, par d'autres juges anglais. Elle constituera un *précédent judiciaire*, et fera comme telle partie du droit anglais. La Common Law d'Angleterre, ce système de droit non écrit qui constitue la trame du droit anglais, est essentiellement constituée par l'ensemble des règles de droit qui ont été dégagées par les juges anglais à l'occasion d'espèces à eux soumises[1234]. Ces règles, formulées d'une manière plus ou moins précise par le juge, constituent ou peuvent constituer, à certaines conditions qui sont celles de l'application de la règle du précédent, l'équivalent de ce que sont pour nous les textes de nos Codes et de nos lois écrites. Elles sont les matériaux à l'aide desquels le système de la Common Law est constitué »[1235].

L'importance de la règle au sein du droit anglais, tel que l'écrit ici René David, correspond, selon nous, à une réalité relativement récente. En effet, Henri Lévy-Ullmann, dans un examen historique du précédent anglais constate que, jusqu'au milieu du 17e siècle, « (l)a plupart du temps, les membres de la Cour invoquaient

---

1231 M. ANCEL, *La "Common Law" d'Angleterre*, 1927, p. 81, précité note 126.

1232 « *Judicial Precedents, are former decisions which courts respects and follow because made by judicial tribunals.* », J. C. GRAY, *The Nature and Sources of the Law*, 1909 / 1972, p. 198, précité note 578.

1233 M. ANCEL, *La "Common Law" d'Angleterre*, 1927, p. 81, précité note 126.

1234 Dès l'Introduction, nous avons choisi d'appréhender le droit par son côté « normatif » plutôt qu'« axiologique ». Voir E. P. HABA, « Sciences du droit - quelle science » ? Le droit en tant que science: une question de méthode », (1991) pp. 167-169, précité note 30.

"la raison" à l'appui de leurs sentences: "le droit de l'Angleterre est la pure Primitive Raison", proclamait le juge Jerman en 1649 »[1236]. Il est possible que la notion de précédent ne puisse évoquer, jusqu'au 18e siècle, qu'une recherche de « cohérence judiciaire »[1237].

La lecture de quelques décisions[1238] prises aléatoirement entre 1558 et 1774 dans le *All England Law Reports Reprint 1558-1774*[1239] nous confirme dans cette opinion. En effet, nous avons été surpris au début par le caractère général des énoncés. Par exemple dans l'affaire *Pomfret v. Ricroft*[1240], les juges Kelyng, Rainsford et Morton de la *Court of King's Bench* sont cités comme suit: « *KELYNG, C.J., RAINSFORD and MORTON, J.J., said that the action well lay on this ground, namely, that when the use of a thing is demised and the thing falls to decay, so that the lessee cannot have the use and benefit of it, he shall have his action of covenant therefore on the word demisit, which raises a covenant in law.* »[1241] À première vue on pourrait penser qu'il s'agit là d'une règle juridique que les juges vont appliquer aux faits pour trancher le litige. Mais on remarquera l'emploi du terme « shall » plaçant l'énoncé sous une forme optionnelle. L'ensemble du jugement par la suite ressemble à une sorte de dissertation sur la logique de choix juridiques possibles sans faire référence directement aux faits en question. Les précédents entrent alors dans la discussion comme des arguments supplémentaires abondant dans la rationalité d'un choix plutôt qu'un autre. Nous n'avons pas observé d'application de règles précises. Ainsi, le juge Rainsford tranche le litige comme suit: « *If a man demise by deed a middle room in a house and afterwards will not repair the roof, whereby the lessee cannot enjoy the middle room, an action of covenant lies for him against his lessor.* »[1242] En appel, les six juges de la *Court of Exchequer Chamber* renversaient cette décision dans un jugement

---

[1235] R. DAVID, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, 1948, pp. 142-143, précité note 15.
[1236] H. LÉVY-ULLMANN, *Éléments d'Introduction générale à l'étude des sciences juridiques. II - Le système juridique de l'Angleterre*, Tome Ier, 1928, p. 133, précité note 564.
[1237] *Ibid.*, pp. 133-134.
[1238] *Coggs v. Bernard*, (1703) All E.R. Rep. 1; *Semayne's Case*, (1604) All E.R. Rep. 62; *Pomfret v. Ricroft*, (1669) All E.R. Rep. 66; *Spenser's Case*, (1583) All E.R. Rep. 68; *Slingsby's Case*, (1587) All E.R. Rep. 423.
[1239] *All England Law Reports Reprint, Revised and Annotated, 1558-1774*, G.F.L. BRIGMAN (ed.), London: Butterworth & Co., 1968.
[1240] Précité note 1232.
[1241] *Ibid.*, p. 66.
[1242] *Ibid.*, p. 67.

unanime exprimé en trois lignes par le juge Hale: « *If I lend a piece of plate and covenant by deed that the party to whom it is lent shall have the use of it, yet if the plate be worn out by ordinary use and wearing without my fault, no action of convenant lies against me.* »[1243] En conséquence, ces observations nous incitent à abonder dans le sens de Henri Lévy-Ullmann lorsqu'il décrit, jusqu'au milieu du 17e siècle, des jugements fondés sur la raison et non sur des règles de droit.

À partir du 18e siècle, la *common law* semble avoir intégré un ensemble de règles ordinaires que l'on retrouveraient dans les précédents[1244]. Notons que, dans la *common law*, les juges appliquent rarement un seul précédent indépendamment des autres. Le plus souvent avant d'en faire l'application, ils cherchent à comprendre comment un précédent pourrait s'harmoniser avec les autres précédents[1245].

Ici encore nous avons parcouru quelques décisions de la fin du 18e siècle et du début du 19e siècle[1246] afin de vérifier, le cas échéant, la présence effective de précédents sources de décisions.

Il nous apparaît que les raisonnements ont beaucoup changé depuis les 16e et 17e siècle. Sans parler encore de précédents obligatoires, à l'issue de jugements assez succincts (1 page en moyenne), les juges utilisent les précédents non plus

---

1243 *Ibid.*.

1244 « [...] *we shall suggest not only that the English legal system tends systematically to decide cases according to what rules require, but also that it relies on formal reasons in a wide variety of other circumstances [...]. [...] even modern judges are often reluctant to regard themselves as entitled to create exceptions to a 'firm' rule laid down in a somewhat dogmatic manner by a higher court.* », P. S. ATIYAH and R. S. SUMMERS, Form and Substances in Anglo-American law: a Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions, pp. 3 et 90, précités note 9.

1245 « Il est tout à fait exceptionnel dans les conditions d'aujourd'hui que la solution d'un cas concret dépende de l'interprétation - je me sert du mot consciemment - d'un seul précédent. Dans un cas où la solution du litige n'est pas évidente, les faits une fois établis, le juge en aura à examiner plusieurs. Il n'est nullement exceptionnel que le juge à qui est soumis un litige complexe examine et analyse une vingtaine de décisions précédentes. [...] son devoir sera de rechercher une règle de droit capable d'harmoniser, de réconcilier la pluralité de décisions qu'il aura à examiner. », J.-A. JOLOWICZ, « La jurisprudence en droit anglais: aperçu sur la règle du précédent », (1985), p. 111, précité note 12.

1246 *Brown v. Carter*, (1800) 5 Vesey 862, 5 R. R. 191; *Lord Ashburton v. Lady Ashburton*, (1801) 6 Vesey 6, 5 R. R.201; *Lyttleton, Ex parte*, (1801) 6 Vesey 7, 5 R. R. 203; *Smith and another v. Buchanan and another*, (1800) 1 East 6, 5 R. R. 499; *Doe on the Demise of Chillcott v. White*, (1800) 1 East 33, 5 R. R. 502; *The King v. Clarke*, (1800) 1 East 38, 5 R. R. 505; *The Earl of Radnor v. Reeve*, (1801) 2 BOS. & P. 391, 5 R. R. 630; *Hill Gent. One & c. v. Halford and another*, (1801) 2 Bos. & P. 413, 5 R. R. 632; *Robinson v. Dunmore*, (1801) 2 Bos. & P. 416, 5 R. R. 635; *Hurry and Others v. The Royal Exchange Assurance Compagny*, (1801) 2 Bos. & P. 430, 5 R. R. 639; *Steel v. Allan*, (1801) 2 Bos. & P. 437, 5 R. R. 647; *Bromley v. Coxwell*, (1801) 2 Bos. & P. 438, 5 R. R. 648; *Parry v. Frame*, (1801) 2 Bos. & P. 451, 5 R. R. 651; *Wright v. Barnard*, (1801) 2 Espinasse 700, 5 R. R. 767;

comme compléments d'une argumentation de pure rationalité, mais pour mettre en lumière le droit applicable et l'appliquer de façon déductive aux faits qui leur sont soumis. Par exemple, dans l'affaire *Newby v. Wiltshire*, la décision intégrale de Lord Mansfield de la *Court of King's Bench* se lit comme suit:

> « *I don't applaud the humanity of the master in this case; he does not inquire after his servant for six weeks after the accident; and when he does, "he passes by on the other side." I think, in general, a master ought to maintain his servants, and take care of them in sickness; but the question now is, What is the law ? There is, in point of law, no action against the master to compel him to repay the parish for the cure of his servant: no authority whatsoever has been cited; and it seems to me that it cannot be. The parish is bound to take care of accidents; they do their duty in that respect; therefore I am inclined to think that the plaintiff cannot recover* »[1247].

Nous voyons dans ce raisonnement une différence importante avec celui de la décision *Pomfret v. Ricroft* citée plus haut. Les précédents sont utilisés ici, non pas comme complément d'une rationalité juridique indépendante, mais comme source de droit, lequel est ensuite appliqué aux faits. On en vient donc ici à la conclusion suivante: sans précédent, pas d'obligation de la part du maître vis-à-vis son serviteur. Les jugements consultés ont fait preuve par ailleurs, de beaucoup d'égards envers la loi. Par exemple, dans l'affaire *The Earl of Radnor v. Reeve*[1248] les juges de la *Court of Common Pleas* réaffirmaient l'importance de la loi: « (...) *it had been determined by all the Judges of England, that when a statute provides that the judgement of Commissioners appointed thereby shall be final, their decision is conclusive, and cannot be questioned in any collateral way* »[1249].

Notre perspective du précédent change légèrement à la lecture de Hood Phillips et Hudson. Le livre de O. Hood Phillips et Hudson: *First Book of English Law*, a attiré

Doe ex dem. Hollingsworth v. Stennett, (1801) 2 Espinasse 717, 5 R. R. 769; *Nichol & alt. v. Martyn*, (1801) 2 Espinasse 732, 5 R. R. 770; *Newby v. Wiltshire*, (1795) 2 Espinasse 735, 5 R. R. 772.

[1247] *Ibid.*, pp. 774-775.

[1248] (1801) 5 R. R. 630, précité note 1240.

[1249] *Ibid.*, p. 631.

notre attention, car sa table des matières contient une quantité appréciables de "principes"[1250]: *general principles for the interpretation, general principles of criminal liability, general principles of liability, general principles of liability in tort.* Les deux auteurs intègrent des éléments historiques dans l'exposé du droit anglais contemporain (20e siècle), plutôt que d'opérer, comme beaucoup d'autres, une dichotomie entre l'histoire du droit et son état actuel. Leur compréhension du précédent semble très liée à celle du principe:

> « *When a judge decides a case he issues an order giving effect to his decision which is entered on the record of the court. This is a judicial decision or judgement in the strict sense, and is binding only on the parties to the case (res judicata). But the judgement will have been based on some legal principle (ratio decidendi) which should be applicable to all cases of a similar kind, and it is inevitable that judges should to a greater or less degree follow the former decisions of themselves and their colleagues and predecessors* »[1251].

Bien que le précédent soit le thème de leur analyse, les auteurs n'y font pas ici directement allusion, mais seulement au principe juridique, comme s'il s'agissait de la même réalité. Serait-il possible que le précédent ait fini par devenir un synonyme de principe ?

Bien que quelques précédents aient fait leur apparition dans la *common law* aux 16e et 17e siècles, on ne peut pas dire encore, à ces époques, qu'une *règle* du précédent ait été clairement formulée. Comme de raison, c'est vers la fin du 18e et au 19e siècle que la doctrine du précédent semble s'installer et prendre sa forme moderne:

> « *It is difficult to say precisely when the doctrine of precedent became settled substantially in its modern form. The estimates of legal historians*

[1250] Notons ici qu'il s'agirait davantage de thèmes que de principes.

[1251] O. HOOD PHILLIPS et A.H. HUDSON, *O. Hood Phillips' First Book of English Law*, 1948/1988, pp. 191 et 219, précité note 14.

vary between the latter half of eighteenth and the middle of the nineteenth century »[1252].

Les auteurs précités font référence notamment à William Blackstone qui semblait voir, au 18e siècle, la présence d'une règle du précédent: « *For it is an established rule to abide by former precedents, where the same points come again in litigation; as well as to keep the scale of justice even and steady, and not liable to waver with every new judge's opinion;* (...) »[1253]. Par ailleurs, comme nous l'avons vu plus haut, Lord Mansfield, dans l'affaire *Jones* v. *Randall*[1254], écrivait, en 1774, que la fonction des précédents était d'illustrer les principes[1255]: « *The law of England would be a strange science indeed if it were decided upon precedents only. Precedents serve to illustrate principles, and to give them a fixed certainty* »[1256]. Pendant que Blackstone confirme la présence du précédent à la fin du 18e siècle, Mansfield, de son côté, établit un lien entre le précédent et certaines valeurs (principes moraux et de bonne conscience[1257]). Notons, qu'il n'en fait pas des synonymes. Selon le regard du juge Mansfield, il semble bien que

---

1252 *Ibid.*, p. 214; J. D. MURPHY et R. RUETER, *Stare Decisis in Commonwealth Appellate Courts*, Toronto: Butterworths, 1981, p. 3, précité note 1067; D. FRISON, *Introduction au droit anglais et aux institutions britanniques*, 1989, p. 76-77, précité note 126; « Il est peut-être curieux de constater que pour un principe de droit qui se veut intrinsèquement lié à la common law, à sa méthode fondamentale comme à son esprit, la règle du précédent n'ait finalement pris racine qu'au XIXe siècle, soit bien sept siècles après la naissance de la common law elle-même. », C. BOURBONNAIS HYDE, « La règle du précédent », 1997, p. 69, précité note 580.

1253 William BLACKSTONE, 1 *Comm.* 69, dans: O. HOOD PHILLIPS et A.H. HUDSON, *O. Hood Phillips' First Book of English Law*, 1948/1988, p. 214, précité note 14; « *Blackstone stated the eighteenth century position in language used by judges of his time when he said: "The doctrine of the law then is this: precedents and rules must be followed, unless flaty absurd or unjust: for though their reason be not obvious at first view, yet we owe such a deference to former times as not to suppose that they acted wholly without consideration"*[*Commentaries I, p. 88, 1813 edition*] », R. CROSS, « Blackstone v. Bentham », (Oct. 1976) p. 518, précité note 1187.

1254 (1774) 1 Cowp. 37; « [*A*]*s the times alter, new customs and manners arise; these occasion exceptions, and justice and convenience require different applications of these exceptions within the principle of general rule.* », *Corbett* v. *Poelnitz*, (1785) 1 T.R. 5, p. 8.

1255 « *[T]he unenacted law consist of principles and the function of precedents is to illustrate principles* », dans: O. HOOD PHILLIPS et A.H. HUDSON, *O. Hood Phillips' First Book of English Law*, 1948/1988, p. 214, précité note 14; « *Principles deduced from, or declared by, precedent or statutory enactment, are the axioms and postulates which, with the definitions of the common law and any given facts, the lawyer dialectically works up, and from which he develops the results in the form of opinions and decisions.* [...] *The proof or disproof of every new decision is, its coherency or incoherency with principles established former decisions, or by statutory enactment. It is from this principle of coherency in the law that a correct opinion can be given* ». Auteur inconnu, *Elements of the logical and experimental sciences considered in their relation to the practice of the law*, 1835, pp. 493-494, précité note 344.

1256 *Jones* v. *Randall*, p. 39, précité note 1254.

1257 W.J.V. WINDEYER, *Lectures on Legal History*, 1957, p. 241, précité note 574.

principe et précédent soit deux notions distinctes, comme si le principe avait une vie indépendante du précédent[1258]. Cela a peut-être évolué depuis son temps.

Notons tout de même que si le précédent, à ses débuts, ne semblait pas pouvoir être détaché des circonstances particulières, cela aurait évolué si l'on en croit les propos de H.A. Schwarz-Liebermann von Wahlendorf:

> « D'abord et surtout il faut retenir que le « précédent » n'est jamais formé par les « faits », mais qu'il est toujours une « norme », une règle, une *rule* « abstraite » des faits en vertu de laquelle une situation est jugée. Ensuite, il faut souligner que le « précédent » se limite à la partie du jugement qui résume, qui reflète la motivation déterminante de ce jugement telle qu'elle se présentait au juge, auteur du *precedent*, c'est-à-dire du jugement considéré comme contenant un *precedent*, selon l'optique dont celui-ci s'inspirait en formulant son jugement: la *ratio decidendi* »[1259].

Selon cette vision, le précédent instaurerait véritablement un droit anglais fondé sur la règle juridique[1260]: « Être lié par une décision antérieure signifie être capable d'avoir accès à cette décision et y identifier un principe, une règle de droit applicable. Une méthode d'identification de ce raisonnement est donc indispensable à la règle du précédent. Le raisonnement sur lequel se fonde un précédent porte le nom de *ratio decidendi* »[1261].

L'apparition du précédent, d'après Hood Phillips et Hudson aurait deux explications possibles, peut-être même concomitantes. La première voudrait que les décisions judiciaires ne créent pas de règles mais les entérinent[1262], celles-là

[1258] Nous avons vu plus haut que le Juge Mansfield ne semblait pas considérer le principe juridique comme une règle proprement dite.

[1259] H.A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Introduction à l'esprit et à l'histoire du droit anglais*, 1977, p. 73, précité note 223.

[1260] « Pour la plupart des litiges, donc, la règle de droit applicable se trouve dans une formule dont l'application dans les litiges précédents aurait produit la solution à laquelle on est parvenu dans l'espèce. Si le nombre de précédents utiles est faible, la règle de droit qui en émergera sera large et générale; si le nombre est important la règle sera plus détaillée. », J.-A. JOLOWICZ, « La jurisprudence en droit anglais: aperçu sur la règle du précédent », (1985), pp. 111-112, précité note 12.

[1261] C. BOURBONNAIS HYDE, « La règle du précédent », 1997, pp. 92-93, précité note 580.

[1262] « *these judicial decision are the principal and most authoritative evidence that can be given of the existence of such a custom as shall form part of the common law* », BLACKSTONE, *Comm.* I 69.

étant déjà présentes dans la coutume. Bien que cette tendance existe depuis Guillaume le Conquérant, selon Hood Phillips et Hudson, elle ne s'appliquerait pas à l'*equity* dont les décisions seraient d'abord fondées sur la conscience humaine et non les coutumes en vigueur[1263]. Pourtant, comme nous le verrons plus bas, le précédent semble avoir fait sa place aussi en *equity*. Nous accordons donc plus d'importance à la deuxième explication selon laquelle, le précédent serait apparu en réponse au besoin d'une stabilité du droit[1264]. Si les règles changent avec chaque jugement, le droit devient volatile. Or la stabilité devrait être le premier objectif du droit. L'apparition du précédent s'en trouverait justifiée dans une société où la règle de droit prend de plus en plus de place.

Il serait difficile, jusqu'à maintenant de voir dans nos observations une ouverture à une quelconque influence de l'esprit scientifique. Toutefois, la fin du 18e siècle aurait vu l'émergence d'une nouvelle conception du précédent sous forme de règle. Certains auteurs auraient même fait une association entre les notions de précédent et de principe. Un auteur de cette époque a même écrit que le précédent était le résultat juridique de l'expérience et de la raison[1265]. Considérant l'importance centrale du précédent et de la règle en *common law*, nous pouvons donc examiner la possibilité, comme en France et au Québec, d'une présence accrue du principe juridique à travers le précédent vers la fin du 18e siècle.

- Le précédent: substrat des principes juridiques et source obligatoire du droit

C'est ici que nous reviendrons sur les *Judicatures Acts* abordés dans la section précédente. Nous avons vu qu'un des trois éléments clés de la réforme de 1873-

---

1263 O. HOOD PHILLIPS et A.H. HUDSON, *O. Hood Phillips' First Book of English Law*, 1948/1988, p. 212, précité note 14.

1264 « Il va sans dire que sans critères pour organiser ces jugements individuels, la common law ne formerait qu'une collection incohérente de plusieurs millions de jugements. La règle du précédent sert ainsi à distinguer les jugements qui font autorité, c'est-à-dire ceux qui doivent obligatoirement être suivis, de ceux qui ne s'appliquent pas. », C. BOURBONNAIS HYDE, « La règle du précédent », 1997, p. 69, précité note 580.

1265 « *And reason and experience, or, as it would be technicaly called, precedent, proclaim that the practical lawyer ought to possess information of the most extended and varied nature.* », Auteur inconnu, *Elements of the logical and experimental sciences considered in their relation to the practice of the law*, 1835, p. 5, précité note 344.

75 aurait été la création d'un code de procédure applicable uniformément à toutes les procédures civiles[1266]. Voyons maintenant, plus en détail, quelles pourraient être les conséquences de l'arrivée de la nouvelle procédure. Rappelons, tout d'abord, que ces règles de procédures surviennent après des lois elles-mêmes réformatrices: les *Common Law Procedure Acts* (1852, 1854 et 1860) et la *Chancery Amendment Act* (1858) dont les objectifs étaient d'uniformiser les procédures de la *common law* et de l'*equity*. Il ne s'agit donc pas d'un phénomène nouveau.

Les réformes du 19e siècle, à première vue, touchent la procédure. En droit anglais, cependant, la procédure est intimement liée au fond. Nous croyons difficile de concevoir une réforme aussi importante, sans que le fond du droit n'en soit affecté. Henri Pallard écrit que le besoin de souplesse des règles auraient aussi été une motivation importante de réforme:

> « L'equity s'était développée par réaction aux rigueurs excessives de la common law, mais quelques siècles plus tard elle était devenue aussi attachée à la règle du précédent et aussi rigide dans son refus de reconnaître de nouveaux droits que la common law. Devant l'immobilisme judiciaire, le législateur a dû intervenir pour refondre les institutions, le procédure et le droit »[1267].

Christian Bourbonnais Hyde, s'appuyant notamment sur un article de J. Evans[1268], explique que les réformes du 19e siècle auraient consolidé l'importance de la règle[1269].

1266 Gardons à l'esprit que les Chambres conservent un léger contrôle de la procédure avec leur règles de pratiques. (*practice of the Court*).

1267 H. PALLARD, « La common law et ses institutions 1066-1875 », 1997, p. 48, précité note 123.

1268 J. EVANS, « Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth Century », dans: L. Goldstein (dir.), *Precedent in Law*, Oxford: Clarendon Press, 1987.

1269 « Pendant la première période, de 1800 à 1834, c'est la doctrine héritée du XVIIe siècle qui prédomine. Certains juges, comme Lord Eldon, chancelier, adoptent un point de vue strict et se considèrent liés par les décisions des cours antérieurs. [...] La deuxième période définie par Evans s'étend de 1835 à 1861. Elle est marquée par l'enracinement du concept voulant que les décisions des cours supérieures lient les cours inférieures. », C. BOURBONNAIS HYDE, « La règle du précédent », 1997, pp. 120-124, précité note 580.

Lorsque la *Common Law Procedure Act* de 1852 a mis fin aux exigences des formes introductives d'actions (forms of action), inévitablement, les demandeurs ont eu les coudées franches pour invoquer des arguments juridiques inédits:

> « *(T)here is no doubt that the disappearance of the forms of action has been one of the several factors which has helped of recent years to give much greater elasticity to the common law, in particular to the law of tort. Instead of a fixed number of classes of remedy we are coming to have general principles of tortious liability* »[1270].

Par ailleurs, les décisions de première instance étaient désormais susceptibles d'appel devant la Cour d'appel qui possédait de ce fait un pouvoir important sur toutes les règles de *common law*. Il lui était possible d'émettre des principes dont devaient tenir compte l'ensemble des autres Cours de première instance (High Court)[1271]. Le même raisonnement touche aussi l'instance suprême, la *House of Lords*. C'est un peu comme si le législateur avait organisé le système judiciaire de façon à faciliter la mise en valeur des principes juridiques. Comme pour confirmer cela, H.A. Schwarz-Liebermann von Wahlendorf écrit: « les jugements de la chambre des Lords ne sont pas des jugements tels que les entendraient le juriste continental, mais plutôt une série de discours, *each one of the noble and learned Lords rising to make a speech*, en s'adressant « à ses pairs » pour faire connaître sa pensée. Peu de choses en disent aussi long sur le caractère et le fond du droit, du raisonnement judiciaire anglais »[1272]. À travers leurs décisions les juges de la chambre des Lords, semblent vouloir convaincre les pairs de leur théorie, des principes de droit qu'ils entendent mettre en lumière. Cross et Hall semblent corroborer cette possibilité lorsqu'ils écrivent:

[1270] G. CROSS et G.D.G. HALL, *The English legal system*, 1964, pp. 311-312, précité note 125; « *The result has been a happy one in that the formalism of the old system of pleading has almost entirely disappeared and substantive law and procedure have become completely separate, the former no longer the servant of the latter. The function of modern procedure is to facilitate the enforcement of rights not to create them.* », R.J. WALKER, *The English Legal System*, 1980, p. 80, précité note 1165.

[1271] « *Given the small number of cases that filter through to the House of Lords, it is, however, the Court of Appeal that plays the vital role in the supervision of the lower courts and in the maintenance of support for strict theory of binding precedent.* », Hazel CARTY, « Precedent and the Court of Appeal: Lord Denning's views explored », (1981) 1:1 *Legal Studies* 68-76, p. 68.

[1272] H.A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Introduction à l'esprit et à l'histoire du droit anglais*, 1977, p. 58, précité note 223.

> « *(I)n the nineteenth century it came gradually to be established that a principle to be extracted from a previous decision of a superior court was binding on an inferior court, and further, that the highest tribunal was bound by its own decisions. This development was aided by the reorganisation of the judicial system by the Judicature Acts and by contemporaneous changes in the character of the Law Reports* »[1273].

Même si la loi ne le précise nulle part, la hiérarchie des règles de droit semble suivre naturellement la hiérarchie judiciaire: « *it was natural to conclude that decisions of the Court of Appeal should be binding on the High Court and decisions of the House of Lords on the Court of Appeal* »[1274].

Cependant, ici encore, le sens que les auteurs Cross et Hall accordent au terme « *principle* » n'est pas clair. Par exemple, ils utilisent le même terme en parlant du droit pratiqué avant la conquête[1275]. Or le droit coutumier des 9e ou 10e siècles n'aurait pas eu la même structure que le droit moderne. À cette époque, le concept de principe, s'il existait, ne pouvait sûrement pas correspondre au concept restreint d'une règle juridique.

Quoi qu'il en soit, il est possible que la nouvelle structure du système judiciaire anglais soit reliée au nouveau courant moderne du droit. Cross et Hall expriment très clairement, ce qu'ils pensent être, la motivation des réformateurs:

> « *(T)hough the reorganisation of the courts and the semi-official character of modern reports may have aided the development of the doctrine of binding precedent, it is clear that a stronger motive must have been at work in establishing it. It may be suggested that this*

1273 G. CROSS et G.D.G. HALL, *The English legal system*, 1964, p. 365, précité note 125.

1274 *Ibid.*, p. 365; « Bien qu'au 17e siècle, la distinction entre *ratio* et *dictum* fut faite, ce ne fut pas avant le 19e siècle que la règle de *stare decisis*, comme nous la connaissons, a commencé à émerger des causes. Deux facteurs importants, apparus au 19e siècle, ont contribué à produire un climat favorable à l'énonciation de la doctrine dite sévère. Le premier fut une nécessité urgente qui se fit sentir, à côté de toutes les tendances naturelles, de réaliser une uniformité et une certitude et ausi le besoin de ménager les efforts. Le second, qui est le facteur de grande importance, fut la promulgation des statuts portant sur les cours (*The Judicature Acts*). Ces statuts mirent fin au conflit et à la compétition qui existaient entre les cours et établirent une pyramide judiciaire hiérarchique. », H.A. HUBBARD, « Le processus judiciaire du « common law » », (1968) p. 4, précité note 1066.

1275 « *Historically, law developed from custom, and in the old communal courts of Anglo-Saxon England the principle of law applied was a reflection of the usages of the community in question, and was declared by*

motive was the desire of English judges to point to some certain foundation for English law comparable to the various codes which were coming to form the basis of the law of most European states in the nineteenth century »[1276].

Les réformes auraient pu vouloir donner une assise législative au droit anglais à l'image des codes européens[1277]. Mais, nous ne sommes pas d'accord avec Cross et Hall, lorsqu'ils associent cet effort législatif à une volonté de restreindre les règles judiciaires (*case law*) au profit des règles législatives (*statute law*). Nous pensons, au contraire, que la nouvelle structure a pu affermir le droit de la jurisprudence[1278]. Ce nouveau système est bien décrits par H.A. Schwarz-Liebermann von Wahlendorf que nous n'hésitons pas à citer au long:

> « La relative absence de ces « grandes avenues » que les codifications semblent introduire dans la cité que forme le droit et la pluralisation extrême des axiomes qui résulte des *rules* dans leur énorme variété conduisent, il est vrai, à une situation où l'homogénéisation des paramètres de la réflexion juridique n'est pas toujours aisée à atteindre. Les *principles*, qui ne sont parfois pas tellement éloignés par leur caractère de certaines règles générales des codes, sont alors susceptibles d'être utilisés comme le sont ces grandes « règles » des pays de la codification, c'est-à-dire en essayant de « tirer la couverture » dans différentes directions; mais ils le sont peut-être plus souvent avec plus de bonheur, vu le fait qu'ils sont entourés de plus d'éléments de sécurité, les mailles du filet étant très serrées grâce aux innombrables *precedents* qui entourent les *principles*. Souvent

---

freemen of the community, who were the judges of the court ». G. CROSS et G.D.G. HALL, *The English legal system*, 1964, p. 363, précité note 125.

1276 *Ibid.*, p. 367.

1277 Cela implique qu'on devrait retrouver le principe juridique au cœur de la nouvelle organisation.

1278 « La « supériorité » de la *common law* sur la *statute law* s'exprime très clairement à travers ce fait que toute « loi », tout texte législatif est à interpréter à la lumière des *precedents*. Bien que ceux que le texte législatif en question aurait éventuellement voulu expressément écarter ne soient plus applicables, la masse cohérente de la *common law* offrira toujours de grandes possibilités pour entourer le texte d'une couche de précédents qui l'envelopperont et qui le feront se plier aux orientations fondamentales de la *judge made law*. Il y a toujours présomption en faveur du maintien des règles de la *common law*, car le législateur est censé connaître le droit. », H.A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Introduction à l'esprit et à l'histoire du droit anglais*, 1977, p. 79, précité note 223.

cependant, l'effort d'harmonisation à l'intérieur d'axiome multiples (et parfois potentiellement contradictoire) devient un exercice complexe, délicat, étonnant même là où, à partir des axiomes donnés, s'exerce une logique spéculative, très abstraite, désireuse de rétablir la non-contradiction et d'établir en même temps la justice dans le cas précis à trancher. Cet effort pourra conduire à des excès dans le *distinguo*, dans la *distinction*. Cette « logique »-là peut, en effet, par moments, atteindre des sommets susceptibles de faire pâlir d'envie les esprits les plus « logiques » et les plus tournés vers l'abstraction que l'on puisse trouver parmi les juristes continentaux, dans les pays de la codification »[1279].

Ainsi, à travers le regard de H.A. Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, les *rules* ou règles juridiques particulières seraient rassemblées sous des concepts plus généraux: les *principles;* lesquels s'appliqueraient dans le cadre des *precedents*. Si bien que les juges conserveraient un certain contrôle sur la façon dont la théorie du droit et les principes se développeraient.

La règle du *stare decisis*[1280] prend ici tout son sens. Elle garantit le respect de la hiérarchie des décisions judiciaires et de ce fait, le respect des principes émis par les cours d'appel:

« La règle du *stare decisis* ne s'applique en principe qu'à une partie des jugements: la *ratio decidendi*. (...) Ces parties de décisions judiciaires qui, en raison du *stare decisis*, ont acquis une autorité comparable à celle de la loi (à savoir qu'elles sont applicables à tous), exprimées,

---

1279 *Ibid.*, pp. 17-18.

1280 « L'application du principe de *stare decisis* obéit à une stricte hiérarchisation. Les décisions des *superiors courts of record* engagent toutes les juridictions inférieures. Au niveau de la *High Court*, la décision d'une divisional court représente un *precedent*. La décision d'un *puisne judge* est normalement suivie par un autre *puisne judge, as a matter of courtesy*, mais ne représente pas pour lui un precedent au sens formel du terme. Les décisions de la *Court of Appeal* lient la *High Court* et les décisions de la *Chambre des Lords* lient la *Court of Appeal* et *a fortiori* la *High Court*. L'*overruling* d'une décision de la *Court of Appeal* par la Chambre des Lords ne se fait pas facilement, d'autant plus que les décisions de la *Courts of Appeal* ont, pour la Chambre des Lords, une sorte de *persuasive authority* (mais n'en n'ont pas précisément au niveau formel). », *ibid.*, pp. 80-81; voir aussi: J. D. MURPHY et R. RUETER, *Stare Decisis in Commonwealth Appellate Courts*, 1981, précité note 1067; « *Stare decisis provides the framework of certainty in the codeless English legal system.* », H. CARTY, « Precedent and the Court of Appeal: Lord Denning's views explored », p. 68, précité note 1271; M. DEVINAT,

présentées et reconnues sous la forme de principes généraux, constituent la common law »[1281].

En 1914, dans l'affaire *Krelinger v. New Patagonia Meat and Cold Storage Compagny Limited*, Lord Haldane va même beaucoup plus loin: « *The binding force of previous decisions, unless the facts are undistinguishable, depends on whether they establish a principle. To follow previous authorities, so far as they lay down principles, is essential if the law is to be preserved from being unsettled and vague.* »[1282] Le principe juridique serait donc intimement lié au *stare decisis* même si l'un et l'autre ne sont pas superposables.

Par ailleurs, la règle du précédent, «imposant aux juges de s'en tenir aux règles posées par leurs prédécesseurs dans des cas semblables», ne serait devenue «obligatoire» que depuis «la seconde moitié du XIXe siècle»[1283]. Ainsi, comme le précédent, l'apparition du *stare decisis* serait relativement récente[1284]. Ce

---

La règle prétorienne en droit français et canadien, 2001, pp. 113-119, précité note 1017; C. BOURBONNAIS HYDE, « La règle du précédent », 1997, précité note 580.

1281 H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 1990, p. 26 et 27-28, précité note 70; Ch. N., FRAGISTAS, « Les précédents judiciaires en Europe continentale », pp. 139-140, précité note 602; W. FRIEDMANN, « Stare Decisis at Common Law and under the Civil Code of Quebec », (1953) précité note 1067; « [O]n peut dire que, sans contestation, la *ratio decidendi* est un principe ou une règle ou une loi consistant en une catégorie des faits et un effet. Une catégorie de faits n'est pas une simple énumération de faits concrets; c'est une classe de faits, donts les faits concrets sont des exemples; c'est le modèle ou prototype par lequel les cas concrets sont classés. La catégorie des faits est donc plus ou moins générale; plus elle est générale, plus nombreux sont les cas qu'elle couvre, plus large est son application. Mais si les faits concrets du précédent faisaient partie de sa *ratio decidendi*, la catégorie des faits de la *ratio decidendi* ne serait pas du tout générale et la *ratio decidendi* n'aurait aucune application aux cas subséquents. Par conséquent, nous voyons donc que les faits concrets du précédent ne font pas, per se, partie de la *ratio decidendi.* », H.A. HUBBARD, « Le processus judiciaire du « common law » », (1968) pp. 19-20, précité note 1066.

1282 (1914) A.C. 25, pp. 39-40, cité dans: P.-B. MIGNAULT, « The authority of decided cases », (1925) p. 8, précité note 1045.

1283 D. FRISON, *Introduction au droit anglais et aux institutions britanniques*, 1989, p. 76-77, précité note 126; Christian Bourbonnais Hyde en vient même à employer le terme de précédent pour désigner le *stare decisis*: « La règle du précédent, *stare decisis* de son nom latin*, veut essentiellement que les tribunaux soient liés par les principes énoncés dans les décisions antérieures qui impliquent des faits ou des principes de droit semblables. (*L'expression *stare decisis* est utilisée dans ce chapitre comme synonyme de l'expression "règle du précédent" et le même usage est assez courant dans la doctrine. Toutefois, il faudrait noter que l'expression latine décrit plus particulièrement la règle du précédent obligatoire, tandis qu'au sens large, l'expression "précédent" pourrait s'appliquer à tous les précédents obligatoire ou non. *Stare decisis* est l'abreviation de *stare decisis et non quieta movere*, qui se traduit de la façon suivante: "s'en tenir à ce qui a été décidé") », C. BOURBONNAIS HYDE, « La règle du précédent », 1997, p. 70, précité note 580.

1284 « *[t]he principle that superior courts are bound by their own previous decisions is of comparatively recent origin. [...] Actually, the notion that precedents are binding effect probably originated somewhat earlier, in Beamish v. Beamish* [(1861) 9 H.L. Cas. 274] », J. D. MURPHY et R. RUETER, *Stare Decisis in Commonwealth Appellate Courts*, 1981, p. 3, précité note 1067; H.A. HUBBARD, « Le processus judiciaire du "common law" », (1968) p. 4, précité note 1066; « *The argument for the strict doctrine of stare decisis was put by Lord Eldon in a much quoted statement: "it is better that the law should be certain than every judge should speculate upon improvements in it (Sheldon v. Goodrich,* (1803) 8 Ves. 441, p. 447)" », W. FRIEDMANN, « Stare Decisis at Common Law and under the Civil Code of Quebec », (1953) p. 731, précité note 1067.

changement a été expliqué d'une part, par la réforme de l'organisation judiciaire, d'autre part, en raison d'une nouvelle tendance légaliste propre au 19e siècle, et enfin, par l'amélioration de la qualité des recueils de jurisprudence[1285].

Quelques auteurs[1286] soulignent l'importance du fait que la Chambre des Lords ait décidé d'être liée par ses propres décisions. Cela se serait réalisé en 1898 à l'occasion de l'affaire *London Street Tramways v. L.C.C.*, (1898) A.C. 375. Nous pensons, que cela, d'une part ne marque pas le début de l'application de cette règle en *common law* et d'autre part qu'il est peu pertinent pour notre argumentation que le plus haut tribunal soit lié ou non par ses décisions. En effet, lorsqu'elle revêt son chapeau fictif de législateur[1287], la Chambre des Lords peut conserver son autonomie sans que cela remette en question ni son statut de législateur, ni l'application de ses règles dans les autres tribunaux. Il n'empêche que le souci de la Chambre des Lords de montrer l'exemple aux autres cours constitue certainement un indice de l'importance accordée à cette époque au *stare decisis*[1288].

La notion de *stare decisis* aurait aussi fait son chemin au Canada, suivant le même modèle que l'Angleterre[1289]. Le Conseil privé de Londres resta son instance suprême jusqu'en 1949[1290]. La situation était moins claire pour la *Court of Appeal*, malgré un jugement du Conseil privé qui lui accordait le même statut

---

[1285] D. FRISON, *Introduction au droit anglais et aux institutions britanniques*, 1989, p. 77, précité note 126; H.A. HUBBARD, « Le processus judiciaire du « common law » », (1968) p. 4, précité note 1066.

[1286] G. DWORKIN, « Un adoucissement de la théorie du *stare decisis* à la Chambre des Lords », (1967), p. 185, précité note 54; H.A. HUBBARD, *ibid.*, p. 5; *Stuart v. Bank of Montreal*, (1909) 41 S.C.C. 516-551, p. 544.

[1287] « *Since most of us (pace Professor Dworkin) no longer believe that there is only true answer to a disputed point of law, there is, on the face of it, no reason to suppose that a decision of the House of Lords is likely to be better than that of the lower courts. So it is difficult to avoid the conclusion that the reason for having a second appeal court must be that the courts do possess legislative powers.* », P. S. ATIYAH, *Pragmatism and Theory in English Law*, 1987, p. 27, précité note 1153.

[1288] Notons qu'aujoud'hui, l'application de la règle du *stare decisis* à la Chambre des Lords semble avoir perdu, du moins officiellement, de sa rigueur. Depuis 1966 ([1966] 1 W.L.R. 1234), la Chambre des Lords se garde une marge de manœuvre afin de pouvoir, au besoin, s'écarter des principes qu'elle a formulés. Voir à ce sujet: G. DWORKIN, *ibid.*, pp. 190-191.

[1289] H.A. HUBBARD, « Le processus judiciaire du « common law » », (1968), précité note 1066.

[1290] « Jusqu'à l'abolition par le Canada en 1949 (ou en 1933 pour les affaires criminelles) des appels à cette cour, le Conseil privé de Londres était le plus haut tribunal dans la hiérarchie non seulement impériale mais aussi canadienne. Donc les décisions qu'il rendait, en droit public notamment, dans les affaires originant du Canada, liaient forcément toutes les cours canadiennes. », H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 1990, p. 31, précité note 70.

dominant[1291]. Par la suite, après l'émancipation du système judiciaire canadien, la hiérarchie des tribunaux des provinces canadiennes de *common law* s'est naturellement installée avec la Cour suprême à sa tête:

> « *The Canadian common-law courts have taken over the essential features of the English doctrine of stare decisis. (...) (T)his means that all Canadian courts - at least those of the common-law provinces - are bound by the decisions of the Supreme Court of Canada, and that trial courts are bound by the decisions of the appeal court of their province* »[1292].

On retrouve la même structure favorisant l'émergence d'une hiérarchie des règles à partir de principes.

Fait notable, la nouvelle hiérarchie de la *common law* comporterait aussi une certaine flexibilité. comme l'écrit H.A. Hubbard:

> « Plusieurs facteurs contribuent à la flexibilité du droit commun: (...) Un autre procédé utilisé par les tribunaux pour adapter la loi aux conditions sociales actuelles est d'écarter au maximum les précédents indésirables; (...) La flexibilité est inhérente à certaines lois (précédents), telles que celles contenant des termes vagues. Les lois qui, par exemple, régissent la conduite raisonnable ou morale s'appuient sur les normes actuelles de la société et leur application aux circonstances se modifie selon les besoins de la société; (...) L'intérêt public fournit aux juges un autre moyen de modifier et de créer les lois judiciairement »[1293].

La flexibilité attribuée à la *common law* par H.A. Hubbard, pourrait refléter un besoin de maintenir la théorie du droit (les règles) en cohésion avec l'évolution des usages. On pourrait donc voir à travers cette flexibilité une certaine ressemblance avec un processus inductif-déductif.

1291 « L'arrêt *Trimbles* c. *Hill*, (1879) 5 A.C. 342, avait établi que les cours coloniales étaient liées par la Court of Appeal anglaise. Malgré cette décision du Conseil privé, de nombreux arrêts canadiens ont refusé de suivre la jurisprudence de la Court of Appeal. », *ibid.*, p. 32.

1292 W. FRIEDMANN, « Stare Decisis at Common Law and under the Civil Code of Quebec », (1953) p. 726, précité note 1067.

On pourrait s'objecter à cette interprétation en expliquant l'interprétation ou l'abandon des règles en raison de leur désuétude, comme une évolution normale socio-historique du droit.

Nous observons toutefois que l'organisation hiérarchisée des tribunaux qui, selon nous, ouvrirait la porte à davantage de « flexibilité », se serait effectuée à une période donnée de l'histoire soit, la deuxième moitié du 19e siècle. L'interprétation des règles ou leur abandon par les juges ne semblent pas pouvoir être observés dans toutes les époques. Par exemple, il n'est pas certain qu'avant la venue du concept de précédent, la règle ait occupée la même place au sein de la *common law*. Enfin, il est étonnant de voir à quel point la description critique de W. Friedmann, concernant le discours de certains juges, ressemble à un phénomène du « droit civil » à la même période:

> « Depuis l'avènement de la doctrine sévère de stare decisis, les juges ont traditionnellement souligné qu'il ne ressort pas de leur compétence d'apporter des innovations à la loi. La fonction judiciaire consiste essentiellement, à leur avis, dans l'application de la loi déjà existante, qui se découvre par un examen minutieux des précédents. La plupart des juges du « Commonwealth » considèrent probablement leur fonction comme déclaratoire de la loi et complètement dépourvue de puissance créatrice »[1294].

Bien que Friedmann conteste cette perception de la *common law*, il n'empêche que ce passage décrit bien une conception plutôt positiviste d'un droit fondamentalement jurisprudentiel. Mais cet auteur refuse de voir dans le droit anglais un positivisme déductif rigide. Il préfère décrire la *common law* comme munie d'une relative flexibilité et le processus qu'il expose ressemble à celui d'une démonstration scientifique:

> « Il existe deux stades ou procédés logiques dans la solution d'un problème: il y a d'abord le premier stade ou premier procédé, alors

---

[1293] H.A. HUBBARD, « Le processus judiciaire du « common law » », (1968), p. 29, précité note 1066.
[1294] *Ibid.*, p. 30.

> que les solutions se présentent à l'esprit; il y a ensuite le second stade ou second procédé, au cours duquel ces solutions sont éprouvées pour déterminer leur acceptabilité. Le premier s'appelle le processus de découverte, et le second, le processus de justification. (...) Le processus de la justification est tout simplement celui de mesurer ou d'évaluer quelque chose au moyen de critères objectifs »[1295].

On pourrait presque transposer cet énoncé dans un manuel de méthodologie de la recherche scientifique. Par la suite, on comprend, qu'il ne s'agit pas d'une coïncidence car W. Friedmann fait un lien avec le modèle des sciences naturelles. Pourtant il distingue le droit, des sciences, en expliquant que le droit ne serait pas tributaire de la réalité. Selon Hubbard, « (c)ontrairement aux sciences naturelles, les systèmes légaux sont libres (dans les limites de l'honnêteté) de déterminer leurs propres critères, c'est-à-dire qu'on peut imposer (formellement ou non) des règles concernant la façon dont les décisions judiciaires doivent être éprouvées, ou validées, ou justifiées ou rationalisées (dans le sens propre de ce dernier terme) ». Toutefois, comme nous l'avons vu dans notre deuxième partie, la relation entre droit et la réalité, sans être analogue, n'est peut-être pas si éloignée que cela de l'objectivité recherchée par la science. En effet, la justification légale ne semble, à peu de chose près, pas plus libre que celle des sciences ou inversement, la justification des sciences est aussi libre que celle du droit. Nous ne voulons pas reprendre ici l'exposé de notre deuxième partie et nous nous contenterons de renvoyer encore à la démonstration de René Poirier qui corrigeait quelques mythes concernant le processus scientifique[1296].

Pour en revenir aux principes juridiques de la *common law*, bien entendu, il ne s'agit pas d'être dupe ou idéaliste, on ne peut pas raisonnablement penser que les principes érigés par la *common law* proviennent d'un procédé objectif. Les juristes ou les politiciens n'ont pas forcément été sensibilisés ni n'ont forcément adhéré à l'esprit scientifique. De même, beaucoup d'autres considérations pouvaient être prises dans les décisions des juges ou les choix des lois. Les

---

[1295] *Ibid.*, p. 32.
[1296] Voir Partie II, C., 1. La logique de la structure scientifique du droit.

changements que nous observons ne sauraient donc être interprétés que comme le reflet d'une tendance. Toutefois, ces changements dans le droit apparaissent à une époque où les sciences semblent être plus populaires que jamais. Il ne serait donc pas impossible que nos observations traduisent la présence d'une influence, surtout lorsqu'on reconnaît dans ces changements ce qui pourrait être les caractères de l'esprit scientifique. À la même époque, la genèse accrue des principes de droit pourrait tendre elle aussi, à montrer que la *common law* avait peut-être tendance à chercher à construire des bases juridiques plus objectives[1297] que dans la passé[1298].

Cela nous amène à discuter de la place de la théorie dans le droit anglais. L'argument selon lequel la *common law* pourrait avoir mis en lumière des principes applicables en plusieurs circonstances semble avoir été contesté notamment par le professeur Atiyah dans son ouvrage *Pragmatism and Theory in English Law*:

> « *I will start with the fairly uncontroversial suggestion that English lawyers are not only more inclined to the pragmatic and somewhat hostile to the theoretical approach, but positively glory in this preference. Perhaps there are not many judges today who (as one of their predecessor is said to have done) would still openly thank God that the law of England was not a science* (Morris R. Cohen, « Law and Scientific Method », reprinted in Ames, Cardozo et al., *Jurisprudence in Action* (1953), p. 115), *but the sentiment, I believe, lives on* »[1299].

[1297] Pour une importante nuance concernant la notion d'objectivité, voir les commantaires de l'introduction de la partie II.

[1298] « Pour être suffisamment justifiées, la décision doit être placée dans le contexte des principes, des précédents et des lois en vigueur; [...] », H.A. HUBBARD, « Le processus judiciaire du « common law » », (1968) p. 33, précité note 1066.

[1299] P. S. ATIYAH, *Pragmatism and Theory in English Law*, 1987, pp. 3-4, précité note 1153; Christian Bourbonnais Hyde semble partager ce point de vue en s'appuyant lui aussi sur la décision *Quinn* c. *Leathem* ([1901] A.C. 495): « [...] un principe énoncé dans un jugement n'est pas à proprement parler un énoncé général du droit sur le sujet, applicable à une multitude de situations. Cela est vrai, même si les *ratio decidendi* sont souvent rédigées sous la forme de principes généraux. Le principe exposé dans un précédent ne représente pas l'ensemble du droit, mais se limite aux faits de la cause qu'il sert à régler. [...] Cependant, ce ne sont pas les faits mêmes qui agissent comme précédent, mais le raisonnement sur le fondement duquel l'affaire a été décidée. D'ailleurs, une décision n'a pas de valeur jurisprudentielle pour les conclusions de fait qui s'y trouvent, mais pour l'application du principe y énoncé. », C. BOURBONNAIS HYDE, « La règle du précédent », 1997, p. 94, précité note 580.

Notons que le professeur Atiyah limite la portée de ces conclusions en grande partie au 20e siècle (si ce n'est à la deuxième moitié du 20e siècle)[1300]. Toutefois, il va chercher beaucoup de références du 19e siècle. Nous ne pouvons donc écarter totalement son argumentation. Dans les premières pages de son ouvrage, cet auteur semble décrire la jurisprudence anglaise comme un domaine essentiellement pragmatique dans lequel la théorie n'apparaîtrait qu'en toile de fond. Cet esprit pragmatique refuserait donc la mise sur pied de règles abstraites. Il opposerait ainsi la jurisprudence anglaise à la législation française en faisant une analogie entre l'apprentissage par la pratique et l'apprentissage par la formation académique. Cette position pourrait contredire efficacement notre thèse qui veut décrire l'apparition de règles et de principes au sein de la *common law*.

Toutefois, ici encore, le fossé qui semble séparer la position de Atiyah de notre thèse peut être en partie réduit par une mise au point sémantique sur les notions de théorie et de logique.

Par exemple, Atiyah s'appuie notamment sur un commentaire de Lord Halsbury dans la décision *Quinn v. Leathem*[1301]:

> « (...) *there are two observations of a general character which I wish to make, and one is to repeat what I have very often said before, that every judgement must be read as applicable to the particular facts proved, or assumed to be proved, since the generality of the expressions which may be found there are not intended to be expositions of the whole law, but governed and qualified by the particular facts of the case in which such expressions are to be found. The other is that a case is only an authority for what it actually decides. I entirely deny that it can be quoted for a proposition that may seem to follow logically from it. Such a mode of reasonning assumes that the*

1300 « *I do not claim that this has always been true of Eglish law, but I do suggest that this is true today, and it may well be that the common law methodology tends to encourage this approach.* », *ibid.*, p. 28.
1301 *Quinn v. Leathem*, [1901] A.C. 495.

law is necessarily a logical code, whereas every lawyer must acknowledge that the law is not alway logical at all »[1302].

Lord Halsbury qualifie ces déclarations d'observations et Atiyah de « comments »[1303]. Toutefois. elles ressemblent beaucoup à deux principes d'interprétation, lesquels auraient été affirmés dans d'autres décisions et réitérés ici. L'emploi du terme « *must* » nous semble par ailleurs traduire un caractère obligatoire de ces principes qui seraient, de ce fait, des règles de droit.

Quoi qu'il en soit, on pourrait conclure que ces principes dénient toute théorisation dans la jurisprudence en refusant presque la notion de règle. Pourtant, les deux autres juges (dans cette décision unanime) semblent faire appel à des règles générales et ce, sans manifester de volonté de contredire la position de principe de Lord Halsbury. Par exemple, Lord Macnaghten pose la question suivante: « *Does a conspiracy to injure, resulting in damage, give rise to civil liability* ? »[1304]. Cette question n'est pas attachée à des faits particuliers et la réponse semble aussi faire référence à des circonstances générales:

> « *It seems to me that there is authority for that proposition, and that it is founded in good sense.* Gregory v. Duke of Brunswisk *(6 M. & G. 205, 953) is one authority, and there are others. There are valuable observations on the subject in Erle J.'s charge to the jury in* Duffield's Case *((1851) 5 Cox C. C. 404) and* Rowland's Case *((1851) 5 Cox C. C. 436). Those were cases of trade union outrages; but the observations to which I refer are not confined to cases depending on exploded doctrines in regard to restraint of trade* »[1305].

Plus tôt, Lord Macnaghten semblait reconnaître implicitement l'existence d'une règle établie sur une question de droit: « *In my opinion,* Allen v. Flood[1306] *laid down no new law. It simply brushed aside certain dicta which in the opinion of the*

1302 *Ibid.*, p. 506.
1303 « *Lord Halsbury's comment on the principle of stare decisis is a well known example*: [...] », P. S. ATIYAH, *Pragmatism and Theory in English Law*, 1987, p. 8, précité note 1153.
1304 *Ibid.*, p. 510.
1305 *Ibid.*, p. 511.
1306 [1898] A.C. 1.

majority of this House were contrary to principle and unsupported by authority »[1307]. Nous comprenons ici que la décision dans l'affaire *Allen* v. *Flood* aurait infirmé une nouvelle tendance du droit contraire aux principes et autorités établies. Nous voyons donc ici l'affirmation d'une certaine théorie.

Lord Shand semble lui aussi considérer l'existence de principe de droit dans les termes suivants:

> « *Apart from the decision in that case, the judgement of the learned judges in Ireland would have been unanimous in affirming the principle to which FitzGibbon L.J. gave effect. The general law cannot, I think, be more happily stated than in the passage from the judgement of Lord Bowen in the* Mogul Case *(23 Q.B.D. 614), which was quoted by the Lord Chancellor with an expression of his strong approval in the case of* Allen v. Flood »[1308].

De même Lord Brampton écrit « (...) *the exercise of an absolutely legal right cannot be treated as wrongful and actionable merely because a malicious intention prompted such exercise, was established as clear law by this House in* Bradford Corporation v. Pickles *((1895) A.C. 587)* (...). »[1309] Nous voyons encore ici énoncée une règle de droit détachée des faits particuliers auxquels elle a pu être appliquée de prime abord dans une autre décision pour acquérir un certain degré de généralité. Dans la même page on peut lire encore: « *Of course, if when he instituted criminal proceedings the prosecutor knew he had no reasonable ground for the steps he was taking, the definition of malice given by Bayley J. in* Bromage v. Prosser *(4 B. & C. 247; 28 R. R. 241) would distinctly apply, and no further proof of malice would be required* »[1310]. Lord Brampton ferait ici référence à une définition qui, en principe, revêt aussi un certain degré de généralité. Plus loin, Lord Brampton semble aussi entériner la force obligatoire de la règle émise dans l'affaire *Allen v. Flood* selon lequel l'objet d'une conspiration est recevable en preuve:

[1307] *Quinn v. Leathem*, [1901] A.C. 495, p. 508.
[1308] *Ibid.*, p. 513.
[1309] *Ibid.*, p. 524.

« *If I rightly understand the judgement of Darling J. in* Hutley v. Simmons *((1898) 1 Q. B. 1881), he treated* Allen v. Flood *((1898) A. C. 1) as a binding authority compelling him to hold that the object of the conspiracy as proved was not unlawful; in that view he rightly decided that the count for conspiracy could not be maintained* »[1311].

Tous ces exemples ne font pas forcément état de principes de droit, mais montrent l'existence de précédents et de règles juridiques détachés des faits de leur première application.

Comment concilier ce qui apparaît être la présence de règles objectivées (sorties de leur première application subjective) avec les propos de Lord Halsbury dont les autres juges ne semblent pas s'être dissociés ?

Nous pensons que le principe émis par Lord Halsbury ne nierait pas la présence de règles ou de principes juridiques (au sens où nous l'avons défini), mais viserait à empêcher la recherche d'une pure logique juridique ou une interprétation littérale risquant de vider les règles de leur sens initial et de désorganiser la toile de la jurisprudence. Il faudrait donc appliquer les règles en tenant compte des circonstances qui les ont vu naître et des autres règles dont elles ont pu avoir été inspirés. On retrouve la nécessité de chercher les règles parmi un ensemble de précédents. Ainsi les règles et principes resteraient ancrés dans une réalité[1312].

Néanmoins une fois le principe juridique édicté, il n'est pas certain que les juges recommencent une analyse complète de l'origine de cette règle, mais adaptent plutôt le principe à leurs propres circonstances.

À un autre niveau, l'esprit pragmatique anglais si bien exposé par Atiyah, mettant l'accent sur les devoirs plutôt que les droits, n'est peut-être pas non plus exempt de principes. En effet, plutôt que de mettre l'accent sur les droits et libertés de la

---

1310 *Ibid.*.

1311 *Ibid.*, p. 531.

1312 « Cette méthode de raisonnement, propre à la common law, est analogique et inductive. Les principes généraux sont énoncés à partir des exemples particuliers que forment les cas antérieurs. [...] Un code civil prétend réunir en un texte l'ensemble des règles générales applicables à la société. De son côté, la common law se veut un ensemble, cohérent sans doute, mais constitué de jugements particuliers. », C. BOURBONNAIS HYDE, « La règle du précédent », 1997, pp. 70-71, précité note 580.

personne, l'esprit pragmatique anglais semble mettre d'autres types de valeurs en exergue (elles-même formulées sous forme de principe) telle l'indépendance judiciaire: « *The independent judiciary, the writ of habeas corpus and the jury's power both to acquit those persecuted by the governement, and to award damages against servants of the government who transgressed their powers, came to be seen as glories of English laws* »[1313]. On comprend que ces expressions *indépendance judiciaire* ou *habeas corpus*, exprimées sous forme de règles juridiques, sont liées à tout un ensemble de règles jurisprudentielles elles aussi probablement pragmatiques.

D'ailleurs dans un ouvrage co-écrit avec Robert Summers, le professeur Atiyah semble reconnaître, contrairement à l'Angleterre, la présence importante des principes juridiques dans la common law américaine:

> « *But it is also possible for lawmakers, judges, and other officials in a legal system to act on such reasons too, and thereby invoke the corresponding principles. In this way the legal system may be said to recognize such principles* as law. *(...) In our view, there can be little doubt that lawmakers, judges, and other officials in the American system resort far more often to such principles, directly and indirectly, as* forms of valid law, *than is true in English system* »[1314].

La présence de principes juridiques au sein de la *common law* américaine indique que la nature pragmatique de la *common law* ne semble pas être fondamentalement en contradiction avec les principes.

En conséquence, la vision d'un droit anglais fortement pragmatique nous incite à nuancer notre propos mais ne l'anéantit pas. La common law serait moins déductive qu'on l'aurait pensé[1315] mais ne refuserait pas non plus la mise sur pied

---

1313 P. S. ATIYAH, *Pragmatism and Theory in English Law*, 1987, p. 22, précité note 1153.

1314 P. S. ATIYAH and R. S. SUMMERS, *Form and Substances in Anglo-American law: a Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*, 1987, p. 94, précité note 9.

1315 « *As Professor MacCormick has demonstrated at some length judges do habitually use the methods of deductive logic in the process of legal reasoning. They do try to find the facts of the case in hand, and they do then subsume the facts under the law thay have found to arrive at their conclusion.* », *ibid.*, p. 14 et plus loin: « *few people can read on statutory interpretation with a satisfied sense that some intelligent and rational process of decision-making is being followed.* », *ibid.*, p. 30.

de théories[1316]. Cette éventualité n'est d'ailleurs pas entièrement écartée par Atiyah contrairement à ce qu'il paraissait dans les premières pages de son ouvrage:

> « *As I said ealier, nobody questions that even the common law, even the case law system of precedent, does to some degree work through generalisations and therefore through principle. The only claim I am making is that, as between the tow, the spirit of English law seems to be better reflected by the idea of precedent than of principle* »[1317].

Il semble presque aussi voir dans la Chambre des Lords un lieu privilégié de réflexion sur les grands thèmes du droit, du moins cela ressort, selon nous, du passage suivant:

> « *Now this theory of the judicial function is to some extent recognised, in that appeals to the House of Lords are more readily permitted where there is some public interest in the outcome, that is, where some important issue of law is at stake, but it is by no means impossible for case to reach the Lords where there is no real public element involved at all - for instance where the case turns on the construction of a particular contract* »[1318].

Nous pensons que la tendance au pragmatisme ne vient pas d'une forme d'esprit particulière[1319] (quoique en 1987 cela est peut-être vrai) mais plutôt de la structure du système anglais fondé sur la jurisprudence.

Cette structure semble refuser l'émergence d'une théorie jurisprudentielle purement objective dans laquelle les règles seraient sorties de leur cadre; d'une

---

1316 Par exemple, les principes d'interprétation rappelés par Lord Halsbury viendraient entre autres expliquer la règle du *distinguishing* permettant d'écarter l'application d'une règle dont le cadre factuel ne concorde pas à celui mis en avant dans une autre affaire.

1317 P. S. ATIYAH, *Pragmatism and Theory in English Law*, 1987, p. 32, précité note 1153.

1318 *Ibid.*, p. 158.

1319 « *I want now to suggest that the general English preference for precedent over principle, like the more general preference for pragmatic over the theoric, can also be traced back to some important political ideologies rooted in the constitution settlement of 1688. Of course, the general system of precedent in English law is much older than that, and I do not profess to trace the system back to its earliest roots. I do believe that the general English preference for the cautious, step by step methodology of change and reform, which is symbolised by the preference*

théorie issue de la logique et non de la pratique[1320]. On comprend la difficulté qu'il pourrait y avoir à ériger une structure purement rationnelle un jugement à la fois. Cette façon de faire aurait plutôt tendance à engendrer la confusion et le désordre. En revanche, une codification semble pouvoir se permettre davantage de logique déductive étant donné la présence de l'ensemble des règles dans un texte unique.

Le droit des *torts* nous semble à cet effet un bon exemple. Philip H. Osborne (Université du Manitoba) dans un ouvrage consacré au droit des torts constate la situation suivante:

> « *It was noted ealier that tort law is made up of a somewhat disorganized congregation of individual torts. Not surprisingly, there is no conventional way of describing this area of law. One may describe tort law in its historical context and trace its development chronologically. One may identify the interests that tort law protects, such as personal safety, privacy, and property interests, and describe the torts that address those interests. One may focus on conduct and arrange torts in groups of intentional torts, negligent torts, and torts of strict liability* »[1321].

Ce manque apparent d'organisation ne devrait pas signifier pour autant que le chaos règne dans le droit des *torts* ou qu'aucun besoin d'organisation ne s'est fait sentir. Il n'y a pas de raison que cette partie du droit n'ait pas elle aussi vu apparaître des principes reflétant une certaine théorisation, laquelle aurait pu être implantée par les Cours supérieures. Bien entendu, nous ne nous attendons pas à voir une organisation complète comme celle des codes; les juges n'agissent qu'un jugement à la fois et dépendent des faits qui leurs sont soumis.

---

for the system of precedent over principle, also derived much strengh from the impact of the French Revolution on English political thought », *ibid.*, p. 33.

[1320] « *Principles are necessarily more general, more abstract, than precedents. Precedents arise from particular sets of concrete facts, which can be related to the case at hand, but the whole point of principles is that they attempt to generalise, to get away from the details of the facts of particular cases. In the process of generalisation, principles also attempt to give some overall structure or rational shape to the law, not just in the interests of elegance, but in the interests of consistency, of the desire to ensure that like is treated alike.* », *ibid.*, p. 27.

[1321] Philip H. OSBORNE, *The Law of Torts*, 2nd ed., Toronto: Irwin Law, 2003, pp. 22-23.

Néanmoins, l'observation de quelques principes de droit édictés depuis la fin du 18e siècle serait de nature à nous permettre d'envisager un mouvement de théorisation et d'organisation de ce droit.

Ainsi, « *(t)he common law has, however, typically resorted to the reasonable person when it is need of a normative standard of conduct, and negligence law is no exception. The standard of care that must be met in the tort of negligence is that of the reasonably careful person in the circumstances of the defendant. The standard of the reasonably careful person was authoritatively established in the English case of* Vaughan v. Menlove[1322] »[1323]. Dans cette affaire, le juge Tindal de la Court of Common Pleas reconnaît l'existence d'un principe important de la responsabilité: « *There is, however, a rule of law which says you must so enjoy your own property as not to injure that of another, and according to that rule the defendant is liable for the consequence of his own neglect;* (...) »[1324]. Plus loin, il affirme l'existence du test de la personne raisonnable et rejette la possibilité de réduire ce principe à la subjectivité de chaque cas: « *That, however, would leave so vague a line as to afford no rule at all, the degree of judgment belonging to each individual being infinitely various; and although it has been urged that the care which a prudent man would take, is not an intelligible proposition as a rule of law, yet such has always been the rule adopted in cases of bailment,* (...). *The care taken by a prudent man has always been the rule laid down* »[1325]. Les deux autres juges dans cette cause abondent dans le même sens: « Park, J. - *I entirely concur in what has fallen from Tindal, C.J. Although the facts in this case are new in species, they fall within a principle long established, that a man must so use his own property as not to injure that of others.* (...) Vaughan, J. - (...) *The conduct of a prudent man has always been the criterion for the jury in such cases but it is by no means confined to them* »[1326].

Ces principes sont ensuite susceptibles de générer ou d'inclure sous leur autorité d'autres règles plus particulières: « *When applying the standard of care to the*

[1322] (1837), 3 Bing. N.C. 468, 132 E.R. 490 (C.P.), All E.R. Rep. 156.
[1323] P. H. OSBORNE, *The Law of Torts*, 2003, pp. 26-27, précité note 1313.
[1324] *Vaughan v. Menlove*, All E.R. Rep., p. 157, précité note 1314.
[1325] *Ibid.*, p. 158.

facts of a case, courts have found it useful to review a number of factors that guide a reasonable person in the regulation of her conduct. The most significant of these is the concept of reasonably foreseeable risk »[1327]. Philip Osborne rajoute d'autres règles particulières qui auraient été développées dans la jurisprudence ultérieure telles: « *the likelihood of damage* »[1328] ou « *the seriouness of the threatened harm* »[1329].

Un autre exemple de principe juridique en *Torts Law* cité par P. Osborne à trait au concept de « *strict liablity* » par opposition à celui de « *fault liability* ». P. Osborne fait référence à la décision dans l'affaire *Rylands v. Fletcher*[1330] qui, pendant longtemps faisait état du principe de responsabilité stricte et fut appliquée à de nombreux litiges variés relatifs à l'utilisation de la terre[1331]. Le juge Blackburn de la Court of Exchequer Chamber (qui rallie les deux autres juges[1332]) s'exprime comme suit: « *We think that the true rule of law is that the person who, for his own purposes, brings on his land, and collects and keeps there anything likely to do mischief if it escapes, must keep it in at his peril, and, if he does not do so, he is prima facie answerable for all the damage which is the natural consequence of its escape.* (...) *The generale rule, as above stated seems on principle just* »[1333]. Cette règle semble elle aussi avoir donné naissance à toute une théorie juridique faisant appel à des concept plus particuliers. Philip Osborne expose que certains aspects juridiques découlant de cette règle ont dû être mis en lumière[1334]: « non-natural use of land », « the escape of something likely to cause mischief » ou

---

1326 *Ibid.*, pp. 158-159.
1327 P. H. OSBORNE, *The Law of Torts*, 2003, p. 29, précité note 1313.
1328 *Ibid.*, p. 31.
1329 *Ibid.*.
1330 (1868) L.R. 3 H.L. 330, 37 L.J. Ex. 161 et (1866) L.R. 1 Ex. 265, 35 L.J. Ex. 154, All E.R. Rep.1.
1331 « *The rule in Rylands v. Fletcher, as originally formulated, was a strict liability tort of considerable scope and it was applicable to a wide range of land use.* », P. H. OSBORNE, *The Law of Torts*, 2003, p. 310, précité note 1313.
1332 « Lord Cranworth.- *I concur with my noble and learned friend in thinking that the rule of law was correcly stated by Blackburn, J., in delivering the opinion of the Exchequer Chamber.* [...] *The doctrine is founded on good sense, for when one person in managing his own affairs causes, however innocently, damage to another, it is obviously only just that he should be the party to suffer. He is bound sic uti suo ut non lædat alienum. This is the principle of law applicable to cases like the present, and I do not discover in the authorities which were cited anything conflicting with it.* », *Rylands v. Fletcher*, All E.R. Rep., p. 14, précité note 1322.
1333 *Ibid.*, p. 7.
1334 P. H. OSBORNE, *The Law of Torts*, 2003, pp. 311-316, précité note 1313.

« damage to neighbouring property ». Certains types de défense auraient même été développés en rapport avec la règle *Ryland v. Fletcher*[1335]:

Ainsi, les fondements structurels de la *common law* moderne semblent relativement bien s'harmoniser avec l'esprit scientifique populaire à la fin du 18e siècle[1336].

Nous conclurons avec Guy Rocher qui décrit une analogie de Talcott Parsons, entre la sociologie et la *common law*:

> « Un droit fondé sur les «cas» et les précédents, comme l'est la common law, n'est ni arbitraire ni aléatoire, soutient Parsons, contrairement à l'image qu'on peut en avoir. Il comporte nécessairement un nombre de principes généraux, énoncés surtout par les tribunaux d'appel, à la lumière desquels les juges peuvent justifier leurs décisions. C'est ainsi que la *Common law* se « systématise » et que le juriste réfléchit selon la même méthode inductive que Parsons lui-même considère avoir suivie dans l'élaboration de sa théorie. Contrairement à ce que certains voudraient, et Parsons nomme en particulier Georges Homans, une théorie ne s'édifie pas à partir de principes posés au départ, mais découvre progressivement des principes à partir de l'analyse des données. C'est ce que fait le juriste de la common law; c'est ce que Parsons dit avoir fait lui-même dans The Structure of Social Action[1337] »[1338].

[1335] *Ibid.*, pp. 316-319.

[1336] Ici encore, nous ne parlons pas des fondements substantiels. Ceux-ci, comme semble le conclure Saul Levmore peuvent être le résultats de tensions entre de grandes idéologies selon les époques. Il prend l'exemple de la règle du « fellow-servant » mise en lumière dans l'affaire *Priestley v. Fowler*, (1837) 150 E.R. 1030: « *The creation of the fellow-servant rule provides a case study of the nature of legal change in nineteenth-century America. If the process by which it was created was typical, one must conclude that judicial instrumentalism, which shaped legal rules to achieve economic and social goals, coexisted with and was tempered by intellectual norms within the legal community which exerted a powerful pull toward formalism and stability. The interplay of both these forces produced the fellow servant rules* », Saul LEVMORE, « Comment - The Creation of a Common-Law Rule: The Fellow-Servant Rule, 1837-1869 », dans: Saul LEVMORE, *Foundations of Tort Law*, Oxford: Oxford University Press, 1994, 193-205.

[1337] Talcott PARSONS, «On Building Social System Theory: A Personal History», (1970) *Deadalus* 867-868.

[1338] Guy ROCHER, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Les Éditions Thémis, Montréal 1996, pp. 187-188; Voir aussi Guy ROCHER, «Le droit et la sociologie du droit chez Talcott Parsons», (1989) XXI, n°1, *Sociologie et Société* 143.

En 1970, la présence de principes généraux comme fondement la *common law* apparaît à Talcott Parson comme une nécessité. Cette situation n'était pas aussi évidente avant les réformes du 19e siècle qui semblèrent favoriser l'instauration d'une une nouvelle organisation centrée autour des principes.

En résumé, la *common law* anglaise, historiquement centrée sur la résolution ponctuelle des conflits, serait progressivement devenue aussi une source de règles développées dans les précédents. D'une source de règles, la *common law* serait aussi possiblement devenue, vers le début du 19e siècle, une source de principes juridiques. Cette transformation se serait réalisée à l'aide d'une réforme de l'administration des tribunaux de l'État dans laquelle l'organisation hiérarchique couplée du *stare decisis* mettait toute la structure au service d'une nouvelle mécanique du droit. Les cours supérieures, dotées d'un véritable chapeau de législateur, pouvaient émettre des règles générales que les tribunaux inférieurs devaient interpréter et appliquer.

Il s'agirait là, bien entendu, d'une tendance; d'un mouvement diffus; c'est-à-dire que nous ne voulons pas nier la réalité selon laquelle les juges ne se fient pas forcément toujours aux règles; les principes ne semblent pas non plus couvrir l'ensemble de la *common law*. Si bien qu'on peut aussi légitimement prétendre que la créativité, la persuasion morale, les positions politiques ou l'intuition personnelle jouent aussi un rôle dans la prise de décision judiciaire[1339]. Par exemple, en 1837 dans *Priestley v. Fowler*[1340], Lord Abinger, ne voyant aucun précédent s'appliquant à son affaire décide de rendre un jugement sur la base de principes supérieurs: « *We are, therefore, to decide the question upon general principles, and in doing so we are at liberty to look at the consequences of a decision the one way or the other* ».

[1339] *Legal reasoning, like all forms of reasoning, may be narrow, close-textured, logical and precise; or it may be open-textured, creative, policy oriented and indeterminate. The former has been described by Ronald Dworkin as "mechanical jurisprudence" or "the model of rules". [...] Some legal theorists - for example, some adherents of the critical legal studies movement or of post-modernist jurisprudence - suggest that there are almost no constraints on decision-making. [...] Legal reasoning on this view might be considered analogous to moral debate or political argument, and it has no claim as a special form of logic or rationality. [...] Most legal theories recognize some form of constraint and are located somewhere between the tow extremes earlier described.* », Ken COOPER-STEPHENSON and Elaine GIBSON (dir.), *Tort Theory*, North York: Captus University Publications, 1993, p. 71.

[1340] Précité note 1328.

Tenant compte de cette importante nuance, on pourrait voir dans le droit anglais, un peu comme le droit français, notamment par l'importance nouvelle accordée aux principes juridiques depuis le début du 19e siècle, une influence possible de l'esprit scientifique. On semble pouvoir en effet y retrouver à la même époque un mouvement vers l'organisation, des principes incarnant une certaine universalité des valeurs et un processus d'induction-déduction des règles.

Afin de vérifier la légitimité de cette hypothèse, nous étudierons, dans les deux prochaines sections, l'évolution des deux autres principales sources de droit des systèmes anglo-saxons: l'*equity* et le *statute law*.

2. Le principe juridique et l'*equity*

L'*equity* du droit anglais ne correspond pas à l'équité du droit français. L'équité française ferait appel aux principes moraux, alors que l'*equity* désignerait, en plus, un ensemble de règles élaborées historiquement par la Chancellerie, un tribunal royal.

Danièle Frison avec un regard moderne énonce sept grands principes de l'*equity*: « 1) L'*equity* suit le droit (*Equity follows the law*); 2) L'*equity* agit sur la personne plutôt que sur la chose (*Equity acts in personam rather than in rem*); 3) L'*equity* s'inspire des impératifs de la conscience morale (*Equity acts on the conscience*); 4) L'*equity* regarde l'intention plutôt quela forme (*Equity looks to the intent rather than the form*); 5) Celui qui a recours à l'*equity* doit avoir les mains propres (*he who commes to Equity must come with clean hands*); 6) Celui qui demande à être jugé en *equity* doit lui-même agir selon l'*equity* (*he who seeks equity must do equity*); 7) L'*equity* ne permettra pas qu'un tort reste sans remède (*Equity will not suffer a wrong to be without remedy*) »[1341].

[1341] D. FRISON, *Introduction au droit anglais et aux institutions britanniques*, 1989, p. 67-69, précité note 126; Voir aussi une édition plus récente: *Droit anglais, institutions britanniques*, Paris: Editions Marketing, 1993, pp. 69-71; Henri Pallard énumère vingt principes dont certains sont les mêmes mais présentent des variantes dans la traduction, par exemple: « L'equity suit la common law (*Equity follows the law*) » ou « l'equity agit en toute bonne conscience (*Equity acts on the conscience*) »; H. PALLARD, « La common law et ses institutions 1066-

S'agit-il vraiment de règles de droit ? Henri Pallard décrit plutôt ces énoncés comme des maximes[1342] mises en lumière la première fois en 1728 par Richard Francis[1343]. Notre tâche consiste maintenant à situer le moment à partir duquel des énoncés de ce type ont pu avoir été exprimés sous forme de principe, et surtout à comprendre si l'*equity* a pu leur accorder une place particulière vers la fin des Lumières.

a) Pas de principe juridique sans précédent

Notons en commençant que, selon F. W. Maitland, hormis par leur origine historique, rien ne distinguerait les règles d'*equity* des règles de *common law*[1344]. Il appuie cette assertion entre autre sur les célèbres *Commentaires* de William Blackstone:

> « *The systems of jurisprudence in our courts both of law and equity are now equally artificial systems founded in the same principles of justice and positive law; but varied by different usages in the form and mode of their proceedings: the one being originally derived (though much reformed and improved) from feudal customs, as they prevailed in different ages in the Saxon and Norman judicatures; the other (but with equal improvements) from the imperial and pontifical formularies, introduced by their clerical chancellors* »[1345].

1875 », 1997, pp. 40-41, précité note 123.

1342 Henri Lévy-Ullmann écrit, à propos de ces maximes « que leur portée, en droit positif, est souvent moindre que ne pourrait le faire croire la généralité de leurs termes. », H. LÉVY-ULLMANN, *Éléments d'Introduction générale à l'étude des sciences juridiques. II - Le système juridique de l'Angleterre*, Tome I[er], 1928, p. 559, précité note 564.

1343 Richard FRANCIS, *Maxims of Equity*, New York: Garland Publishing, 1728/1978, cité dans: H. PALLARD, « La common law et ses institutions 1066-1875 », 1997, p. 41, précité note 123.

1344 « *Equity is a certain portion of our existing substantive law, and yet in order that we may describe this portion and mark it off from other portions we have to make reference to courts that are no longer in existence. Still I fear that nothing better than this is possible. The only alternative would be to make a list of the equitable rules and say the Equity consists of those rules. This, I say, would be the only alternative, for if we were to inquire what it is that all these rules have in common and what it is that marks them off from all other rules administered by our courts, we should by way of answer find nothing but this, that these rules were until lately administered, and administered only, by our courts of equity.* », F.W MAITLAND, *Equity - Also the forme of action at common law, Tow courses of Lectures*, 1932, p. 1-2, précité note 233.

1345 W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, t. III, 1771-1772, p. 434, précité note 565; « Mais puisque les deux espèces de cours se gouvernent par une telle parité de loi et de raison, en quoi consiste, demandera-t-on peut-être, leur différence essentielle ? Elle consiste principalement dans les différents modes des unes et des autres pour l'administration de la justice. », W. BLACKSTONE, *Commentaires sur les lois anglaises*, Tome V, 1822, p. 159, précité note 122.

Considérant la similarité entre l'*equity* et la *common law* à la fin du 18e siècle, il serait raisonnable de penser qu'on puisse observer dans l'*equity* des changements similaires à ceux de la *common law*. Cela devrait d'autant plus s'avérer que l'*equity* serait dépendante de la *common law*. Par ses règles, en effet, elle viendrait compléter celles de la *common law*[1346].

Toutefois, puisqu'il ne s'agirait pas d'un système autonome, il ne faut pas s'attendre, non plus, à l'élaboration d'une profonde structure. Par exemple, de larges pans du droit des *Torts* n'auraient pas été développés par l'*equity* en raison de l'absence de jury devant la Cour de Chancellerie. En conséquence, la rationalité de l'*equity* devrait se comprendre en fonction de celle de la *common law*[1347]. Si l'on cherche une structure en *equity* (avant la réforme de 1873), celle-ci pourrait se retrouver essentiellement en matière procédurale: « *The bond which kept these various appendixes together under the head of Equity was the jurisdictional and procedural bond* »[1348].

Selon F. W. Maitland, au « 14e siècle les Chanceliers ne pouvaient pas encore concevoir de rendre justice à partir d'un corps de règles qui aurait différé de la loi générale du pays (*I do not think that in the fourteenth century the Chancellors considered that they had to administer any body of substantive rules that differed from the ordinary law of the land*)(nous traduisons) »[1349]. Poursuivant son exposé historique, F.W. Maitland, ajoute « *One thing seems pretty plain. They (the*

1346 « *Equity was not a self-sufficient system, at every point it presupposed the existence of common law. [...] take the case of trust. It's of no use for Equity to say that A is a trustee of Blackacre for B, unless there be some court that can say that A is the owner of Blackacre. Equity without common law would have been a castle in the air, an impossibility.* », F.W MAITLAND, *Equity - Also the forme of action at common law, Tow courses of Lectures*, 1932, p. 19, précité note 233; voir aussi: Paul M. PERELL, *The fusion of Law and Equity*, Toronto: Butterworth, 1990, pp. 8-9; S. E. SMITH, « The Stage of Equity », (1933), p. 313, précité note 8; W. H. BRYSON, *Cases Concerning Equity and The Courts of Equity 1550-1660*, 2001, pp. xviii et xli, précité note 244.

1347 « *For this reason I do not think that one has expounded or ever will expounded equity as a single, consistent system, an articulate body of law.* It is a collection of appendixes between which there is no very close connexion. », F.W MAITLAND, *Equity - Also the forme of action at common law, Tow courses of Lectures*, 1932, p. 19, précité note 233; notons aussi que dans les provinces anglophones du Canada, les mêmes tribunaux étaient chargés d'appliquer le *common law* et l'*equity* en droit privé: « *As a matter of legal history it is interesting to observe that common law was only administered by the Courts of Upper Canada from 1794 to 1837. There was no Chancery Court there during that period but there is no reason to believe that any great confusion resulted. What we do find, however, is that the judges of the common law Courts made a conscious effort to ameliorate the rigours of the commons law and to do equity.* », S. E., SMITH, *ibid.*, p. 313.

1348 F.W MAITLAND, *ibid.*, p. 20.

1349 *Ibid.* p. 6.

Chancellors) had not considered themselves strictly bound by precedent »[1350]. Cette affirmation vise le début du 16e siècle. À cette époque, en effet, personne ne se serait arrêté à colliger les jugements (« *for men have not cared to collect cases* »)[1351].

Une jurisprudence en *equity* ne semble pas commencer à s'être installée avant la seconde moitié du 16e siècle[1352]. À cette époque, la publication naissante des décisions a pu jouer un rôle important[1353]. René David écrit qu'à « partir du moment où l'intervention du Chancelier, devenue plus fréquente, tendait à devenir systématique, le Chancelier s'écartait, inévitablement, de l'équité proprement dite pour développer et appliquer des règles de droit »[1354]. Les règles d'*equity* ne semblent pas avoir toujours existé et semblent être apparues peu à peu.

Danièle Frison situe l'apparition d'une jurisprudence en *equity* sous la chancellerie de Thomas Egerton, Lord Ellesmere (Grand Chancelier de 1596 à 1617):

> « (Il) fut le premier à appliquer les mêmes principes dans tous les cas semblables, au lieu de suivre l'inclination du moment au nom de la conscience. Sa démarche fut confirmée et érigée en règle par Lord Nottingham (Grand Chancelier de 1673 à 1686), appelé "le père de l'Equity" (the father of Equity), qui classa et systématisa les principes d'Equity déjà dégagés »[1355].

1350 *Ibid.*, p. 8.

1351 *Ibid.*; « *Equity cases before 1579 were rarely reported.* », W. H. BRYSON, *Cases Concerning Equity and The Courts of Equity 1550-1660*, 2001, p. xliii, précité note 244.

1352 F.W MAITLAND, *ibid.*, p. 9; William Blackstone, dans ses commentaires, cite le célèbre commentaire que John Selden aurait écrit en 1654 (pendant le règne de Cromwell): « *Equity is a roguish thing: for the law we have measure, know what to trust; equity is according to the conscience of hi that is Chancellor; and as that is longer or narrower so is equity. 'Tis all one as if they should make hos foot the standard. What an uncertain measure would this be ? One Chancellor has a long foot, another a short foot; a third an indifferent foot. 'Tis the same thing with the Chancellor's conscience.* », John SELDEN, *Table Talk*, "Equity", in W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, t. 1, 1771-1772, p. 432, note (y) , précité note 565. Un tel souci pour l'uniformité des décisions montre d'une part que cela n'était pas encore de rigueur en 1654 et d'autre part que les juristes étaient déjà sensibles aux règles et aux précédents.

1353 W. H. D. WINDER, « Precedent in Equity », (1941) 57 *Law Quaterly Review* 245-279, pp. 249-250.

1354 R. DAVID, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, 1948, pp. 181-182, précité note 15.

1355 D. FRISON, *Introduction au droit anglais et aux institutions britanniques*, 1989, p. 61, précité note 126; voir aussi H. POTTER, *A short outline of english legal history*, 1945, p. 229, précité note 214; « 1673 marque la date «à laquelle les Chanceliers furent choisis parmis les hommes de loi, et non parmi les hommes politiques [...]. », R. DAVID, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, 1948, p. 182, précité note 15; S. E., SMITH, « The Stage of Equity », (1933), p. 315, précité note 8.

Une présence systématique de principes au 17e siècle a de quoi surprendre. En réalité Danièle Frison et d'autres auteurs appellent *principe*[1356] ce que nous définissons plutôt par le terme de *précepte de jurisprudence*. Selon notre définition, une règle de jurisprudence ne devient *un principe* que dans la mesure où le concept sort des circonstances particulières de sa première application (se généralise) et détient un contenu théorique procurant ainsi un support conceptuel à l'application du droit. Par conséquent, lorsque Danièle Frison écrit que « L'œuvre de systématisation commencée par Lord Nottingham fut continuée par les Chanceliers suivants, notamment par Lord Hardwicke (Grand Chancelier de 1736 à 1756), qui confirma que tout juge statuant en *equity* devait suivre les principes déjà posés (nous soulignons)»[1357], dans le cadre de cette thèse, le terme *préceptes*, encore une fois, serait plus approprié ici que celui de *principes*.

Nous pouvons voir ici à quel point la connotation accordée à certains termes semble parfois porter les auteurs vers des interprétations différentes, alors que leurs descriptions de la réalité pourraient être plus proches ou plus complémentaires qu'il n'y paraît à première vue.

L'utilisation du terme *principe* semble davantage ressembler à notre définition dans les propos du Chancelier Lord Eldon (Grand Chancelier de 1801-1827) dans l'arrêt *Gee vs Pritchard* (1818)[1358]: « Les doctrines de cette Cour doivent être aussi bien établies, et rendues presque aussi uniformes que celles de la *common law*; elles doivent poser des principes fixes, en prenant soin toutefois de les appliquer en fonction des circonstances de l'espèce. Je ne saurais accepter que les doctrines de cette Cour varient avec chaque juge »[1359]. D'ailleurs, Danièle Frison

---

1356 Dans une édition ultérieure Danièle Frison écrit, à propos de l'*Equity*: « Au sens technique du terme, l'*equity* est un ensemble de règles ou de principes juridiques qui forment un appendice aux règles générales du droit anglais énoncées principalement dans le *common law*. », Danièle FRISON, *Droit anglais, institutions britanniques*, Paris: Éditions Marketing, 1993, p. 61. Elle manie donc indistinctement les notions de principe et de règle juridique.

1357 *Ibid.*; « Lord Nottingham fut appelé le père de l'equity », F.W MAITLAND, *Equity - Also the forme of action at common law, Tow courses of Lectures*, 1932, p. 10, précité note 233, W.J.V. WINDEYER, *Lectures on Legal History*, 1957, p. 264, précité note 574.

1358 2 Swan 403.

1359 D. FRISON, *Introduction au droit anglais et aux institutions britanniques*, 1989, p. 61-62, précité note 126; voir aussi: W. H. D. WINDER, « Precedent in Equity », (1941) p. 245, précité note 1353; S. E., SMITH, « The Stage of Equity », (1933), p. 315, précité note 8.

semble traduire sous le même vocable de « principes » des termes anglais différents. Ainsi, en 1672, Lord Nottingham employait le terme « *measures* »[1360] alors qu'en 1818, Lord Eldon utilisait celui de « *principles* »[1361]. F. W. Maitland en faisant référence au 17e siècle ne semble voir dans le droit qu'un *ensemble de règles* et non un ensemble de principes: « *Ellesmere, Bacon, Coventry, begin to administer an established set of rules which is becoming known to the public in the shape of reports and they begin to publish rules of procedure* »[1362].

Comme nous l'avons vu avec la *common law*, un ensemble de règles pourrait fort bien contenir des principes juridiques. Par cette étude, nous voulons mettre l'accent sur l'importance qu'on pourrait éventuellement leur donner.

Dans cet esprit, l'apport de Nottingham résiderait essentiellement, non pas dans l'élaboration d'un droit fondé sur des principes, mais dans le transfert des sources du droit de la conscience personnelle du juge vers les précédents et les acquis de la pratique de l'*equity*[1363]. Les premiers précédents seraient apparus avec la publication des jugements vers le milieu du 17e siècle[1364]. Il serait étonnant que déjà, une jurisprudence et des principes généraux non seulement aient été théorisés, mais en plus aient figuré au centre du droit de l'*equity*.

1360 « *With such a conscience as is only naturalis et interna, this court has nothing to do; the conscience by which I am to proceed is merely civilis et politica, and tied to certain measures; and it is infinitely better for the public that a trust, security, or agreement, which is wholly secret, should miscarry, than that men should lose their estate by the mere fancy and imagination of a Chancellor.* », *Cook v. Fountain*, (1672), 3 Swans 585, p. 600.

1361 « *The doctrines of this court are to be as well settled, and made as uniform almost, as those of the common law, laying down fixed principles, but taking care that they are to be applied according to the circumstances of each case. I cannot afree that the doctrines of this court are to be changed with every succeeding judges.* », *Gee v. Pritchard*, (1818) 2 Swan 403.

1362 F.W MAITLAND, *Equity - Also the forme of action at common law, Tow courses of Lectures*, 1932, p. 9, précité note 233.

1363 « *Lord Nottingham put the theory of conscience into its proper perspective when, in Cook v. Fountain (Ch. 1676), he stated that he was not ruling according to the personal conscience of any particular party litigant, of himself, or of the king, but according to the civic conscience of the English legal system. The concept of conscience as administered in the courts of equity is general and institutional; it is to be found in the established practices and precedents of the courts of equity.* [...] *Since Nottingham expounded equity doctrine in lucid and rational opinions based on precedent and since his opinions were the first to be systematically reported, he has been called 'the father of equity'.* », W. H. BRYSON, *Cases Concerning Equity and The Courts of Equity 1550-1660*, 2001, pp. xlviii-xlix, précité note 244; voir aussi: D.E.C. YALE, « Lord Nottingham and Precedent in Equity », dans: *Lord Nottingham's Chancery Cases* (1957) 73 Selden Soc. xxxvii-cxxiv; voir aussi: H. LÉVY-ULLMANN, *Éléments d'Introduction générale à l'étude des sciences juridiques. II - Le système juridique de l'Angleterre*, Tome Ier, 1928, p. 533, précité note 564.

1364 W. H. BRYSON, *ibid.*, pp. xlix-l.

En somme, il est difficile d'identifier, à travers les auteurs, la nature des énoncés qui servirent de premiers précédents. Étaient-ce des principes juridiques, de simple règles ou des exemples du passé ?

Notre lecture de W.H.D. Winder nous porte à croire qu'il ne devait pas encore s'agir de principes juridiques. Du moins, c'est ce qui semble ressortir de ses multiples citations des jugements du 17e siècle. Dans les exemples de W.H.D. Winder, les juges, dans leurs allusions aux précédents, font toujours référence aux règles appliquées à des cas particuliers antérieurs[1365]. Le but poursuivi dans la recherche des précédents aurait été, selon Winder, l'uniformité des décisions dans un contexte similaire. Cela semble aussi être l'opinion de W. H. Bryson qui montre que l'*equity* du 17e siècle aurait été assez pragmatique:

> « *The courts are constantly working out new solutions to new legal problems as society and commerce develop. This is, or should be, done within the context of existing precedents and statutes in order to avoid frustrating legitimate expectations and planning based on the established law. Old problems and solutions should not be re-litigated, in theory, because the parties should know ahead of time how the court will rule; these cases should be settled out of court* »[1366].

Le précédent dépendrait donc du contexte particulier de son application. Si bien qu'il pourrait se présenter des situations nouvelles où aucun précédent n'existerait. Ce semble être le cas par exemple des affaires *Jacobson v. Williams*[1367] ou *Morrice v. Hankey*[1368] dans lesquelles, faute de précédent, les juges s'en seraient remis à la rationalité des faits (« *the reason of the thing* »).

Les concepts de précédent et de *rule of law* semblent avoir évolué en *equity* comme en *common law*. J.H. Baker expose, à travers les commentaires et les jugements des divers chanceliers depuis le début du 16e siècle, le besoin

---

1365 *Arundel* v. *Trevilian*, (1634) 1 Can. Rep. 87; *Miller* v. *Kendrick*, (1667) Nelson 113, 115; *Bassett* v. *Nosworthy*, (1673) Rep. t. Finch 102; *Batty* v. *Lloyd* (1682) 1 Vern. 141, 142, cités dans W. H. D. WINDER, « Precedent in Equity », (1941) p. 247, précité note 1353.

1366 W. H. BRYSON, *Cases Concerning Equity and The Courts of Equity 1550-1660*, 2001, p. l, précité note 244.

1367 (1717) 1 P. Wms. 382, 384.

1368 (1732) 3 P. Wms. 146, 147.

grandissant de réduire la subjectivité des jugements au profit d'une justification plus rigoureuse[1369]. Si bien que, faisant référence à l'affaire *Galton v. Hancock* (1743), J.H. Baker écrit: « *Precedents were as binding in equity as at law, and now even the Chancery would sooner suffer a hardship than a departure from known rules* »[1370].

Toutefois, on ne semble pas encore pouvoir parler de principes juridiques s'il faut en croire le premier livre[1371] qui réunirait quatorze principes généraux de l'*equity*: « *The first book on equity was arranged around fourteen general principles of the very broadest nature, such as 'Equality is Equity' and 'Equity prevents Mischief'* »[1372]. Ces maximes semblent être davantage apparentées à des observations sur la nature de l'*equity* qu'à des règles de droit.

J.H. Baker poursuit en montrant que l'évolution de l'*equity* aurait conduit ce droit vers un ensemble de règles dont la rigueur obtenue vers le début du 19e siècle était presque aussi scientifique que celle de la *common law*: « *But the preoccupation of the court with matters of property, the high intellectual capacity of the chancellors and the leaders of the Chancery Bar, and the superior quality of reports taken in the eighteenth century, all combined to render equity as certain and as scientific as law* »[1373]. Nous ne saurions, dans cette thèse porter nos conclusions aussi loin que ce savant auteur. Néanmoins, l'opinion de J.H. Baker confirme une évolution possible de l'*equity* vers une certaine organisation.

Parmi les précédents strictement attachés aux faits particuliers, apparaissent des règles générales, qui recevront le nom de principe. Par exemple, dans l'affaire *Dent v. Bennett*[1374] le Chancelier Shadwell écrivait: « *I should not require to have quoted to me an exact precedent, but I should be guided by the principle on*

1369 Voir aussi W. H. BRYSON, *Cases Concerning Equity and The Courts of Equity 1550-1660*, 2001, p. xlix, précité note 244; W.J.V. WINDEYER, *Lectures on Legal History*, 1957, pp. 261-270, précité note 574.

1370 J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 1979, p. 94, précité note 249; voir aussi sur l'émergence de l'aspect obligatoire des précédents: W. H. D. WINDER, « Precedent in Equity », (1941) pp. 250-25, précité note 1353.

1371 R. FRANCIS, *Maxims of Equity* (1727), cité dans: J. H. BAKER, *ibid.*, p. 95.

1372 J. H. BAKER, *ibid.*, p. 95.

1373 *Ibid.*.

1374 (1835) 7 Sim. 539.

which the Court acts in cases between solicitor and client »[1375]. Le principe en cause ici semble véritablement être une règle obligatoire. Ces règles générales semblent apporter un support théorique aux jugements lorsqu'aucun précédent précis ne vient régler le problème juridique[1376]. Ici encore, il n'est pas certain dans ce cas particulier que le Chancelier Shadwell fasse référence à des principes sous forme de valeur ou sous forme de règles de droit. Cela montre à quel point la rationalité pure a pu conserver une certaine influence malgré la popularité d'autres formes d'esprit. Néanmoins, les décisions semblent chercher de plus en plus à trouver des règles générales de droit applicables en de multiples circonstances.

Ainsi, deux éléments auraient été pris en considération pour jauger la valeur d'une règle: le nombre et l'âge des décisions invoquées[1377]. Un juge aurait tendance à retenir une règle appliquée par un grand nombre de décisions. Or, en dépit d'une certaine objectivation présente dans beaucoup de règles, plus une règle pourrait s'appliquer à de nombreuses situations, plus elle serait générale, pourrions nous dire pour paraphraser H.A. Hubbard cité plus haut[1378]. Une technique cherchant, de façon rigoureuse et étoffée, à découvrir et mettre en lumière des précédents pourrait du même coup favoriser la mise en lumière des principes juridiques. Par ailleurs, le besoin de corroborer une règle avec de nombreux jugements semble pouvoir être quelque peu apparentée à la méthode scientifique d'objectivité.

En somme, plus les occasions d'utiliser une règle se multiplient plus l'existence de cette règle se confirmerait et se justifierait. Ainsi, les juges auraient tendance à rechercher et découvrir les règles existantes plutôt qu'à les inventer[1379]. Or, cette

---

1375 *Ibid.*, p. 545.

1376 « *The unquestioning resolution of Lord Northington, the measured purpose of Shadwell V.-C., and the hesitant conclusion of Langdale M.R., in extending the same principle, mark stages in the refusal of equity to allow the silence of precedent to forbid a remedy.* », W. H. D. WINDER, « Precedent in Equity », (1941) p. 254, précité note 1353.

1377 « *The two factors of importance in a course of decisions are the number and the age of the cases which constitute it. These elements are constantly stressed. But it is impossible to affirm what exact number of decisions is required or their antiquity in terms of years.* », *ibid.*, p. 259.

1378 H.A. HUBBARD, « Le processus judiciaire du « common law » », (1968) pp. 19-20, précité note 1066.

1379 Voir à ce sujet: James C. CARTER, « The Ideal and Actual in the Law », (1890) 24 *Am. Law. Rev.* 752, p. ; sa position a été contestée par John Chipman Gray (*The Nature and Sources of the Law*, 1909 / 1972, pp. 235-240, précité note 577) qui, en prenant appui sur l'arrêt *Pells* v. *Brown* (Cro. Jac. 590) en 1620, démontrait une

technique semble être plus jeune que l'avènement des précédents (début du 17e siècle). Il s'agirait d'un procédé dont on pourrait évaluer l'émergence vers le milieux du 18e siècle. Si bien qu'en 1802 Lord Redesdale écrivait dans un jugement:

> « *There are certain fixed principles on which courts of equity act which are well settled. The cases which occur are various, but they are all decided on fixed principles. Courts of equity have in these respects no more discretionary power than the courts of law. They decide new cases as they arise by the principles on which former cases have been decided, and may thus enlarge and illustrate the operation of those principles; but the principles are as fixed and certain as the principles on which the courts of common law proceed* »[1380].

Examinons si, soixante ans plus tard, des règles et des principes juridiques ont été utilisés comme source de décisions des cours d'*equity*. Ici encore, nous avons parcouru quelques décisions[1381] prises aléatoirement dans les *Law Reports*[1382]. Il nous apparaît que les précédents, lorsqu'ils sont applicables, sont vraiment utilisés comme des règles obligatoires. La seule façon de ne pas s'y soumettre semble être de démontrer que la règle ne correspond pas aux circonstances en question.

On peut voir dans les passages suivants[1383] que les vice-chancelliers se sentent liés par les règles émises dans les précédents comme dans les *statutes* à moins de

---

véritable innovation du droit par la Cour du Banc du Roi. Selon nous, cet exemple montre qu'au 17e siècle, l'esprit des juristes n'était peut-être pas encore soumis aux mêmes influences que celui des juristes ultérieurs.

1380 *Bond* v. *Hopkins*, (1802) 1 Sch. & Lef. 128, cité dans: W.J.V. WINDEYER, *Lectures on Legal History*, 1957, p. 282, précité note 574.

1381 *In re Leeds Banking Compagny*, (1865) Law Rep. 1 Eq. 1; *Talbot v. Marshfield*, (1865) Law Rep. 1 Eq. 6; *Feltom's Executors Case*, (1865) Law Rep. 1 Eq. 220; *Addinell's Case*, (1865) Law Rep. 1 Eq. 225; *Leifchild's Case*, (1865) Law Rep. 1 Eq. 231; *Churton v. Frewen*, (1865) Law Rep. 1 Eq. 238; *Notley v. Palmer*, (1865) Law Rep. 1 Eq. 241; *Pearse v. Dobinson*, (1865) Law Rep. 1 Eq. 241; *Homfray v. Fothergill*, (1865) Law Rep. 1 Eq. 567; *Duddel v. Simpson*, (1865) Law Rep. 1 Eq. 578; *Caton v. Coles*, (1865) Law Rep. 1 Eq. 581; *Hoare v. Osborne*, (1865) Law Rep. 1 Eq. 585; *In re Wootton's Estate*, (1865) Law Rep. 1 Eq. 589.

1382 *Law Reports - Chancery Appeal Cases*, G.W. Hemming (ed.), Vol. I - 1865-6, London: William Clowes ans Sons, 1866; *Law Reports - Equity Cases*, G.W. Hemming (ed.), Vol. I - 1865-6, London: William Clowes ans Sons, 1866. Notons que ces recueils ne reflètent pas complètement la réalité des décisions car ils ne les transcrivent pas dans leur intégralité.

1383 Nous n'avons cité que les plus courts. Quelques textes, par ailleurs, présentaient une analyse exclusivement factuelle ou ne faisaient état que des arguments des parties, sans imprimer les arguments du juge.

démontrer, le cas échéant, que les faits qui leur sont soumis ne se prêtent pas à l'application de la règle:

« *the Court has no right to strech the powers intended to be conferred by the Legislature. (...) It is however, to be observed that that case turned upon a totally different clause in the Winding-up Acts of 1848, and non constat that the same principle would apply to the present case.* »[1384];

« *The Vice-Chancellor, on the authority of that case, made the order as asked by the petition, without requiring a disentailing deed.* »[1385];

« *The reasoning and the grounds of decision in* Kinsey v. Kinsey *do not in the smallest degree apply to such a case as this.* »[1386];

« *The cases cited don't appear to me to apply to this case;* »[1387];

« *The cases which have been cited clearly determine that a gift of a sum of money for the repair of a grave or tomb without reference to the distinction whether in a church or not, is void, not being a charity; and those decisions I must follow.* »[1388];

« *This is in truth only the same equity as is commonly applied to cases of ecclesiastical leases which have been granted on fines.* »[1389];

Notons que dans les situations où les juges décident de ne pas appliquer une règle contenue dans un précédent, ils ne semblent remettre en question la règle ou son caractère obligatoire que rarement[1390], s'attaquant plutôt à l'étendue de son application.

1384 *Feltom's Executors Case*, (1865) Law Rep. 1 Eq. 220, (Vice-Chancellor Kindersley) p. 225.
1385 *Notley v. Palmer*, (1865) Law Rep. 1 Eq. 241, (Vice-Chancellor Kindersley) p. 241.
1386 *Pearse v. Dobinson*, (1865) Law Rep. 1 Eq. 241, (Vice-Chancellor Kindersley) p. 247.
1387 *Caton v. Coles*, (1865) Law Rep. 1 Eq. 581, (Vice-Chancellor John Stuart) p. 584.
1388 *Hoare v. Osborne*, (1865) Law Rep. 1 Eq. 585, (Vice-Chancellor Kindersley) p. 587.
1389 *In re Wootton's Estate*, (1865) Law Rep. 1 Eq. 589, (Vice-Chancellor Kindersley) p, 592.
1390 Ce semble être le cas dans l'affaire *Pearse v. Robinson* (précitée note 1357) dans laquelle le Vice Chancellier R.T. Kindersley après avoir examiné la décision de l'affaire *Kinsey v. Kinsey* (2 Ves. Sen. 577) semble douter de l'interprétation qu'on en fait: « *That is the way in which the supposed rule originated. Now it appears to me that the decision of Lord Harwicke in* Kinsey v. Kinsey, *not only affords no warrant for the general rule laid down in the text-books, but that it has no application to the case now before the Court*, [...] », (p. 246).

En ce qui concerne les principes juridiques, le juge Turner semble reconnaître implicitement leur existence en refusant l'application d'un tel principe dans l'affaire *Imperial Bank of China, India and Japan v. Bank of Hindustan, China, and Japan*: « *This is as special enactment (section 69 of the* Compagnies Act, *1862) under a special state of circumtances, and cannot be governed by any general rule which has reference to a different state of circumstances, and the rule of the Court does not apply to this case* »[1391].

En somme, l'évolution de l'*equity* semble prendre la même tournure que celle de la *common law*. Les précédents apparus vers le 17e siècle auraient été de simples exemples juridiques utilisés en raison de leur similarité avec des causes ultérieures. Au 18e siècle, dans un souci de stabilité juridique, les précédents auraient commencé à devenir de véritables règles de droit[1392]. On peut donc penser qu'ils auraient aussi pu acquérir parfois une certaine généralité en sortant de leur application d'origine. On semble donc pouvoir envisager l'émergence progressive de principes juridiques en *equity* vers la fin des Lumières comme cela semble avoir été le cas avec la *common law*. Reste à vérifier si ces principes ont pu avoir été placés au centre du système de création et d'interprétation des règles.

b) Les réformes du 19e siècle et les principes

Les réformes du début du 19e siècle touchèrent l'ensemble du système judiciaire sans épargner la Chancellerie (*Court of Chancery*). Après une certaine résistance aux changements due à Lord Eldon[1393], la Chancellerie a vu poindre du

---

1391 (1866) Law Rep. 1 Ch. A.C. 437, pp. 438-439; voir aussi l'affaire *In re London and North Western Railway Act, 1861. Ex parte Corporation of Liverpool*, (1866) Law Rep. 1 Ch. A.C. 596, p. 598, dans laquelle le juge Turner réitère ce refus dans les mêmes circonstances.

1392 « Lord Eldon, [...] Chancelier au début du XIXe siècle (1801-1806, 1807-1827), par la scrupuleuse application avec laquelle il confronta les principes et les espèces, contribua, dans l'esprit des *lawyers*, à conférer aux *rules of Equity* une valeur d'autorité identique à celle qui s'attachait aux *rules of law*. », H. LÉVY-ULLMANN, *Éléments d'Introduction générale à l'étude des sciences juridiques. II - Le système juridique de l'Angleterre*, Tome Ier, 1928, p. 534, précité note 564.

1393 Cette résistance était peut être justifiée par le fait que la Chancellerie fut depuis le début une source de revenus importante grâce aux frais exorbitants dont dépendait tout cette administration.: « *The second main cause of the trouble was the dependency of the Chancery officials on the fee system. Most of the hundreds of clerks were remunerated by fees paid for individual tasks. Many of the fees seem extortionate in retrospect, and the standards of morality in that respect were too flexible. Two distinguished chancellors (Bacon and Macclesfield) were dismissed for accepting 'presents', but their subordinates made gifts almost respectable.*

renouveau, en 1833, avec la nomination du nouveau chancelier: Lord Brougham. Il fut à la chancellerie un promoteur ardent de réforme. Si bien qu'à force de remaniements[1394], la structure de la chancellerie pouvait ressembler à celle des *Common Courts* avec la présence de plusieurs juges (1841)[1395], plusieurs instances (1851)[1396], une procédure simplifiée (1850-60)[1397]. Cette nouvelle procédure permit finalement de concevoir la réunion des Cours de Chancellerie avec les Cours de *common law*, en 1873[1398]. Après 1875, les tribunaux de *common law* devaient désormais appliquer l'*equity*. Ils devaient même soumettre les règles de *common law* aux principes de l'*equity*. George Tucker Bispham, dans un traité sur les principes de l'*equity*, écrit quelques années après la réforme:

> « *It will be observed that, by the provisions of this act, the principles of justice, as administered in the Court of Chancery, have been made to pervade the whole mass of English jurisprudence, and that in fact, by the rules growing out of those principles, all questions of justice in England are hereafter to be determined* »[1399].

Cette affirmation est quelque peu étonnante si l'on est prêt à envisager que l'*equity* puisse être considérée comme un ensemble de règles précises au même titre que la *common law*. En effet, compte tenu du caractère complémentaire (non concurrent) des règles de l'equity vis-à-vis les règles de *common law*, il serait difficilement imaginable que les règles de la *common law* aient pu être soumises d'une quelconque façon à celles de l'*equity*.

Gold or silver could open paths through the Chancery morass, and by long usage many 'presents' became fees which could be demanded as of right with an untroubled conscience. [...] Lord Eldon was Lord Chancellor from 1801 to 1827 and has borne much of the blame for the state of affairs over which he presided. He was so renowned for procrastination that his court was said to be court of 'oyer sans terminer'. [...] Even a simple matter could take five years to determine, and vast fund - £39 million - moulderd in court, out of human dominion, the remains of undecided cases and wrecked fortunes. », J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 1979, p. 96, précité note 249.

1394 R.J. WALKER, *The English Legal System*, 1980, p. 76, précité note 1165; voir aussi: H. LÉVY-ULLMANN, *Éléments d'Introduction générale à l'étude des sciences juridiques. II - Le système juridique de l'Angleterre*, Tome I[er], 1928, pp. 542-545, précité note 564.

1395 *Court of Chancery Act*, (1841) 5 Vic., c. 5.

1396 14 & 15 Vic., c. 83.

1397 *Court of Chancery Act*, (1852) 15 & 16 Vic., c. 80; *Chancery Amendment Act*, 16 & 16 Vic., c. 87; 15 & 16 Vic., c. 87.

1398 G. CROSS et G.D.G. HALL, *The English legal system*, 1964, pp. 270-277, précité note 125; R.J. WALKER, *The English Legal System*, 1980, p. 75, précité note 1165; G. T. BISPHAM, *Principles of Equity: a Treatise on the System of Justice Administred in Courts of Chancery*, 1882, p. 18, précité note 251.

1399 G. T. BISPHAM, *ibid.*, p. 19.

En revanche, on comprend qu'un ensemble de principes généraux s'apparentant à des valeurs de justice puissent inspirer les règles de *common law*. Or, ce ne semble pas être le cas des règles d'*equity* elles-mêmes. Nous comprenons donc que, dans ce passage, George Tucker Bispham ne fait pas allusion aux règles d'*equity*, mais à des valeurs de justice à l'origine de ses règles. Ce serait donc à cette forme de principes à laquelle devait se soumettre la *common law* plutôt qu'aux règles d'*equity* proprement dites, eussent-elles été des principes juridiques.

En fait, l'impact des réformes sur lequel nous voudrions mettre l'accent, comme nous l'avons vu plus haut avec la *common law*, fut d'instaurer une justice hiérarchisée par un système d'appel[1400]. De cette façon, les tribunaux inférieurs auraient été liés par les décisions des cours supérieures[1401]. Un seul précédent d'une cour supérieure pouvait suffire à affirmer et imposer un principe de droit[1402].

La réforme de la *Judicature Act* ayant joint les tribunaux d'*equity* et de *common law*, nous ne poursuivrons pas plus avant notre exposé en supposant que les mêmes tribunaux ont pu apporter la même façon de faire en *common law* et en *equity*.

Avant de conclure, un mot pour dire que la réforme, si elle permit de constituer une structure hiérarchique des tribunaux, peut-être plus adaptée à la forme d'esprit de cette époque, pouvait aussi avoir d'autres buts. Par exemple, le besoin de réforme semblait être devenu criant sous Lord Eldon alors que l'*equity* était une grosse administration inefficace et corrompue, engraissant le trésor personnel du Chancelier[1403]. La volonté de mettre fin à la corruption ou de mettre

---

1400 H.A. HUBBARD, « Le processus judiciaire du « common law » », (1968), précité note 1066.

1401 Par exemple, dans l'affaire *Robson v. Whittingham*, ((1866) Law Rep. 1 Ch. A.C. 437), le juge James Lewis Knight Bruce (Lord Justice) écrit à la p. 444: « *It appears to me that if* Clarke v. Clark, *had been decided before the hearing of this cause by Vice-Chancellor Kindersley, and if the observations of the Lord Chancellor in that case had been brought under the attention of the Vice-Chancellor, he would very probably have decided otherwise.* » À la même page, le juge George James Turner (Lord Justice) semble affirmer le caractère obligatoire des décisions des instances supérieures avec plus d'acuité: « *I am perfectly satisfied that if the cases of* Clarke v. Clark, The Curriers Compagny v. Corbett, *and* Durell v. Pritchard, *had been determined before the case came before the Vice-Chancellor, and had been brought to his attention, he would not have the decree appealed from. Right or wrong, those authorities must govern the Court;* [...] ».

1402 W. H. D. WINDER, « Precedent in Equity », (1941) pp. 263-268, précité note 1353.

1403 Lord Eldon entre sa pratique privée et plus tard avec « [...] *the emoluments of the chancelorship he amassed a considerable fortune.* ». [...] « *In Eldon's time the defects and abuses which had long existed in Chancery*

un terme au coût exagéré des procès sont des facteurs socio-économiques qui ont pu aussi stimuler le besoin de réforme.

Nous concluons que l'*equity* a pu suivre une évolution semblable à celle de la *common law*. Son droit, parti de la conscience des juges, aurait progressivement accordé de l'importance aux règles et aux précédents pour finalement, mettre au jour de nombreux principes. Cette évolution se serait réalisée de façon autonome et indépendante (concurrente même à certains égards) de celle de la *common law*. Pourtant l'*equity* semble avoir elle aussi accordé un rôle accru aux principes de droit au début du 19e siècle. Au milieu du 19e siècle la volonté de réorganiser et de joindre les tribunaux d'*equity* et de *common law* ne pouvait être empêchée par deux structures et deux mécaniques intellectuelles différentes. Différents principes de droit pouvaient être appliqués par un même tribunal[1404].

3. Les réformes du *statute law*

L'aspect sur lequel nous nous pencherons dans l'analyse du *statute law* est naturellement la législation comme telle, c'est-à-dire l'ensemble des *Statutes* et *Acts*.

John Locke (1632-1704) considérait que les « lois municipales des pays, (...), ne sont justes, qu'autant qu'elles sont fondées sur la loi de la *nature*, selon lesquelles elles doivent être réglées et interprétées »[1405]. Il semble difficile *a priori* de voir en Locke un positiviste juridique cent ans avant l'heure. Bien qu'il employait souvent le terme de *loi positive*, il n'a pas défini la *loi*. Nous avons vu dans notre deuxième partie que, dans la réalité juridique de cette époque (17e siècle), les lois ont pu

---

became intolerable. A Chancery suit was a thing to be avoided by a poor man at all cost. Useless technicalities, the antiquated, inefficient and complicated manner of taking evidence, the absurd form of the pleadings and the high fees which had to be paid to idle court officials all combined to make a Chancery suit long drawn out and very costly business which Dickens described in Bleak House. », W.J.V. WINDEYER, *Lectures on Legal History*, 1957, p. 267 et pp. 268-270, précité note 574.

1404 « *Although the rules of law and equity are administered together in all courts and there can be no collision between them, they remain distinct system of doctrine; and, therefore, different principles are applicable depending on whether the relief sought is legal or equitable.* », W.J.V. WINDEYER, *Lectures on Legal History*, 1957, p. 290, précité note 574.

1405 J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, 1984, p. 181, précité note 118.

avoir un effet marginal. René David, en 1948, semblait d'avis que la loi avait d'ailleurs conservé un caractère secondaire:

> « L'activité législative, à l'heure actuelle, est à peu de chose près aussi intense en Angleterre qu'en France, et néanmoins, malgré toutes les lois nouvelles qui sont promulguées, il reste vrai et l'on continue à juste titre d'affirmer que l'Angleterre est un pays de droit non écrit. (...) Il en résulte que, dans la mesure où elle prétend créer des règles de droit, la loi écrite n'a jamais que la valeur d'une disposition exceptionnelle, d'une dérogation, plus ou moins permanente, aux principes du droit »[1406].

Nous comprenons ici que René David ne semblait pas voir le *statute law* comme le berceau des principes juridiques anglais. Pierre Issalys semble confirmer cela dans son analyse du système anglais et de la Révolution de 1689:

> « Malgré la persistance de la common law comme source première du droit anglais, la période révolutionnaire marque donc l'avènement d'une conception rationaliste de la loi comme règle publique, générale et uniforme de direction des conduites humaines. Certes, cette vocation de la loi à *l'imperium* restera très largement latente, en Grande-Bretagne, pendant un siècle et demi. La *statute law*, expression de la souveraineté du Parlement, se trouvait verrouillée par un dispositif institutionnel et une combinaison d'intérêts assurant la préservation et l'autonomie de la common law »[1407].

Dans ce contexte, il aurait été difficile pour le législateur anglais de façonner les lois autour des principes du droit; « (c)ette attitude est d'une importance extrême, parce qu'elle n'est pas compatible avec l'idée même de codification »[1408]. Encore à la fin du 18e siècle, William Blackstone semblait accorder une large discrétion aux tribunaux pour interpréter la législation. En effet, selon W. Blackstone, ceux-ci semblaient envisager la loi dans tout son contexte juridique

---

[1406] R. DAVID, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, 1948, p. 100 et p. 102, précité note 15.
[1407] P. ISSALYS, « La loi dans le droit: tradition, critique et transformation », 1993, p. 194, précité note 150.
[1408] R. DAVID, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, 1948, p. 115, précité note 15.

incluant les autres lois et aussi, à l'occasion, utiliser leur bon sens en tenant compte des conséquences de leur interprétation[1409].

Au 19e siècle pourtant, le Parlement aurait ressenti le besoin de mettre un terme à cet état de chose qui limite son pouvoir: « Pour écarter les abus de cette interprétation restrictive, qui prévaut en Angleterre, certaines lois (*Interpretation Acts*) sont également intervenues, en 1850 notamment et en 1889 (...). Ces lois ont fixé différents principes d'interprétation des lois écrites: décidé par exemple que dans toute loi le mot employé au masculin peut être lu aussi au féminin, le mot employé au pluriel peut être lu aussi au singulier et le mot employé au singulier lu au pluriel »[1410].

Même si ces observations touchent la deuxième moitié du 19e siècle, la volonté d'affirmer l'importance de la législation se serait déjà manifestée au début du siècle. René David écrit, qu'en 1800, une commission officielle fut constituée « pour publier les lois qui étaient en vigueur: ainsi furent publiées, de 1810 à 1828, les *Statutes of the Realm* (lois du Royaume) reproduisant en onze volumes *in folio* les lois anglaises de la Grande Charte (1215) à 1713. Toutes les lois anglaises s'y trouvent, en principe, rapportées, la commission n'ayant pas eu égard au fait que les différentes lois avaient été abrogées depuis leur promulgation »[1411]. Il est difficile, à ce stade, de proposer un lien quelconque entre ce nouveau rapport à la loi et une influence de l'esprit scientifique. Ici encore, la volonté de simplifier et prendre le contrôle de l'interprétation des lois pourrait tout aussi bien traduire une volonté politique. Cette explication n'est, toutefois, pas forcément contradictoire avec l'explication proposant une adaptation de la législation à une nouvelle mentalité.

1409 « *Blackstone took a broad view of the context of a statute. For him it include the preambule and other laws made by the same legislator "that have some affinity with the subject, or that expressly relate to the same point". [...] Blackstone is simply making the point that, when considering whether to adopt a particular interpretation, a court is entitled to have regard to its consequences. [...] [He] was stating what is now frequently spoken of as the "golden rule" of statutory interpretation: when the literal meaning of the words produces an absurd result, it must yield to common sense.* », R. CROSS, « Blackstone v. Bentham », (Oct. 1976) pp. 521 et 522, précité note 1187; W. BLACKSTONE, *Commentaires sur les lois anglaises*, Tome I, 1822, pp. 138-149, précité note 122.

1410 R. DAVID, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, 1948, p. 111, précité note 15.

1411 *Ibid.*, pp. 246-247.

L'influence d'un esprit scientifique sur la législation semble apparaître peut-être plus tangiblement à travers les efforts de Jeremy Bentham. « Les campagnes de Bentham pour la codification provoquèrent, vers 1830, le désir de simplifier la tâche des juristes anglais, en publiant une édition révisée des lois anglaises, ne comportant que celles de ces lois qui étaient effectivement en vigueur »[1412]. Il est étonnant de voir, chez certains acteurs du *common law* anglais, un désir de codification. Cette volonté aurait même traversé l'Atlantique selon Sylvio Normand qui attribue à Jeremy Bentham une part de l'initiative nord-américaine de codifier son droit statutaire:

> « L'entreprise (de codification) bas-canadienne n'était pas la seule en son genre en Amérique du Nord. Aux États-Unis, des juristes voyaient également dans la codification un moyen de clarifier le droit. En cela, ils étaient certainement influencés par les travaux de Jeremy Bentham qui, en Grande-Bretagne, s'en était pris au fatras de la *common law* et avait vanté les mérites de la codification »[1413].

Les projets de codifier le *statute law* n'ont pas abouti[1414], mais l'état d'esprit semblait tout de même présent chez les juristes de cette époque[1415]. « La fin que se propose Bentham, est de fonder l'art de la législation sur une science objective

---

1412 *Ibid.*, p. 247; voir aussi à propos de la philosophie de Bentham en faveur d'une codification: M. A.-E.-H. EL SHAKANKIRI, *La philosophie juridique de Jeremy Bentham*, 1970, précité note 150.

1413 S. NORMAND, « La codification de 1866: context et impact », 1993, p. 58, précité note 976.

1414 « Dans l'État de New-York, un projet de Code civil fut rédigé sur le modèle du code français par David D. Field (*The civil code of the State of New York*, Albany: Weed, Parsons & Co, 1865, cxii, 776 p.); il ne devint cependant pas loi. », S. NORMAND, *ibid.*, p. 58; Quelques dispositions relatives au contrat furent néanmoins conservées dans plusieurs États: « *The New York legislature rejected Field's code, but the code's contract provisions were enacted in California, Georgia, Montana, the Dakotas, and Idaho. After the Civil War (1861-1865), interest in "theoretical extravagances" such as codification seems to have died out. In retrospect, we know that interest in codification had gone underground; both the United States' particular brand of constitutionalism and the complexities of American society and economy stimulated new efforts to systematize private law.* », S. HERMAN, « The Fate and Future of Codification in America », 1996, p. 113, précité note 1150.

1415 « *The nineteenth century was the age of codification in most countries of Europe. The demand that the laws should be reduced to a code arose from two factors, firstly the need for uniformity of law, secondly the need for a rational and systematic law. England felt only the second of these needs.* [...] '*The age of law reform and the age of Jeremy Bentham are one and the same,' said Brougham. The statement is true if it be read as meaning that it was Bentham's influence which produced the great nineteenth century reforms in English law. But it is untrue if it suggests that these reforms were accomplished during Bentham's lifetime. Jeremy Bentham was born in 1748. He died in 1832. The full flood of English law reform did occur until after his death.* », W.J.V. WINDEYER, *Lectures on Legal History*, 1957, pp. 271 et 277, précité note 574.

des actions humaines »[1416]. Ainsi, en réaction à la « collection des "statuts" parlementaires, votés sans réflexion et rédigés sans méthode »[1417] il professerait une systématisation des *statutes* en les regroupant dans un ordre simple et logique. Il ne s'agirait plus d'une compilation, mais bien d'une synthèse[1418]. Pourtant, en dépit de cet état d'esprit, l'Angleterre n'a pas non plus édicté de code. Cela ne veut pas dire que le *statute law* est resté inchangé. Cela ne veut pas dire non plus que les juristes anglais n'étaient pas prêts pour une réforme, au contraire: « *his enthusiasm for the cause of law reform had a great influence* »[1419]. La philosophie nouvelle de J. Bentham semble être un bon indicateur de la mentalité de ses compatriotes à la fin du 18e siècle:

> « L'exigence d'une codification rationnelle et systématique situe Bentham avec les auteurs de l'École du droit naturel moderne. Les travaux de ces deux tendances philosophiques sur la systématisation du droit, caractérisent - dit N. Poulantzas[1420] à la suite de Max Weber[1421] et de nombreux autres auteurs[1422] - la pensée juridique occidentale de cette époque. (...) l'idéalisme des utilitaires rencontre sur ce point, l'idéalisme des jusnaturalistes de l'époque des Lumières »[1423].

Il faut ici souligner la présence d'un état d'esprit commun aux deux grandes tendances de la philosophie du droit. Cet état d'esprit semble pousser le juriste

---

1416 « Pour fonder « scientifiquement » l'art en question, il fallait d'abord fonder la psychologie comme science, détruire l'« illusion » du libre arbitre, réduire tous les phénomènes de la vie mentale à des relations constantes, en quelque sorte mécaniques. [...] Or, à partir du moment où l'on nie le principe de la liberté humaine, où l'on prétend réduire tous les motifs qui déterminent les actions à un seul: chercher le plaisir et fuir la peine, le pont entre la psychologie associationniste ou scientifique et la morale sera franchi (la morale deviendra ainsi une science subalterne de la psychologie). La matière du travail du moraliste, du législateur, sera le calcul des plaisirs. C'est pourquoi Bentham considère sa méthode arithmétique comme la seule dont l'utilisation aboutisse à des résultats scientifique. », M. A.-E.-H. EL SHAKANKIRI, *La philosophie juridique de Jeremy Bentham*, 1970, p. 277, précité note 150.

1417 *Ibid.*, pp. 288-289.

1418 « *The civil code would not consist of a collection of civil laws, each complete in itself [...]. But the civil code would consist chiefly of mere masses of expository matter.* », Jeremy BENTHAM, *An introduction to the principles of morals and legislation*, Londres: University of London, Athlone Press, 1970, p. 306.

1419 W.J.V. WINDEYER, *Lectures on Legal History*, 1957, p. 278, précité note 574.

1420 Nicos Ar. POULANTZAS, *Nature des choses et droit: essai sur la dialectique du fait et de la valeur*, Bibl. de philosophie du droit, Paris: L.G.D.J., 1965, pp. 256 et ss.

1421 Max WEBER, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, trad. J. Chavy, Paris: Plon, 1964, pp. 23 et ss et 81 et ss..

1422 Entre autres: J. GROSCLAUDE, *La sociologie juridique de Max Weber*, thèse, Faculté de Droit, Strasbourg, 1960; « Max Weber et le droit naturel », (1961) *A.D.P.* 111; G. LUKACS, *Histoire de la conscience de classe*, Paris, 1960, p. 124; SCHUMPETER, *Capitalisme, socialisme et démocratie*, Paris: Payot, 1963, pp. 172 et ss.

au changement vers une systématisation des règles de droit. On pourrait peut-être voir en cela l'empreinte d'une influence de l'esprit scientifique. Nous allons mettre en évidence, dans les prochaines lignes, quelques aspects de la nature des changements du *statute law*.

D'un point de vue pratique, Henri Lévy-Ullmann explique que de 1485 à 1800, les collections imprimées des *statutes* étaient nombreuses et incomplètes: « Jusqu'en 1600, on compte plus de trois cents éditions ou impressions diverses de Statuts »[1424]. À cette époque sous l'impulsion entre autres de Francis Bacon on fit des projets pour compiler l'ensemble du droit anglais[1425]. Aucun des projets n'auraient abouti « avant la période contemporaine, où les *desiderata* engendrés par l'intense mouvement législatif postérieur au *Reform Bill* de 1832 trouvèrent satisfaction dans les importantes mesures prises, depuis l'ouverture de cette période, pour améliorer le *Statute Law*, notamment: la publication officielle périodique, la « *revision* », la « *consolidation* » et la « *codification* », (...) »[1426]. Mais avant cela, « le plus grand désordre va régner jusqu'en 1800, époque où la *Record Commission* constituée sur la recommandation de la Chambre des Communes clôturera la période traditionnelle du *Statute Law* par une publication incomplète, mais d'une importance considérable: les *Statutes of the Realm* »[1427]. Il semblait s'agir d'un mouvement sans précédent de révision impliquant quelques commissions de 1796 à 1800[1428] lesquelles se multiplièrent par la suite et le rythme

---

1423 M. A.-E.-H. EL SHAKANKIRI, *La philosophie juridique de Jeremy Bentham*, 1970, pp. 289-290, précité note 150.

1424 H. LÉVY-ULLMANN, *Éléments d'Introduction générale à l'étude des sciences juridiques. II - Le système juridique de l'Angleterre*, 1928, p. 421, précité note 564.

1425 Dans le cas de Francis Bacon, considérant la nature de son projet décrit ci-dessous, le terme de compilation semble être plus approprié que celui, souvent utilisé, de codification: « *Bacon as Attorney-General in 1614, proposed a codification consisting of: (i) an institutional part consisting of a book of principles, a treatise on maxims, and a law dictionary; (ii) a new abridged problems collected for immidiate resolution; (iii) a statute code. Apart from a survey of statutes, nothing resulted two centuries later in 1823, when Westbury, as Lord Chancellor, proposed a reduction and purification if the reported case law into a digest of acceptable authoritative principles and rearrangement of statutes under proper heads* », B. DONALD, « Codification in Common Law Systems » (1973) p. 162, précité note 1126; On remarquera l'analogie avec la « codification » de Justinien: i) les *Institutes*, manuel à l'intention des étudiants; ii) le Digeste, solutions juridiques apportées par les jurisprudents; iii) le Code, compilation de l'ensemble des lois. Bref, il y a peu en commun avec les codifications de la fin du 18e siècle.

1426 H. LÉVY-ULLMANN, *Éléments d'Introduction générale à l'étude des sciences juridiques. II - Le système juridique de l'Angleterre*, 1928, p. 423, précité note 564.

1427 *Ibid.*, p. 419.

1428 « *In 1796 and 1799 the confused state of the statute book induced the House of Commons on the motion of Charles Abbott (afterward Speaker and later Lord Colchester) to appoint a committee to inquire into the subject of expiring laws, and to make recommendations as to their continuance or revival; and in 1796 Abbott persuaded the House to appoint a committee to inquire into the defective methods of promulgating the statutes.*

de leur création ne semble pas avoir baissé durant la première moitié du 19e siècle[1429]. En 1800, la Chambre des Communes et la *Record Commission* « entreprirent de publier une édition complète des statuts. Les Commissaires ne poussèrent pas leur travail jusqu'au bout, et publièrent, entre 1810 et 1825, neuf volumes in-folio portant le titre de *Statutes of the Realm* et couvrant une période allant de 1235 (*Statute of Merton*) à 1713 (dernière année du règne de la reine Anne) »[1430]. Ces travaux permirent aussi de passer, en 1825, douze lois de « *consolidation* » sur toutes sortes de sujets, et, selon W.S. Holdsworth: « *This series of twelve statutes was by far the greatest feat in the consolidation of the statute law that had ever been made* »[1431]. Dans le même élan, d'autres lois du même type furent édictées jusqu'en 1832. Chacune de ces lois abrogeait de nombreuses lois anciennes considérées désuètes[1432].

Bien qu'imparfaite et sujette à de nombreuses critiques justifiées, cette œuvre semble marquer un tournant dans l'histoire du *statute law*. Il ne s'agissait pas d'une simple compilation, mais d'une volonté de circonscrire la réalité des *statutes* du 19e siècle. On semble vouloir une vue d'ensemble claire et fidèle de la réalité législative. Un reproche sera fait à ce sujet concernant la partie de la réforme touchant la période du début du règne d'Edouard III: « Or non seulement il s'agit, dans ces fragments, de textes d'époque antérieure à Édouard II (et même à Édouard Ier), mais il a été démontré que les fragments incorporés sont beaucoup plus des extraits d'anciens ouvrages (Glanville, les *Brevia placitata*, etc.) que des Statuts proprement dits »[1433]. En dépit des imperfections, le vaste[1434]

In 1800 he persuaded the House to appoint a committee on the public records, which led to the appointment of the Record Commission, and the publication by it of a more complete authoritative edition of statutes than had ever been published before. », W.S. HOLDSWORTH, « The Movement for Reforms in the Law (1793-1832) », (1940) p. 34, précité note 1168.

1429 « *From 1800 to 1831, 'somme sixty or more commissions of inquiry were appointed, some with statutory authority, most without'.* », *ibid.*, pp. 46 et 48.

1430 H. LÉVY-ULLMANN, *Éléments d'Introduction générale à l'étude des sciences juridiques. II - Le système juridique de l'Angleterre*, 1928, p. 423, précité note 564.

1431 W.S. HOLDSWORTH, « The Movement for Reforms in the Law (1793-1832) », (1940) p. 35, précité note 1168.

1432 Par exemple: « *In 1832 the law as to coinage offences was consolidated and amended by a statute which repealed 35 statutes or parts of statutes.* », *ibid.*, p. 36.

1433 H. LÉVY-ULLMANN, *Éléments d'Introduction générale à l'étude des sciences juridiques. II - Le système juridique de l'Angleterre*, 1928, pp 424-425, précité note 564.

1434 D'importants domaines du droit n'auraient cependant pas été abordés: *The state of the statute book; The law of deptor and creditor; The criminal law; Ecclesiastical law; Equity and allied topics*, voir W.S. HOLDSWORTH, « The Movement for Reforms in the Law (1793-1832) », (1940) pp. 34-48, précité note 1168.

mouvement de réforme dénote, encore une fois, le besoin de changement; peut-être aussi le besoin d'adapter le droit (les *statutes* en l'occurrence) à la nouvelle mentalité:

> « (...) le Parlement s'est vu dans l'obligation de revoir à intervalles réguliers quels étaient éventuellement les statutes qu'il y avait lieu d'abroger, voire que l'on avait oublier d'abroger (repeal). Engagée dès la deuxième moitié du XIXe siècle et reprise en fonction des besoins, cette révision des Statute Books a conduit littéralement à l'abrogation de milliers de lois »[1435].

Il s'agirait d'une mise à jour de la législation plus qu'un souci d'alléger les recherches relatives à la législation (objectif des réformes de Francis Bacon en 1616[1436]). En fait, le besoin naissant[1437] de mise à jour semble traduire un changement dans la façon d'appréhender le droit. Les règles ne semblent plus être universelles de la même façon; elles semblent pouvoir dorénavant être considérées comme périmées. En corollaire, le droit devrait être représentatif de la réalité vécue; laquelle pourrait changer et les règles avec elle. Dans ces circonstances, la compilation serait dépassée.

Nous limiterons nos observations à cet aspect du droit légiféré.

Notons tout de même avant de conclure qu'il serait possible d'envisager que la structure des lois ait pu, elle aussi, subir des influences, notamment de l'esprit scientifique. W.J.V. Windeyer a noté un changement dans la structure des lois anglaises entre le 18e et le 19e siècle:

> « *Concurrently with the reorganisation of the courts and the reform of adjective law, there was a continuous process of reform of the substantive law by legislation. Indeed, legislation itself was reformed.*

1435 H.A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Introduction à l'esprit et à l'histoire du droit anglais*, 1977, pp. 94-95, précité note 223.

1436 « *He wished merely to arrange and prune the sources of law in order to simplify research.* », J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 1979, p. 250, précité note 249.

1437 « *The many reforms effected by judicial decision and statute before the nineteenth century were sometimes sweeping but rarely if ever radical, and seldom the result of a planned programme of change. They usually presupposed and followed established reasonning and known concepts.* », *ibid.*, p. 243.

The statutes of the later nineteenth century are often lengthy enactments; but in form and language and arrangement of sections they are radically different from the proxility of so much of the legislation of the eighteenth century and earlier times »[1438].

Ainsi existerait une possibilité pour que d'autres aspects de la législation aient pu être influencés par l'esprit scientifique. Toutefois, nous pensons que les réformes de synthèse du *statute law* du 19e siècle semblent pouvoir être considérées comme une manifestation importante permettant d'entrevoir une possible influence de l'esprit scientifique dans ce champ du droit anglais.

En conclusion, le *statute law* a pu être pendant longtemps une source prioritaire certes, mais peu utilisée par les juges et les avocats. En dépit du respect constitutionnel dû au parlement, le *statute law* serait resté, jusqu'au 19e siècle, un outil complémentaire de la *common law* et de l'*equity*. La législation n'aurait donc pas contenu pas les fondements du droit anglais. Ainsi, malgré un changement possible dans la structure de pensée des juristes, on ne pouvait s'attendre à un remaniement des lois autour des principes du droit, car ceux-ci en auraient été quasiment absents. Toutefois, dès la fin du 18e siècle, une volonté de révision et de synthèse des lois semble faire son apparition. On aurait voulu adapter la législation à la réalité. Ce travail aurait été entrepris, dans presque l'ensemble des textes, par un travail assidu de dizaines de commissions.

Mais, comme pour la *common law* et l'*equity*, les excès de la Révolution française auraient peut-être entretenu les juristes anglais dans un conservatisme. Si bien qu'on peut observer un certain décalage entre les réformes et la fin des Lumières. Celles-ci survinrent timidement au début du 19e siècle pour prendre de l'ampleur avec les années. Dans un esprit que nous pouvons comparer à de la synthèse inductive[1439], de nombreuses lois désuètes se trouvèrent abrogées en partie ou en totalité au profit de lois plus compactes et plus actuelles. Nous

---

1438 W.J.V. WINDEYER, *Lectures on Legal History*, 1957, pp. 290-291, précité note 574.

1439 Ce n'est peut-être pas une coïncidence que les principaux artisans de ces réformes auraient été des amis et discliples de Bentham (voir W.S. HOLDSWORTH, « The Movement for Reforms in the Law (1793-1832) », (1940) pp. 208-228, précité note 1168).

voyons donc dans ces réformes, ici encore, une marque possible de l'influence l'esprit scientifique.

4. conclusion

Tout comme les droits français et québécois, le droit anglais semble avoir été marqué, à certains égards, par l'influence de l'esprit scientifique, vers la même époque. Vers le début du 19e siècle, les trois grandes sources du droit anglo-saxon (*common law, equity* et *statute law*) semblent toutes trois avoir subi des changements importants.

En effet, une restructuration de l'administration de la justice a débuté au début du 19e siècle pour aboutir en 1873-75 en une réforme majeure. La grande majorité des instances judiciaires ont ainsi été restructurées en un système hiérarchique d'appel. Cette organisation inédite pouvait donner une position avantageuse aux cours supérieures et leur permettait, grâce à l'émergence récente de la règle du *stare decisis*, d'imposer des règles générales aux tribunaux inférieurs. Forte de ce nouvel agencement hiérarchique, on peut penser que la recherche d'une harmonie entre les principes juridiques pouvait permettre aux cours supérieures d'organiser le droit « jurisprudentiel »[1440]. Cependant, nous n'avons pas montré, dans cette thèse, l'existence réelle d'une organisation logique de la *common law* ou de l'*equity*. En revanche, nous avons pu constater la présence de plusieurs indices laissant croire qu'à cette époque existait dans la jurisprudence et la doctrine une volonté d'organiser le droit dans un système où les principes occuperaient une place importante.

Montrer qu'il s'agissait d'une influence de l'esprit scientifique est une autre affaire. En effet, nous avons vu que d'autres interprétations pourraient aussi expliquer ce type de remaniements, telles l'évolution historique naturelle du droit, le besoin de

[1440] « Un système de droit positif, notamment celui d'un État moderne, se définit comme une tentative d'incorporer dans le réel des grands principes de conduite sous la forme de règles relativement stables, claires, détaillées et objectivement intelligibles et de proposer une technique, digne de foi et acceptable, destinée à mettre en œuvre

mettre fin à un système judiciaire coûteux et inefficace, la volonté des élus de reprendre le contrôle du droit, le besoin de mettre de l'ordre dans les sources de droit, etc. En fait, ces explications socio-politiques relatives à l'évolution du droit anglais ne sont pas forcément incompatibles avec une vision objectivée, universelle et organisée du monde. En effet, la volonté socio-politique de changer le droit, de le contrôler ou de l'organiser peut se manifester de plusieurs façons selon la forme d'esprit des personnes en autorité. Cela a sans doute été réalisé chez les Romains, par exemple, avec les grandes compilations justiniennes ou plus récemment avec la rédaction des coutumes françaises. Nous ne pouvons exclure néanmoins la possibilité que la volonté de changement puisse en partie aussi trouver une explication dans le besoin (même inconscient) d'adapter une ancienne structure jugée désuète à une nouvelle forme d'esprit.

En effet, les changements de la *common law* et de l'*equity* semblent présenter plusieurs similarités avec les caractères de l'esprit scientifique. Le système judiciaire aurait été **organisé** selon une certaine hiérarchie favorisant peut-être l'apparition d'un droit ordonné autour des principes juridiques mis en lumière par les cours supérieures. Bien que les réformes judiciaires aient été surtout effectuées dans la deuxième moitié du 19e siècle, une importance accrue accordée aux principes juridiques semble avoir émergé dès la fin du 18e siècle. Cette observation se recoupe dans la *common law* et dans l'*equity*, pourtant rattachées, à ce moment, à deux organisations judiciaires distinctes.

Sans pouvoir conclure sur l'ensemble du droit anglais, ni (encore moins) voir dans ces changements un nouveau droit scientifique, ces manifestations traduisent, selon nous, la présence d'une certaine influence de l'esprit scientifique. D'autant plus que cette forme d'esprit avait été rendue populaire grâce au développement accru des sciences à la même époque.

De son côté, la législation anglaise ou *statute law*, n'étant historiquement qu'un complément spontané du droit « jurisprudentiel », ne semble pas avoir évolué de la même façon que la législation des systèmes civilistes. Nous avons observé une

---

lesdites règles. », N. MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, 1978/1996, p. VIII, précité note 376.

restructuration de la banque des lois. Ici encore, le « ménage » effectué dans les lois pourrait être interprété ou être expliqué d'autres façons. Toutefois, ici encore, ce réarrangement, conduisant à l'abrogation de nombreuses lois, nous incite à y voir la présence d'une synthèse et d'une induction où les lois désuètes seraient remplacées par quelques lois plus représentatives de la réalité du droit.

En conséquence, nos observations relatives à quelques transformations du début du 19e siècle nous permettent d'envisager que le droit anglais, même en l'absence de révolution et en dépit de la Révolution française, a lui aussi changé. Ces transformations pourraient dénoter en partie, selon nous, la présence de l'influence d'un esprit scientifique.

D. CONCLUSION

Le droit n'est pas un domaine déconnecté de l'évolution des valeurs; ni des découvertes technoscientifiques; et moins encore des nouveaux développements sociaux. En tant que participant à la vie active de la société et de ses citoyens, le droit a pu lui aussi être touché jusqu'au plus profond de sa rationalité par une influence de l'esprit scientifique.

D'une manière générale, nous avons pu observer, tant dans le droit français que dans le droit anglais ou le droit québécois, une importance accrue accordée aux règles générales que nous avons nommées principes juridiques. Cette importance semble s'être manifestée par une organisation des autres règles autour de ces principes.

Ces principes pourraient être considérés comme un véhicule de la théorie du droit et des valeurs juridiques universelles. On pourrait ainsi retrouver dans certains changements des droits français, anglais et québécois postérieurs aux Lumières les caractères d'organisation, d'universalité et d'induction traduisant peut-être la présence d'une influence de l'esprit scientifique.

Le droit français, précipité en avant par la Révolution, a adopté une forme originale de codification. Les codes du début du 19e siècle étaient reconnus pour leur organisation et la présence importante de règles générales, fondement et source des relations juridiques futures. Même si nous avons pu observer la présence de principes dans les coutumiers du 16e siècles, quelques exemples du code civil français de 1804 ont laissé entrevoir la possibilité que le texte au complet ait pu ériger une nouvelle structure législative. Cette structure pourrait consister à fonder les grands thèmes du droit sur des principes, puis à inscrire des règles particulières en conformité avec ces principes. Les principes juridiques serait devenus les piliers de cette nouvelle structure du droit. Cela nous permettait d'envisager la possibilité que le processus de codification ait pu être l'objet d'une certaine influence de l'esprit scientifique. D'ailleurs, la codification n'aurait pas été le seul aspect du droit potentiellement soumis à ce type

d'influence et, du reste, n'aurait sans doute pu à elle seule permettre d'envisager la possibilité d'une influence de la science.

Nous avons vu que la jurisprudence a pu, elle aussi, développer cette tendance à mettre au jour des principes du droit. Pourtant, après la Révolution et compte tenu de la force des règles codifiées, rien ne laissait prévoir l'émergence de principes dans la jurisprudence. Certains juristes en refusaient d'ailleurs la légitimité. La présence possible de règles jurisprudentielles s'expliquerait par le fait que les principes juridiques des codes devaient passer par l'interprétation des tribunaux et le test de la pratique que nous avons comparé au test de réfutation proposé par Karl Popper. C'est ainsi que le champ aurait été laissé relativement ouvert à un travail créateur de la jurisprudence. D'autant plus qu'on a vu apparaître une réorganisation des tribunaux avec l'apparition d'instances supérieures pouvant contrôler l'application des règles par les tribunaux inférieurs. Ainsi, la jurisprudence, influencée par le même esprit scientifique, a pu avoir développé des règles générales afin de conserver, à son tour, une certaine cohésion entre les décisions rendues.

Le *common law* aurait pu, lui aussi, être soumis à une certaine influence de l'esprit scientifique. Devant le décalage entre la fin de Lumières et les grandes réformes anglaises nous pensons que les manifestations de cette influence auraient simplement mis davantage de temps à émerger. Contrairement à la France, l'Angleterre n'a pas eu, vers la fin du 18e siècle, de révolution pour transformer violemment et rapidement son régime et son droit. Même si la Révolution de Cromwell a marqué le droit anglais en affirmant les pouvoirs du parlement sur ceux du roi[1441], ce n'aurait été encore qu'une lutte politique[1442], tout comme la Révolution de 1688 dont l'objectif principal n'aurait pas été de réformer la

---

1441 H.A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Introduction à l'esprit et à l'histoire du droit anglais*, 1977, p. 84, précité note 223.

1442 « *The events of the civil war, the Commonwealth and the Restoration do not directly concern the history of law. [...] But despite some reactionary and vindictive legislation by the Cavalier Parliament and some undisciplined extravagances by those royalist squires who were able to recover their estates, English constitutional law and the manners and customs of Englishmen could not be made again just as they were before the days of the long Parliament. [...] English law had made the King of England its subject. And Parliament was now the acknowledge overlord of the law. Charles II, not wishing to go on his travels again, was wise enough to recognise this.* », W.J.V. WINDEYER, *Lectures on Legal History*, 1957, pp. 214-215, précité note 574.

société, mais de mettre fin aux excès de James II. En effet, la Révolution de 1688 n'a pas mis un terme à la monarchie, mais a été une étape importante dans l'expansion de l'État aux dépens du trône[1443].

À la fin du 17e siècle, le droit anglais n'aurait pas conçu un droit organisé autour des principes représentatifs de la réalité juridique quotidienne. Le droit aurait été construit autour des décisions de la common law. Bien que quelques principes virent le jour, ceux-ci étaient des énoncés de logique et de rationalité et non des règles de droit. La *common law* était constituée de décisions ponctuelles dans lesquelles les précédents étaient liés aux faits de *chaque* affaire.

Dès le début du 19e siècle, le besoin de réformes judiciaires se fit sentir. La *common law* et l'*equity* étant deux sources majeures du droit anglais, réformer la procédure et l'organisation des tribunaux équivalait à réformer la source des règles. C'est ainsi que les réformes successives du 19e siècle semblèrent pouvoir avantager la mise en valeur des principes juridiques qui avaient commencé à poindre tant dans la *common law* que dans l'*equity*. Les cours supérieures hiérarchisées pouvaient imposer les règles générales de façon à clarifier et à organiser le droit. De cette façon, en Angleterre comme en France, les principes juridiques se retrouvaient au cœur du nouveau système[1444] permettant d'envisager dans ces manifestations la présence d'une influence de l'esprit scientifique.

Les réformes survenues dans les *statutes* à la même époque nous entretiennent dans cette hypothèse. En effet, dès le début du 19e siècle, de nombreuses commissions sont successivement mises sur pied afin de mettre de l'ordre dans les *statutes*, éliminer les lois désuètes et ordonner les lois désormais adaptées à la réalité des usages. Ainsi, plus qu'une « rationalisation » des *statutes*, on semble

---

1443 Après la fuite de James II, deux textes furent édictés, le *Bill of Rights* interdisait les interventions du roi visant à suspendre ou exempter l'application des lois; l'*Act of Settlement* accordait entre autres une certaine indépendance aux juges. Voir à ce sujet: *ibid.*, pp. 219-224.

1444 Dans sa thèse de doctorat (*La règle prétorienne en droit français et canadien*, Septembre 2001, précité note 1017), Mathieu Devinat montre lui aussi que la pratique des tribunaux qu'elle soit de tradition anglo-saxonne ou romano-germanique tendrait de la même façon à produire des règles. Il conclu que le droit jurisprudentiel des deux systèmes ne semblerait pas être aussi différent qu'on le pense parfois.

pouvoir observer un processus d'induction où la théorie serait adaptée à la réalité.

Nous terminerons avec le Québec qui, lui aussi, a pu connaître des changements semblables à ceux de la France et de l'Angleterre. La codification de 1866 aurait, comme en France, implanté une certaine rationalité dans la législation du droit privé. Bien que la teneur du droit en vigueur semblait être restée en grande partie inchangée, nos quelques observations relatives à la structure du *Code civil du Bas-Canada* laissaient entrevoir une différence avec la mentalité compilatrice du passé. Le code québécois semblait pouvoir lui aussi, à l'image du code français, être construit autour des énoncés de principe du droit.

De la même façon, le début du 19e siècle, semble avoir pu marquer un tournant dans la jurisprudence du Québec. Avant cela, en Nouvelle-France, les décisions des prévôtés et du Conseil souverain semblaient avoir été succinctes et non motivées et ce, jusqu'en 1759. Sous le règne des Anglais (dès 1760), quoique, en vertu de l'*Acte de Québec* (1774), le droit privé restât d'inspiration romano-germanique, les jugements commencèrent à s'allonger et puisèrent leurs motifs tant dans les règles françaises que dans les précédents judiciaires. Apparurent aussi de nombreux principes proprement « jurisprudentiels ». Ces transformations pouvaient-elles être des effets d'une influence de l'esprit scientifique ? La question est légitime lorsque l'on constate que la réforme de 1843 instaura elle aussi un système judiciaire hiérarchisé. Encore une fois, les décisions et donc les règles de la jurisprudence, purent ainsi tentées d'être harmonisées et organisées autour des règles générales par les cours supérieures. On semble pouvoir retrouver par ces changements des caractères de l'esprit scientifique: des *théories* juridiques *induites* de la *réalité objectivée*; des théories applicables de façon *universelle* à l'ensemble des faits dont elles sont tirées; des théories *harmonisées* les unes avec les autres. On semble pouvoir y retrouver les caractères d'universalité, d'organisation et d'induction dont la concomitance nous a permis d'envisager la présence d'une influence de l'esprit scientifique.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Notre thèse avait pour objectif d'explorer la possibilité d'une influence spécifique de l'esprit scientifique à travers quelques manifestations des droit français, anglais et québécois au sortir des Lumières. Le droit depuis toujours existe dans un contexte social et dépend parfois de toutes sortes de facteurs tels les mœurs, la situation politique, les avancées techniques, la richesse, etc.. Il est donc susceptible de changer selon l'évolution d'autres aspects de la société.

Nous ne voulions pas démontrer que le droit avait pu devenir une science au même titre que les sciences naturelles. Il eût été difficile, voire hasardeux, de s'aventurer dans une telle démonstration. La principale raison tient peut-être à la nature fondamentalement distincte qui semble séparer le droit des sciences de la nature. À ce propos, la réflexion de Hans-Georg Gadamer l'amène à conclure:

> « C'est par là qu'il s'arrachent tous deux, le philologue comme l'historien, à cet oubli de soi où les bannissait une pensée pour laquelle la conscience méthodologique de la science moderne constituait le seul critère. (...) L'application n'est pas l'adjonction ultérieure à un cas concret d'un facteur universel préexistant qu'il faudrait d'abord comprendre pour lui-même. Elle est la véritable compréhension de cet universel lui-même qu'est pour nous le texte donné »[1445].

Ainsi, le droit s'approprierait et remodèlerait la connaissance pour la rendre vivante, alors que les sciences la décriraient et l'expliqueraient en visant le plus possible l'objectivité. La relation à la connaissance semble être une différence importante entre le droit et la science. Toutefois, H.-G. Gadamer, s'il voit cette différence, semble aussi constater que le philologue doit « s'arracher » d'une tendance à appliquer « la méthodologie de la science ». L'objet de notre thèse vise précisément à explorer cette influence de la science sur le droit que semble accepter Hans-Georg Gadamer.

[1445] H.-G. GADAMER, *Vérité et Méthode: les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, 1960/1976, p. 184, précité note 58.

Pour comprendre la nature d'une influence potentielle de la science sur quelques aspects du droit, nous devions au préalable comprendre les grandes lignes du contexte socio-historique dans lequel le droit a pu évoluer avant, pendant et après les Lumières. Il fallait surtout nous attarder sur un fait d'une importance capitale décrit par beaucoup d'observateurs soit, l'apparition de l'État moderne.

L'État serait apparu à la fin du 16e siècle pour stabiliser une société occidentale chaotique. Un des principaux rôles du droit, dans ce contexte, semble d'avoir contribué au confort social. Ce rôle général du droit pouvait être divisé en trois rôles subsidiaires: maintenir l'organisation de l'État, assurer le respect de l'ordre établi par l'État, et, maintenir un équilibre entre les libertés des citoyens et les intrusions de l'État. L'apparition de l'État aurait donc été étroitement relié aux objectifs mêmes du droit.

L'État se serait formé progressivement en symbiose avec le droit. Il aurait d'abord été représenté par une administration sommaire déléguée par le Roi. La première fonction de la royauté étant d'établir la paix dans le royaume, la première forme d'administration déléguée aurait été, en France comme en Angleterre, la justice. Vers le 14e siècle, partie de la *Curia regis*, l'administration française aurait progressivement étendu sa présence dans l'ensemble du royaume. Mais les rois français, aux prises avec une féodalité bien implantée et des seigneurs tout puissants, n'auraient eu d'autres choix que de prendre le contrôle du territoire en y imposant leurs lois; à tel point qu'il en serait sorti un État fortement législateur.

La situation de l'Angleterre était autre. Le Normand Guillaume Ier, après sa victoire sur les Saxons en 1066, n'aurait pas accordé à ses barons les pouvoirs qui viennent, habituellement dans un régime féodal, avec les terres. Les rois anglais auraient plutôt, depuis la conquête normande, conservé un pouvoir central fort sans être obligés de légiférer pour imposer leur personne puis l'État. Seule l'administration de la justice semble avoir suffi à assurer la paix. Les tribunaux royaux auraient donc eu les coudées franches pour appliquer puis développer le droit anglais. L'État anglais aurait donc progressivement pris de l'importance,

non pas par la présence d'une forte législation, mais avec l'accroissement de l'administration de la justice.

Le Québec quant à lui fut découvert et habité vers le milieu du 16e siècle par les Français sous François 1er. À cette époque, l'État et le droit avaient déjà un bon siècle de vie commune. Le Québec resta une colonie française jusqu'au milieu du 18e siècle, avant de devenir une colonie anglaise. La relation québécoise entre l'État et le droit aurait donc dépendu, au moins jusqu'au 19e siècle (période durant laquelle la législature coloniale commence à s'émanciper), des développements de ses métropoles.

On pourrait dire en résumé, pour emprunter à la biologie, que le droit et l'État ont profité l'un et l'autre d'une certaine forme de « commensalisme ».

Parallèlement à sa relation avec l'État, le droit devait probablement aussi être soumis à d'autres influences telles que l'évolution des mœurs ou l'évolution de la pensée. Ainsi, aux 17e et 18e siècles, avec la sécularisation progressive de la pensée et l'apparition de la rationalité pure dans la philosophie de René Descartes à Rousseau ou de Francis Bacon à David Hume, nous avons pu constater une évolution dans la structure du droit. Comme l'a montré André-Jean Arnaud, la pensée des juristes tels que Jean Domat, François Bourjon se serait organisée. Des recueils de décisions judiciaires commentées auraient vu le jour. On aurait commencé à produire des synthèses théoriques des grands principes juridiques.

Du côté anglais, les juristes semblent aussi avoir produit des ouvrages visant l'organisation des règles; c'est le cas des juges Edouard Coke et Matthew Hale. Le premier aurait réalisé une théorie de l'histoire du droit, le second aurait décrit la réalité du droit selon une méthode historique sans en chercher les principes.

Le droit du Québec était, quant à lui, en grande partie tributaire de celui des métropoles; n'ayant pas encore développé ses propres règles, on conçoit difficilement pourquoi les rares juristes auraient cherché à les organiser.

En ce qui concerne la structure du droit substantiel, en dépit d'une nouvelle importance accordée à la pure rationalité, on ne semble pas observer de changements majeurs depuis le Moyen Âge (10e siècle). En France, les coutumes furent rédigées et compilées. Quelques grandes ordonnances virent le jour, mais un examen rapide de leur organisation nous a laissé entrevoir un travail de composition encore sommaire et une structure énumérative. Par exemple, l'*Ordonnance du commerce* (1673) que beaucoup qualifient de véritable code, semblait fort différente du *Code de commerce* de 1807. À l'instar des autres textes législatifs, il apparaissait comme un assemblage des règles de commerce ponctuelles, comme les coutumes semblaient aussi l'être pour le droit privé.

En Angleterre, encore une fois, la situation nous a paru semblable. Les règles du droit privé présentes dans les précédents judiciaires ne semblent pas avoir été suivies de façon rigoureuse ou systématique et encore moins théorisées dans de grands énoncés. La judicature, quoique bien organisée, était composée d'une quantité impressionnante de tribunaux de toutes sortes pour toutes sortes de problèmes. La procédure judiciaire semblait être enfermée dans des règles strictes plutôt imperméables aux réarrangements du droit. Ainsi, le droit anglais nous a paru évoluer, certes, mais toujours selon la même rationalité horizontale, compilatrice.

À la fin du 18e siècle, le droit privé du Québec, en dépit de l'*Acte de Québec* (1774) redonnant à la province son droit d'origine française, faisait appel à deux sources de droit : les règles de l'ancien régime français et des règles de *common law* importées par les juges anglais. Dans un cas comme dans l'autre, la structure du droit était, encore une fois, la même que celle des métropoles. Ainsi, le Québec, pas plus que le continent, ne semble avoir modifié la structure de son droit.

Nous arrivons à l'époque des Lumières où les sciences semblent prendre de plus en plus d'espace dans l'enseignement, dans l'économie, dans la santé et surtout dans la confiance populaire.

Avec la science on ne parle plus de rationalité pure, mais d'une recherche de la connaissance du réel (la plus objectivée possible) de façon à en échafauder la théorie et en comprendre l'organisation. Bref, comme l'a expliqué Gaston Bachelard, la science créerait un lien entre la rationalité et la réalité. Nous avons utilisé le terme d'induction pour qualifier ce lien. L'influence de l'esprit scientifique pourrait donc être reconnue par une présence simultanée des traits suivants : 1° l'induction, c.-à-d. une théorisation de la réalité, ou une expérimentation de la théorie; 2° d'une organisation de ce complexe théorie-fait; 3° d'une application universelle de la théorie dans un cadre restreint aux faits objectivés.

Les découvertes et la méthode de l'Anglais Isaac Newton, d'une grande popularité dans son pays à la fin du 17e siècle, débordèrent de ses frontières pour déferler sur l'ensemble du continent. D'abord confrontée à la résistance des adeptes de la pensée purement rationnelle de René Descartes, la méthode de Newton, largement popularisée par Voltaire, semble avoir fini par acquérir une grande notoriété dans la France du 18e siècle. La reconnaissance de la physique de Newton pavait la voie à tous les autres domaines de la science dont le vaste champ des sciences de la nature. La popularité des sciences aurait ainsi pu faire boule neige. Le meilleur témoin serait peut-être Condorcet qui semble avoir été particulièrement convaincu des bienfaits de la science. Il décrit son implantation dans toutes les sphères de la société, jusqu'au roi.

Qui dit science dit aussi mentalité scientifique. Les lois scientifiques sont perçues comme universelles dans un univers démontré. Elles s'inscrivent dans une organisation qu'elles respectent et qui a été, elle aussi, démontrée. Mais elles imposent néanmoins au scientifique un certain recul vis-à-vis des autorités établies et cela, en raison de la relation inductive-déductive que la théorie scientifique doit entretenir avec la réalité objectivée (ou du moins une visée objective pour limiter autant que faire se peut d'autres considérations que l'objet même). Ainsi les paradigmes de la science peuvent changer, peuvent être réfutés.

Cette forme d'esprit aurait progressivement envahi la pensée moderne pendant les Lumières (1680-1780[1446]). On le voit dans la philosophie de Kant qui, quoique restant une philosophie, semble rechercher néanmoins une méthodologie rigoureuse. Le droit aussi a pu ressentir quelques effets dus à la popularité de l'esprit scientifique.

Le rôle du droit ou son importance dans l'organisation sociale ayant pu être circonscrits dans le cadre de l'État, il ne fallait pas chercher un lien avec le type d'influence tel que celui de l'esprit scientifique. Nous avons entrevu que le rôle et l'importance du droit auraient été développés historiquement à un autre niveau et semblaient relever plutôt de la politique et de la fonction de l'État. En revanche, la forme que pouvait prendre le droit dans l'accomplissement de sa tâche était plus de nature à présenter quelques manifestations d'une influence éventuelle de l'esprit scientifique.

Pour commencer avec la France, les codificateurs français qui, comme on pouvait le lire dans le discours de Portalis, semblaient conscients du caractère essentiellement empirique de leur travail de théorisation des règles, auraient non seulement accepté le regard critique des pairs (la magistrature), mais auraient aussi prévu le travail d'interprétation de la jurisprudence. Ce processus intellectuel nous semble pouvoir être favorablement comparé à la nature inductive de l'esprit scientifique. Le processus de codification en lui-même semblerait donc traduire une similitude avec les caractères d'induction et d'organisation de l'esprit scientifique.

Lorsque l'on s'attarde au produit final, c'est-à-dire les codes modernes, ceux-ci, contrairement aux anciennes formes de législations (parfois aussi qualifiées de codes par les observateurs postérieurs au 19e siècle), semblent avoir accordé une grande importance aux principes juridiques. L'examen de certaines sections du code civil et du code de commerce ont laissé entrevoir une structure fondée

---

[1446] Nous reprenons ici les dates de Pierre Chaunu dans son ouvrage « La civilisation de l'Europe des lumières », 1971/1993, précité note . Pourquoi partir de 1680 ? Cette année particulière ne s'explique pas par un seul événement, mais par un ensemble de faits. En réalité 1680 est davantage un repère (un peu comme la *moyenne* en statistique) qu'un point de départ précis. P. CHAUNU, *La civilisation de l'Europe des lumières*, 1993, précité note 406.

sur des concepts généraux inspirant toute une série de concepts particuliers se précisant au fur et à mesure dans les articles ultérieurs. On part ainsi du général pour finir au particulier dans une sorte de rationalité déductive.

On pourrait voir dans ces codes un bon effort de rationalisation où l'esprit scientifique n'aurait pas forcément eu d'influence. Cet argument est d'autant plus difficile à contester que la science est aussi pourvue d'une forte composante rationnelle. Du reste, les distinctions entre positivisme, empirisme, rationalisme ou expérience ne sont pas évidentes de prime abord, ce qui ne facilite pas l'interprétation des faits, c'est-à-dire leur compréhension et leur explication.

Néanmoins, en plus de nos quelques observations relatives à l'universalité reconnue des principes juridiques induits de la réalité et de l'organisation à tendance déductive des règles, la comparaison historique entre les codes modernes et les anciens textes soumis aux esprits rationnels des 16e, 17e et 18e siècles, nous convainc de la possibilité d'une influence supplémentaire. Cela ne nie pas pour autant la présence d'un esprit rationnel, fort bien décrit par quelques auteurs. L'influence de l'esprit scientifique serait peut-être venu ajouter quelques caractères et en restreindre d'autres. L'influence scientifique aurait pu, par exemple, ajouter un lien inductif entre les principes et la réalité; lien qui pourrait se manifester dans la critique des tribunaux en amont et leur interprétation en aval. Elle aurait pu d'autre part, restreindre la portée universelle des principes au cadre socio-politique de l'État.

D'autres observations nous permettent d'envisager la présence d'une influence spécifique à l'esprit scientifique.

La Révolution a aussi réorganisé les tribunaux. Si cette réorganisation répondait d'abord à un besoin politique d'imposer la volonté des élus à travers la loi, il est possible que l'esprit scientifique ait pu avoir une certaine influence dans ces changements ou, sans aller jusque là, du moins ait pu en tirer un certain profit.

En effet, la réforme du 16-24 août 1790 instaurait les germes d'une structure judiciaire hiérarchisée. La Cour de cassation qui fut créée onze ans plus tard (1801) était chargée de veiller à l'application correcte des lois. Cette réorganisation hiérarchisée dans le but avoué de garantir une application uniforme du droit était propice à la création de règles jurisprudentielles complétant les lacunes des règles codifiées. Comme de raison, des principes jurisprudentiels auraient été développés par la Cour de cassation et imposés aux cours inférieures. Il pourrait s'agir d'une mécanique déductive semblable la rationalité des codes.

Un phénomène similaire, mais d'une toute autre complexité semble pouvoir être observé en Angleterre avec le système de *common law*. En *common law*, fondamentalement, le juge possède deux rôles, étroitement liés l'un à l'autre : celui de « législateur » et celui d'interprète du droit. À la fin du 18e siècle, on semble pouvoir observer la présence de plus en plus fréquente de principes juridiques dans la jurisprudence tant en *common law* qu'en *equity*. Pourtant il faudra attendre quelques années avant de voir apparaître quelques réformes. Les excès de la Révolution française faisaient peut-être craindre aux gouvernants anglais des débordements semblables en Angleterre. Ainsi, l'Angleterre juridique du 19e siècle aurait-elle préféré, pour un temps, s'en tenir au statut quo.

Cependant, les insatisfactions générées par la confrontation entre un droit ancien et une nouvelle mentalité ont peut-être contribué à provoquer une réforme de grande ampleur, tant dans la législation que dans la judicature et la procédure judiciaire. Bien que quelques changements notables virent le jour dans la première moitié du 19e siècle, le gros morceau fut celui de la réforme de la judicature de 1873-75, instituant un nouveau système judiciaire. Par cette réforme, les nombreux tribunaux furent réunis dans un système judiciaire harmonisé à trois niveaux hiérarchiques : les tribunaux de première instance, une cour d'appel et un tribunal suprême en dernier recours. La nouvelle hiérarchie permettait de produire un droit substantiel à l'image de l'organisation des tribunaux. Les cours supérieures avaient ainsi la liberté de mettre en lumière les

principes généraux du droit et de les imposer aux tribunaux inférieurs obligés, qu'ils étaient, de se soumettre à l'autorité de la Cour d'appel ou de la Chambre des Lords.

La *common law* et l'*equity* semblaient donc, eux aussi, pouvoir faire montre d'une certaine influence de l'esprit scientifique. En effet, les principes juridiques ne semblent pas avoir été au centre des préoccupations des juristes ou des juges avant la fin du 18e siècle. Des auteurs tels que Lord Coke (1551-1633) ou Lord Mansfield se laissaient volontier convaincre par des théories et principes philosophiques au lieu de limiter leurs analyses aux règles du droit telles qu'elles étaient réellement vécues. À partir de William Blackstone (1765) on commence à mettre l'accent sur une notion de principe spécifiquement juridique. Apparaît aussi, à la même époque, la notion de précédent que suivra, peu de temps après, la notion de *stare decisis*. Les réformes judiciaires pourraient donc être vues comme une autre étape de la transformation du droit amorcée à la fin du 18e siècle.

On retrouve dans ces changements certains aspects pouvant rappeler les caractères de l'esprit scientifique. L'importance accordée aux principes semble dénoter une importance de théoriser la réalité et en même temps d'appliquer cette théorie régulièrement de façon à la mettre à l'épreuve du quotidien. Cette vue simplifiée de la *common law* et de l'*equity* permet de voir une ressemblance avec l'induction scientifique.

Enfin, un autre aspect du droit anglais de cette époque contribue à nous entretenir dans cette hypothèse. Au début du 19e siècle, la législation qui semblait encore être un complément de la *common law*, a elle aussi connu une réforme importante. Le Parlement a cherché à mettre de l'ordre dans la somme colossale de *statutes* accumulés dans tous les siècles antérieurs. Non content de mettre de l'ordre, le Parlement suivant les conclusions des nombreuses commissions abrogea une quantité importante de lois désuètes au profit de lois synthétiques. La législation se trouvait ainsi être plus adaptée à la réalité de la vie juridique. Ici encore, on pourrait voir dans ces refontes la recherche d'un lien

étroit entre la théorie et la réalité ressemblant au caractère d'induction de l'esprit scientifique.

Considérant les changements survenus dans les droits français et anglais, il était probable d'observer une orientation similaire au Québec. En effet, depuis 1866, une codification régule les relations privées. Il s'agissait pourtant d'un processus indépendant et autonome de celui des métropoles. La France, en 1866, n'avait plus d'ascendant juridique ou politique sur le Québec depuis un siècle (en raison de la victoire de l'Angleterre en Nouvelle-France, en 1760). De son côté, l'Angleterre, pays de *common law* ne pouvait logiquement pas être l'instigatrice d'un *droit codifié* au Bas-Canada[1447]. La codification québécoise pourrait donc être vue comme une réponse au besoin d'adapter la structure de l'ancien droit à la modernité.

Il s'agissait, ici encore, d'une véritable codification construite sur des principes issus d'un travail assidu des commissaires. L'analyse du processus de codification a montré que, comme en France, chaque section se voulait soumise à la critique de la communauté juridique avant de recevoir l'aval du législateur. Les règles devaient être puisées à même la réalité concrète et la preuve de leur existence devait être démontrée par les commissaires dans leurs références bibliographiques. Cette méthode sans être scientifique pourrait ressembler à la façon dont les chercheurs intègrent leurs théories dans la connaissance scientifique.

1447 Cela n'empêche pas qu'il y ait eu, comme le rapporte bien Brian Young (*The Politics of Codification, The Lower Canadian Civil Code of 1866*, Montréal: McGill-Queen's University Press, 1994), dans la communauté anglophone du Canada, des promoteurs de la codification; en commençant par un des trois commissaires, le juge de la Cour du Banc de la Reine: Charles Dewey Day (1806-1884). « *Day was the intellectual leader of the anglophone community as chancellor of McGill University, the most important judge after Chief Justice Lafontaine, and, [probably], [...] the key member of the Codification Commission.* », *ibid.*, p. 84; « *Lower Canada's most important professional body, the Montreal Bar Association, took the initiative in 1841. Its law reform resolution demonstrated that many of its members were beginning to favour a scientific approach to the law and, in the longer term, potentially codification. The resolution was moved by Lafontaine, whose alliance with Upper Canadian Reformers like Robert Baldwin and Francis Hincks, represented the centrism of an increasingly important element in the francophone legal élite. Seconding the motion was John Samuel McCord, head of an influential anglophone family in Montreal and commander of the 1sr Volunteer Brigade in the Rebellions. his doing so signified the shifting political interests of components in the anglophone community.* », *ibid.*, p. 47; Brian Young explique que cet intérêt, chez les anglophones, pour une codification, n'est pas sans lien avec les idées de Jeremy Bentham: « *Given its importance to both Benthamites and American law reformers like David Dudley Field, it is not surprising that demands for an objective and scientifically based legal system were directed to revisions of statute law.* », *ibid.*, p. 49.

La jurisprudence québécoise a aussi connu des développements semblables à ceux du « vieux » continent. La lecture des décisions du 18e siècle des prévôtés et du Conseil supérieur montre une absence quasi totale de motivation juridique. Seuls les faits étaient exposés.

En comparaison, les jugements du début du 19e siècle affichaient des analyses détaillées de la loi avant de les appliquer aux faits. Les allusions aux principes du droit étaient assez fréquents. Or le Québec, comme la France et l'Angleterre, a lui aussi réorganisé sa judicature. Après plusieurs tentatives peu concluantes depuis le régime militaire de 1763, la réforme de 1843 marquait le début d'un véritable système judiciaire hiérarchisé. Ainsi, la jurisprudence québécoise, fortement influencée par les précédents de *common law*, a pu développer, elle aussi, en complément des articles du code, des théories proprement judiciaires fondées sur des règles générales.

Le Québec, l'Angleterre et la France, en dépit de certains écarts chronologiques dus à leurs situations particulières (géographique, politique, économique, sociologique, etc.), ont tous trois vu des changements se réaliser dans la conception, la construction et l'expression de leur droit. Ces changements semblaient contenir des traits rappelant les caractères d'induction-déduction, d'organisation et d'universalité de l'esprit scientifique. Ces changements survinrent après que ces sociétés semblaient avoir montré un intérêt nouveau pour la science.

Par ailleurs, les principes juridiques et la vision du droit en général, au sortir des Lumières, semblent être liés à une nouvelle forme d'universalité plus restreinte au contexte de l'État et de la réalité observable. Enfin, que ce soit dans les réformes ou dans la jurisprudence, la recherche nouvelle d'une organisation des règles ou des tribunaux semble aussi pouvoir rappeler l'organisation de la théorie scientifique.

Malgré tout, ces observations ne révèlent que des ressemblances; on ne saurait parler d'un droit scientifique. De même, compte tenu de la complexité de la réalité du droit et de la nature exploratoire de cette thèse, nous ne pouvons que

suggérer une influence l'esprit scientifique sur les juristes et sur le droit dès la fin du 18e siècle.

Cette thèse a constaté que les cultures juridiques des divers pays occidentaux du 19e siècle pouvaient être, somme toute, assez proches. Nous voulons insister sur ce point important en terminant.

Notre réflexion nous amène à constater que le *common law* n'est pas seulement inductif ni le droit civiliste purement déductif. Le *common law* et le droit civil semblent avoir, tous deux, changé la structure de leur droit en y implantant des règles générales et abstraites; des principes. Les principes de droit, émis par les tribunaux ou par la législation, contiendraient une partie de la théorie du droit. Qu'ils aient été découverts ou imaginés nous semble secondaire. En effet, inspirés par Gaston Bachelard, nous avons élargi la notion d'induction en un lien entre la rationalité et la réalité. Le travail des juristes ne réside donc pas tant dans l'effort d'édicter des principes que de rattacher ceux-ci à la réalité concrète du droit la plus objective possible. À ce niveau la recherche d'une critique de la communauté juridique semble être une constante dans les deux systèmes.

Dans le droit anglais, la nouvelle hiérarchie des tribunaux au 19e siècle se prêtait à l'érection des principes par les cours supérieures. Ces principes auraient ensuite été mis à l'épreuve (et continuent de l'être), d'une part, par les cours inférieures, mais aussi par l'ensemble de la communauté juridique. Cette mise à l'épreuve consisterait, le plus souvent, à interpréter et appliquer, de manière déductive, les principes.

Dans le droit français, le législateur aurait organisé les principes de droit dans les grandes codifications du 19e siècle. Les projets de codes ont d'abord été soumis à la critique des juges. Puis, une fois mis en vigueur, les principes codifiés auraient été mis une deuxième fois à l'épreuve par leur interprétation et leur application déductive. Ce processus, semble pouvoir être observé tant en France qu'au Québec ce qui suggère qu'il s'agissait d'un mouvement global, effet possible d'une mentalité dont l'influence transcende les frontières.

En dépit de différences structurales, les deux systèmes (*common law* et droit civil) auraient donc pu intégré, au 19e siècle, la même façon de réfléchir et de construire le droit selon une mentalité inductive-déductive. Chaque système juridique se serait possiblement adapté à l'influence de la mentalité scientifique de cette époque.

De nos jours, le développement rapide des moyens techniques semble avoir changé la donne. À tel point que l'on ne parle plus de société scientifique, mais plutôt de société technoscientifique. Nous avons vu, dans notre première partie que technique et science étaient désormais étroitement liée l'une à l'autre, jusque dans la forme d'esprit de leurs acteurs. Nous verrions donc possiblement apparaître une nouvelle mentalité, une forme d'esprit technoscientifique. Dans ce nouveau contexte, le droit pourrait-il devenir plus technique et moins scientifique ? Que deviendrait le processus d'induction/déduction ? Que deviendrait le principe juridique ? Si notre exposé peut nous convaincre d'une chose, c'est que le droit saura s'adapter à cette nouvelle forme d'esprit, comme il l'a déjà fait avec l'esprit scientifique.

BIBLIOGRAPHIE

BIBLIOGRAPHIE

Lois et recueils de lois

Lettres enjoignant aux parlements, aux baillis, sénéchaux, prévots et autres officiers des justices royales, d'avoir a prêter main-forte aux juges délégués par Antoine Du Prat, légat en France, pour procéder contre les Luthériens, de concert avec les inquisiteurs de la foi, Texte n° 553, dans: *Ordonnances des rois de France - règne de François 1er*, Académie des sciences morales et politiques, Tome 6, 1ière Partie, 1530, Paris, 1937, pp. 135-136.

Ordonnance portant application des amendes, forfaitures, confiscation et de tous droits féodaux et deniers casuels qui dépendent du domaine, à la réparation des fortifications des place frontières du royaume, Texte n° 707, dans: *Ordonnances des rois de France - règne de François 1er*, Académie des sciences morales et politiques, Tome 7, 3ème Partie, avril-décembre 1535, Paris: Imprimerie Nationale, 1960, pp. 271-273.

Ordonnance générale sur la justice, Texte n° 944, dans: *Ordonnances des rois de France - règne de François 1er*, Académie des sciences morales et politiques, Tome 9, 3ème Partie, mai-août 1539, Paris: Éd. du CNRS, 1983, pp. 550-628.

Ordonnance du 23 Mars 1673 pour le commerce, dans: *Conférences des ordonnances de Louis XIV Roy de France et de Navarre avec les anciennes ordonnances du Royaume,* par Philippe Bornier, Nouvelle édition, Tome second, Paris, M DCC LV.

Nouveau coutumier général, par Bourdot de Richebourg, Charles A., Paris: Claude Robustel, 4 vol., 1724.

Les coutumes du Duché de Bourgogne: avec les anciennes coutumes, tant générales que locales, de la même province, non encore imprimées, et les observations de M. Bouhier, par Jean Bouhier, Tomes I et II, Dijon: A.J.B. Augé: Pierre De Saint, 1742-1746.

Le Grand Coutumier de France, par Édouard Laboulaye et Rodolphe Dareste, Darmstadt (Allemagne): Scientia Verlag Aalen, 1969.

Ordonnance établissant des cours civiles, 17 septembre 1764, dans: *Documents relatifs à l'Histoire constitutionnelle du Canada,* 1759-1791.

Acte de Québec, 1774 (R.-U.), 14 Geo. III, c. 83.

Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, par P.A. Fenet, Réimp. de l'éd. 1827, Tome onzième, Osnabrück: Otto Zeller, 1968.

Code de commerce, Décrété de 10 septembre 1806, promulgué le 20, dans: *Esprit du code de commerce,* par Jean-Guillaume, baron Locré, 2ème éd., Tomes I-IV, Paris: J.-B. Garnery, 1829.

Civil Code of the State of Louisiana with annotations, by Wheelock S. Upton and Needler R. Jennings, Vol. I, New Orleans: E. Johns & Co., 1838.

An Act to re-unite the Provinces of Upper and Lower Canada, and for The Government of Canada, 1840 (R.-U.), 3-4 Vict., c. 35; L.R.C. (1985), App. II, no. 4.

Les actes et ordonnances révisés du Bas-Canada, S. Derbishire et G. Desbarats, Montréal, 1845, xiii.

Acte pour assigner des salaires fixes et annuels à certains officiers de justice dans le Bas-Canada, et pour créer un fonds spécial des salaires, honoraires émoluments et bénéfices pécuniaires attachés à leurs charges, S.P.C. 1850, c. 37.

Les Codes français annotés, par Teulet, d'Auvilliers et Sulpicy, Nouvelle Édition, Paris: Videcoq Fils Aîné, 1850.

Acte pour l'abolition des droits et devoirs féodaux dans le Bas-Canada, S.P.C. 1854, c. 3.

Édits, ordonnances royaux, déclarations et arrêts du conseil d'État du roi concernant le Canada, par E.R. Fréchette, Québec, 1854.

Acte concernant la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure, S.P.C. 1857, c. 43 et S.R.B.C., ch. II.

Les Statuts Refondus du Canada, par S. Derbishire et G. Desbarats, Québec, 1859.

Les Statuts Refondus pour le Bas Canada, par S. Derbishire et G. Desbarats, Québec, 1861.

Code civil du Bas-Canada, d'après le rôle amendé déposé dans le bureau du greffier du Conseil législatif, tel que prescrit par l'Acte 29 Vict., chap. 41, 1865.

Charte des droit et libertés de la personne, L.R.Q., c. C-12.

Loi sur la justice administrative, L.R.Q., c. J-3.

Règles de pratique de la Cour du Québec, L.R.Q., c. C-25, r. 4.

Jurisprudence

CANADA - QUÉBEC

Pyke's Reports of Cases, Court of King's Bench, District of Quebec, Province of Lower Canada, 1 vol, 1811.

Extraits ou Précédents des Régistres de la Prévosté de Québec, Québec: Thomas Cary & Co., 1824.

Reports of cases argued and determinded int he Courts of King's Bench and in the Provincial court of appeal of Lower Canada, Collected by George Okill Stuart, Esq., Québec: Neilson & Cowan, 1834.

Arrêts et Réglements du Conseil supérieur de Québec et Ordonnances et Jugements des Intendants du Canada, Assemblée Législative du Canada, Québec, 1855.

Jugements et Délibération du Conseil Souverain de la Nouvelle-France, publiés sous les auspices de la législature de Québec, Vol. I, Québec, 1885.

Rapports judiciaires revisés de la Province de Québec, par Michel Mathieu, Vol. 1-28, Montréal: C.O. Beauchemin & Fils, 1891-1905.

Jacreau c. *Soumande*, (1759) I R.J.R. 52;

Hunt c. *Bruce*, (1810) I R.J.R. 53;

Scott v. Lindsay, (1811) R.C. 68 (K.B.);

Astor v. Benn, Buchanan and Heath, (1812) R.C. 69 (C.A.);

McClure v. Shepherd, (1813) R.C. 75 (K.B.);

Gauvin v. Caron, (1819) R.C. 136 (K.B.);

Parant v. Grenier, (1831) R.C. 453 (K.B.);

Donegani v. Donegani, (1831) R.C. 460 (K.B.);

Canadian Pacific Ry. Co. v. *Roy*, (1902) A.C. 220;

Stuart v. Bank of Montreal, (1909) 41 S.C.C. 516;

Cotton v. The King, (1914) A.C. 176;

Canadian Pacific Ry. Co. v. Robinson, 14 Can. S.C.R. 105;

Hunt v. Taplin, 24 Can. S.C.R. 36;

Renvoi: résolution pour modifier la constitution, (1981) 1 R.C.S. 753;

Johnson c. *Commission des affaires sociales*, (1984) C.A. 61 (C.A.Q.);

Winnipeg School Division No. 1 c. *Craton*, (1985) 2 R.C.S. 150;

Frenette c. *la Métropolitaine*, (1992) 1 R.C.S. 647;

Ney v. Canada (attorney General), (1993) 102 D.L.R. (4th) 135 (B.C.S.C.);

Walker v. Region 2 Hospital Corp., (1994) 116 D.L.R. (4th) 477 (N.B.C.A.);

W. (V.) c. *S. (D.)*, (1996) 2 R.C.S. 108;

Regina v. W.(D.D.), (1997) 114 C.C.C. (3d) 506 (B.C.C.A.);

Jeannneau c. *Caisse populaire Desjardins Saint-Vincent-de-Paul*, 200-09-002052-980 (C.A.), 24 avril 1998;

Bédard c. *Robert, ès qualités « Docteur »*, 200-05-008647-989 (C.S.), juge Claude-Henri Gendreau;

Van Mol v. Ashmore, (1999) B.C.C.A. 6;

Perreault-Côté c. *Constantineau*, 405-05-001171-008 (C.S.), juge Jean-Pierre Sénécal;

Bujold c. *Assurances générales des Caisses Desjardins*, 655-02-000318-952 (C.Q.), 14 avril 1999, juge Sarto Cloutier;

Lebel c. *Résidence Le Jardin des Saules inc.*, (2001) C.Q. 359.

ANGLETERRE

Law Reports - Chancery Appeal Cases, G.W. Hemming (ed.), Vol. I - 1865-6, London: William Clowes ans Sons, 1866.

Law Reports - Equity Cases, G.W. Hemming (ed.), Vol. I - 1865-6, London: William Clowes ans Sons, 1866.

Revised Reports, Frederick Pollock (ed.), Vol. V. - 1799-1801, London: Sweet and Maxwell, 1892.

All England Law Reports Reprint, Revised and Annotated, 1558-1774, 1835-1873, G.F.L. Brigman (ed.), London: Butterworth & Co., 1964/65/68.

Spenser's Case, (1583) All E.R. Rep. 68;

Heydon's Case, (1584) 3 Co. 7a;

Slingsby's Case, (1587) All E.R. Rep. 423;

Chudleigh's Case, (1589-1595) 1 Co. 134a;

Semayne's Case, (1604) All E.R. Rep. 62;

Pomfret v. Ricroft, (1669) All E.R. Rep. 66;

Cook v. Fountain, (1672) 3 Swan 585;

Coggs v. Bernard, (1703) All E.R. Rep. 1;

Jacobson v. Williams, (1717) 1 P. Wms. 382;

Morrice v. Hankey, (1732) 3 P. Wms. 146;

Jones v. Randall, (1774) 1 Cowp. 37;

Flureau v. Thornhill, (1776) 96 E.R. 355;

Corbett v. Poelnitz, (1785) 1 T.R. 5;

Pasley v. Freeman, (1789) 3 T.R. 51;

Newby v. Wiltshire, (1795) 2 Espinasse 735, 5 R. R. 772;

Lord Walpole v. Earl of Cholmondeley, (1797) 7 T.R. 138;

Brown v. Carter, (1800) 5 Vesey 862, 5 R. R. 191;

Smith and another v. Buchanan and another, (1800) 1 East 6, 5 R. R. 499;

Doe on the Demise of Chillcott v. White, (1800) 1 East 33, 5 R. R. 502;

The King v. Clarke, (1800) 1 East 38, 5 R. R. 505;

Lord Ashburton v. Lady Ashburton, (1801) 6 Vesey 6, 5 R. R.201;

Lyttleton, Ex parte, (1801) 6 Vesey 7, 5 R. R. 203;

The Earl of Radnor v. Reeve, (1801) 2 BOS. & P. 391, 5 R. R. 630;

Hill Gent. One & c. v. Halford and another, (1801) 2 Bos. & P. 413, 5 R. R. 632;

Robinson v. Dunmore, (1801) 2 Bos. & P. 416, 5 R. R. 635;

Hurry and Others v. The Royal Exchange Assurance Compagny, (1801) 2 Bos. & P. 430, 5 R. R. 639;

Steel v. Allan, (1801) 2 Bos. & P. 437, 5 R. R. 647;

Bromley v. Coxwell, (1801) 2 Bos. & P. 438, 5 R. R. 648;

Parry v. Frame, (1801) 2 Bos. & P. 451, 5 R. R. 651;

Wright v. Barnard, (1801) 2 Espinasse 700, 5 R. R. 767;

Doe ex dem. Hollingsworth v. Stennett, (1801) 2 Espinasse 717, 5 R. R. 769;

Nichol & alt. v. Martyn, (1801) 2 Espinasse 732, 5 R. R. 770;

Bond v. Hopkins, (1802) 1 Sch. & Lef. 128;

Sheddon v. Goodrich, (1803) 8 Ves. 441;

Gee v. Pritchard, (1818) 2 Swan 403;

Dent v. Bennett, (1835) 7 Sim. 539;

Hyde v. Johnson, (1836) 3 Scott, 289, 2 Bing. 776, 5 Law J. Rep. C.P. 291;

Vaughan v. Menlove, (1837) 3 Bing. N.C. 468, 132 E.R. 490 (C.P.), All E.R. Rep. 156;

Priestley v. Fowler, (1837) 150 E.R. 1030;

Beamish v. Beamish, (1861) 9 H.L. Cas. 274;

In re Leeds Banking Compagny, (1865) Law Rep. 1 Eq. 1;

Talbot v. Marshfield, (1865) Law Rep. 1 Eq. 6;

Feltom's Executors Case, (1865) Law Rep. 1 Eq. 220;

Addinell's Case, (1865) Law Rep. 1 Eq. 225;

Leifchild's Case, (1865) Law Rep. 1 Eq. 231;

Churton v. Frewen, (1865) Law Rep. 1 Eq. 238;

Notley v. Palmer, (1865) Law Rep. 1 Eq. 241;

Pearse v. Dobinson, (1865) Law Rep. 1 Eq. 241;

Homfray v. Fothergill, (1865) Law Rep. 1 Eq. 567;

Duddel v. Simpson, (1865) Law Rep. 1 Eq. 578;

Caton v. Coles, (1865) Law Rep. 1 Eq. 581;

Hoare v. Osborne, (1865) Law Rep. 1 Eq. 585;

In re Wootton's Estate, (1865) Law Rep. 1 Eq. 589;

Rylands v. Fletcher, (1868) L.R. 3 H.L. 330, 37 L.J. Ex. 161 et (1866) L.R. 1 Ex. 265, 35 L.J. Ex. 154, All E.R. Rep.1;

Bain v. Fothergill, (1874) L.R. 7;

In re Whitley Partners, (1886) 55 Law J. Rep. Chanc.. 540;

Allen v. Flood, (1898) A.C. 1;

London Street Tramways v. L.C.C., (1898) A.C. 375;

Quinn v. Leathem, (1901) A.C. 495;

Krelinger v. New Patagonia Meat and Cold Storage Compagny Limited, (1914) A.C. 25;

F.A. Tamplin Steamship Co. Ltd. v. Anglo-Mexican Petroleum Product Co. Ltd., (1916) 2 A.C. 397;

Horlock v. Beal, (1916) 1 A.C. 486;

Manuel v. A.-G, (1982) 3 All E.R. 822 (C.A.);

Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority, (1986) 1 A.C. 112 (U.K.).

ÉTATS-UNIS

Schloendorf v. *N.Y. Hospital,* (1914) 211 N.Y. 127 at 129, 105 N.E. 92.

FRANCE

Journal du Palais, par Ledru-Rollin, Tome 1 - 1791, Tome 4 - 1795-1796, Tome 9, Tome 19 - 1825, 3e éd., Paris: F.-F. Patris, 1838-40.

Journal du Palais, par Ledru-Rollin et J.-A. Lévesque, Tome 1 - 1848, 1re éd., Paris, 1848.

Cholet c. *Calmer* (Cass., 10 juin 1791);

Dufresne c. *Ricord* (Cass., 4 juillet 1791);

Brangiei c. *Labroue* (Cass., 20 août 1791);

Borel c. *de Rosnei, Merlo-Dognia et Cie* (Cass., 26 août 1791);

Les Habitans de Floyon c. *Préseau* (Cass., 10 septembre 1791);

Lachaume, dit Gavaux c. *Ministère public* (Cass., 24 sept. 1791);

Mager c. *les Invalides* (Cass., 1 octobre 1791);

Intérêt de la loi - Tribunal de La Nesle (Cass., 6 octobre 1791);

Communau c. *Boucher-Colas* (Cass., 14 octobre 1791);

Brothier-Lavaux c. *Ministère public* (Cass., 12 ventose an VII);
Mougeot c. *Ministère public* (Cass., 12 ventose an VII);
Marie-Rose Arpenteur c. *Ministère public* (Cass., 12 ventose an VII);
Marie Grassineau c. *Ministère public* (Cass., 12 ventose an VII);
Bourgier c. *Ministère public* (Cass., 13 ventose an VII);
Douanes c. *Coudray* (Cass., 13 ventose an VII);
Cormier ou Dupré, dit Pinet c. *Ministère public* (Cass., 13 ventose an VII);
Meinier c. *Ministère public* (Cass., 13 ventose an VII);
La Christiana Colbiornsen c. *le Patriote* (Cass., 14 ventose an VII);
Douanes c. *N...* (Cass., 18 ventose an VII);
Macon c. *Ministère public* (Cass., 19 ventose an VII);
Françoise Mouchard, Ve Beauharnais c. *Sophie* (Cass., 21 ventose an VII);
Ministère public c. *Arroy* (Cass., 2 pluviose an XIII);
Perrochin c. *Perrochin* (Cass., 3 pluviose an XIII);
Cassal c. *dames Favereau et Landreville* (Cass., 3 pluviose an XIII);
Dame Saint-Pierre c. *dame Saint-Marceau* (C. Poitiers, 3 pluviose an XIII);
Anglès c. *Guillemette Anglès* (C. Agen, 2 pluviose an XIII);
Boule c. *Malanne* (C. Nîmes, 3 pluviose an XIII);
Michel Renaut c. *Ministère public* (Cass., 4 pluviose an XIII);
Delahaye c. *Ministère public* (Cass., 4 pluviose an XIII);
Montolieu c. *Ministère public* (Cass., 4 pluviose an XIII);
Ministère public c. *Adouard* (Cass., 4 pluviose an XIII);
Sieur et dame Guillaume c. *dames Pareau et Bailli* (C. Besançon, 4 pluviose an XIII);
Ministère public c. *Chavaroche* (Cass., 5 pluviose an XIII);
Ministère public c. *Delmaille* (Cass., 5 pluviose an XIII);
De Gestas c. *de Gestas* (C. Paris, 5 pluviose an XIII);
Tattegrain c. *sa Femme* (C. Amiens, 5 pluviose an XIII);
Veuve Cornilleau c. *Gaillard et Bodin* (C. Poitiers, 5 pluviose an XIII);
Maire de Medeyrolle, Bonnabaud et autres c. *Villaguet* (Cass., 2 janvier 1811);
Rech et autres c. *dame Lazert* (C. Montpellier, 2 janvier 1811);
Chabot (C Lyon., 2 janvier 1811);
Hénault c. *Caunes* (C. Toulouse, 2 janvier 1811);
Botton c. *Saint-Joseph* (C. Turin, 13 mai 1811);

Enregistrement c. *Vanovervelt* (Cass., 14 mai 1811);
Héritiers N... c. *N...* (Cass., 14 mai 1811);
Vignon et Guillaume c. *Papillon* (Cass., 15 mai 1811);
Tupigny et autres c. *Bonnier et Terrières* (C. Paris, 15 mai 1811);
Marlinge c. *Frottier* (C. Paris, 15 mai 1811);
N... c. *N...* (C. Nîmes, 15 mai 1811);
Dumortier c. Hockaert (C. Bruxelles, 15 mai 1811);
Droits réunis c. *Vincent, dit Deleuze, et autres* (Cass., 16 mai 1811);
Ministère public c. *Adam et Conrad Farine* (Cass., 16 mai 1811);
Tardy c. *Seyve* (C. Lyon, 16 mai 1811);
Dulard de Buscou c. *Balzac et autres* (C. Agen, 16 mai 1811);
Ledent c. *Libotte* (C. Bruxelles, 16 mai 1811);
Bernard c. *Légues et Bonniols* (Cass., 3 janvier 1825);
Lemarrois c. *Gallien* (Cass., 3 janvier 1825);
Maître-Jean c. *Collas-Desfrancs* (C. Paris, 3 janvier 1825);
Héritiers Guisez c. *Héritiers Pieco* (Cass., 5 avril 1825);
Delaistre c. *Hainque* (C. Paris, 6 avril 1825);
Veuve Farraud c. *Guillard* (C. Montpellier, 7 avril 1825);
N... c. *N...* (C. Liège, 7 avril 1825);
Contributions indirectes c. *Jailloux* (Cass., 8 avril 1825);
Philibert Méchin c. *Ministère public* (Cass., 8 avril 1825);
Després-Eglée c. *Ministère public* (Cass., 8 avril 1825);
Nicholas Nozé c. *Ministère public* (Cass., 8 avril 1825);
Touaillon c. *Merlin de Failly et Hall* (C. Paris, 8 avril 1825);
Ducrocq c. *Ducrocq* (C. Amiens, 8 avril 1825);
Clavier c. *Clerjault* (C. Bourges, 8 avril 1825);
Bayeux c. *Dupont* (C. Caen, 8 avril 1825);
Contributions indirectes c. *Cataly* (Cass., 9 avril 1825);
Fille Peschaud et autres c. *N...* (C. Bourges, 16 juin 1825);
Mourgaud c. *Cornet, Radoin-Descomtes et autres* (C. Poitiers, 16 juin 1825);
Sauvatre c. *Delaunay* (Cass., 5 avril 1848);
Veil-Picard c. *Pavie-Blondel et autres* (C. Paris, 29 mars 1848);
Syndic Pourrageaud c. *créanciers Pourrageaud* (C. Paris, 30 mars 1848);
Laclaverie c. *Monget et Brivady* (C. Bordeaux, 28 août 1847);

Michallet c. *Hernu* (C. Paris, 7 avril 1848);

Règlement de juges (Aff. Baillon et Claré) (Cass., 10 septembre 1847);

Ministère public c. *Brabant* (Cass., 11 septembre 1847);

Forêts c. *communes propritétaires des Potés* (Cass., 2 octobre 1847);

Lours, Magne et autres c. *Ministère public* (Cass., 7 octobre 1847);

Lebrun c. *Blanchard* (Cour de Limoges, 10 décembre 1845);

Ministère public c. *Carpentier* (Cass., 12 juin 1845).

Rapports

Code civil du Bas-Canada, Premier, Second et Troisième Rapports, Québec: George E. Desbarats 1865.

CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Les nouvelles technologies de la reproduction. Bibliographie sélective par sujet*, Québec: Gouvernement du Québec, 1989.

Monographies

ALLEN, C.K., *Law in the making*, 7th ed., Oxford: Clarendon Press, 1964.

AMOS, Sheldon, *The Science of Law*, New York: D. Appleton and Compagny, 1885.

ANCEL, Marc, *La "Common Law" d'Angleterre*, Thèse pour le Doctorat présentée et soutenue le 23 novembre 1927, Paris: Rousseau et Cie, 1927.

ANDRÉ-VINCENT, Ph-I., *Les révolutions et le droit*, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, vol. XVIII, 1974.

ANGELESCO, Alexandre C., *Technique législative en matière de codification civile*, Thèse pour le doctorat, Université de Paris, Paris: E. de Boccard, 25 Novembre 1930.

ARNAUD, André-Jean, *Les origines doctrinales du code civil français*, Vol. IX, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969.

ASSIER-ANDRIEU, Louis, *Le droit dans les société humaines*, Paris: Nathan, 1996.

ATIAS Christian, *Théorie contre arbitraire, éléments pour une théorie des théories juridiques*, Paris: Presses Universitaires de France, 1987.

- *Science des légistes et savoir des juristes*, Marseille: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 3ème éd., 1993.
- *Épistémologie du droit*, 1ère éd., Coll. Que sais-je ?, Paris: Presses Universitaires de France, 1994.

ATIYAH, P. S., *Pragmatism and Theory in English Law*, London: Stevens & sons, 1987.

ATIYAH, P. S. and SUMMERS, Robert S., *Form and Substances in Anglo-American law: a Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*, Oxford: Clarendon Press, 1987.

AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), 2e éd, New York: B. Franklin, 1970.

BACHELARD, Gaston, *Le nouvel esprit scientifique* (1934), 4ème éd., Paris: Presses Universitaires de France, 1991.

BAKER, J. H., *An Introduction to English Legal History*, 2nd ed., London: Butterworths, 1979.

BASTIT, Michel, *Naissance de la loi moderne*, Paris: Presses Universitaires de France, 1990.

BELLEY, Jean-Guy et ISSALYS, Pierre, *Aux frontières du juridique*, Groupe d'Étude sur les Processus de Transformation du Droit (GEPTUD), Sainte-Foy: Faculté de droit, Université Laval, 1993.

BERCÉ, Y.-M., *Le chaudron et la lancette. Croyances populaires et médecine préventive (1798-1830)*, Paris: Presses de la renaissance, 1984.

BERGERON, Gérard, *Petit traité de l'État*, Paris: Presses Universitaires de France, 1990.

BERNARD, Claude, *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, Paris: Garnier-Flammarion, 1865/1966.

BERNIER, Ivan et LAJOIE, Andrée (dir.), *Le droit, la société et l'économie*, Ottawa: Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, 1986.

BIBAUD, Maximilien, *Commentaires sur les lois du Bas-Canada ou Conférences de l'école de droit*, Tomes I et II, Montréal: Cérat et Bourguignon, 1859-1862.

BISPHAM, George Tucker, *Principles of Equity: a Treatise on the System of Justice Administred in Courts of Chancery*, 3rd ed., Philadelphia: Kay & Brother, 1882.

BLANCHET, Adrien, *Les enceintes romaines de la Gaule*, 1907.

BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England*, t. 1, Philadelphia: Robert Bell, 1771-1772; Oxford: Clarendon Press, 1765. Voir aussi une version française: *Commentaires sur les lois anglaises*, traduit de l'anglais sur la quinzième édition par N. M. Chompré, Tomes I, V et VI, Paris: Bossange, 1822.

BOBBIO, Noberto, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milan: Edizioni di Comunità, 1972.

BODIN, Jean, *Les six Livres de la République*, Deuxième réimpression, Paris: Édition de Paris, 1583.

BOORSTIN, Daniel J., *The mysterious science of the law*, Harvard: Harvard University Press, 1941.

BOUCHARD, Gérard, *Genèse des nations et cultures du nouveau monde*, Montréal: Boréal, 2000.

BOUCHÉ-LECLERQ, André, *Manuel des institutions romaines*, Paris: Librairies Ernest Leroux, 1931.

BOURJON, François, *Droit commun de la France et de la coutume de Paris réduits en principes*, Nouvelle édition, Tomes I et II, Paris: Grangé, 1770.

BOURRICAUD, François, *L'individualisme institutionnel. Essai sur la sociologie de Talcott Parsons*, Paris: Presses Universitaires de France, 1977.

BOUTET, Didier, *Vers l'État de droit. La théorie de l'État et du droit*, Paris: L'Harmattan, 1991.

BRETON, Philippe, RIEU, Marc-André et TINLAND, Franck, *La techno-science en question, éléments pour une archéologie du XXe siècle*, Seyssel: Champ Vallon, 1990.

BRISSON Jean-Maurice, *La formation d'un droit mixte: l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, Montréal: Les Éditions Thémis, 1986.

BRUN, Henri et TREMBLAY, Guy, *Droit constitutionnel*, 2e édition, Cowansville (Québec): Yvon Blais Inc., 1990.

BRUNET, Pierre, *L'introduction des théories de Newton en France au XVIIIe siècle - avant 1738*, genève: Slatkine Reprints, 1970.

BRYSON, W. H., *Cases Concerning Equity and The Courts of Equity 1550-1660*, Vol. I, London: Selden Society, 2001.

BULST, Neithard et GENET, Jean-Philippe, *La ville, la bourgeoisie et la genèse de l'état moderne (XIIe-XVIIIe siècles)*, Actes du colloque de Bielefeld, Éditions du Centre national de la recherche scientifique (CNRS), Paris, 1988.

BURLAMAQUI, Jean-Jacques, *Principes du Droit Naturel*, Genève: Barrillot & Fils, 1748.

CABANAC, Michel, *La quête du plaisir. Étude sur le conflit des motivations*, Montréal: Liber, 1995.

CADART, J., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, 1979.

CALLON, M, *La science et ses réseaux*, Paris: Éd. La Découverte, 1989.

CARRÉ de MALBERG, Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État*, 2ème éd., Paris: Sirey, 2 vol., 1920-1922/1962.

CHARTRAND, Luc, DUSCHESNE, Raymond et GINGRAS, Yves, *Histoire des sciences au Québec*, Montréal: Boréal, 1987.

CHAUNU, Pierre, *La civilisation de l'Europe des lumières*, Paris: Arthaud, 1993.

CHELINI Jean et Blandine, *Histoire de l'Église. Nos racines pour comprendre notre présent*, Paris: Centurion, 1993.

COLLIARD Claude-André, *La machine et le droit privé contemporain*, Paris, 1950.

COLLIN, Rémy, *Message social du savant*, Paris: Albin Michel, 1941.

COLLINET, Paul, *La genèse du Digeste, du Code et des Institutes de Justinien*, Paris: André Lesot, 1952.

COMMAILLE, Jacques, *L'esprit sociologique des lois*, Paris: Presses Universitasires de France, 1994.

COOPER-STEPHENSON, Ken, and GIBSON, Elaine (dir.), *Tort Theory*, North York: Captus University Publications, 1993.

CÔTÉ, René et ROCHER, Guy, *Entre droit et technique: enjeux normatifs et sociaux*, Montréal: Les Éditions Thémis, 1994.

COULET, Noël et GENET, Jean-Philippe (dir.), *L'État moderne: le droit, l'espace et les formes de l'État*, Actes du colloque tenu à la Baume Les Aix, Paris: Éditions du CNRS, 1990.

COUTU, Michel, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995.

CROSS, Sir Geoffrey et HALL, G.D.G., *The English legal system*, 4e éd., Londres: Butterworths, 1964.

CROSS, Rupert, *Precedent in English Law*, Oxford: Clarendon Press, 1961.

CUQ, Édouard, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, 2e éd., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1928.

DABIN, Jean, *La philosophie de l'ordre juridique positif spécialement dans les rapports de droit privé*, Paris: Recueil Sirey, 1929.

DAUMAS, Maurice, *Histoire de la science*, Paris: Gallimard, 1957.

DAVAL, Simone et GUILLEMAIN, Bernard, *Philososophie des sciences*, Paris: Presses Universitaires de France, 1959.

DAVID Hélène, *Introduction à l'étude du droit écossais*, Paris: L.G.D.J, 1972.

DAVID, René, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Coll. Les systèmes de droit contemporains, Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1948.

- *Le droit français*, t. 1, Coll. Les systèmes de droit contemporains, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1960.

DEBBASH, Charles, *Institutions et droit administratif - Les structures administratives*, t. I, Paris: Presses Universitaires de France, 1982.

DECLAREUIL, J., *Histoire générale du droit français*, Paris: Recueil Sirey, 1925.

DERATHÉ, Robert, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, Paris: Presses Universitasires de France, 1950.

DESCHOUX, Marcel, *Philosophie du savoir scientifique*, Paris: Presses Universitaires de France (P.U.F.), Collection « Lysis », 1968.

DESMAZE, Charles, *Le parlement de Paris - avec une notice sur les autres parlements de France*, 2e éd., Paris: Librairie Générale de Jurisprudence, 1860.

DEVINAT, Mathieu, *La règle prétorienne en droit français et canadien*, thèse pour le Doctorat en droit, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Septembre 2001.

DOMAT Jean, *Loix civiles dans leur ordre naturel; le droit public, et legum delectus*, t. I, Paris: éd. Carré, 1777.

DONNEDIEU DE VABRES, Jacques, *L'État*, Collection « Que sais-je », Paris: Presses Universitaires de France, 1957.

DUBOUCHET, Paul, *Sémiotique juridique: introduction à une science du droit*, Paris: Presses Universitaires de France, 1990.

DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd., Paris: A. Fontemoing, 1927.

DUMONT, L., *Homo Aequalis*, Paris: Gallimard, 1977.

EDGAR, S.G.G., *Craies on Statute Law*, 7th ed., London: Sweet & Maxwell, 1971.

EGRET, Jean, *Louis XIV et l'opposition parlementaire, 1715-1774*, Paris: A, Colin, 1970.

ELIACHEVITCH, Basile, *La personnalité juridique en droit privé romain*, Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1942.

ELLUL, Jacques, *La technique ou l'enjeu du siècle*, Paris: Librairie Armand Colin, 1954, 402 p..

- *Le système Technicien*, Paris: Calmann-Lévy, 1977.

ENRIQUES, F., *La théorie de la connaissance scientifique de Kant à nos jours*, t. VII, Coll. Philosophie et Histoire de la pensée scientifique, Paris: Hermann & Cie, 1938.

ENRIQUES, F., *Signification de l'histoire de la pensée scientifique*, t. I, Coll. Philosophie et Histoire de la pensée scientifique, Paris: Hermann & Cie, 1934.

ESMEIN, Adhémar, *Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814 - Révolution, Consulat & Empire*, Paris: Recueil Sirey, 1911.

- *L'originalité du Code civil*, t. I, Paris, 1904.

EWALD, François, *L'État providence*, Paris: Bernard Grasset, 1986.

EWALD, François, BELLIVIER, Florence et al., *Naissance du Code civil: la raison du législateur*, Paris: Flammarion, 1989.

FIEFFÉ-LACROIX, *La clef des lois romaines ou dictionnaire annalytique et raisonné de toutes les matières contenues dans le Corps de Droit*, t. I, Metz: C. Lamort, 1809.

FISCHEL, Édouard, *La constitution d'Angleterre*, Tome 1, par Ch. Vogel, Paris: C. Reinwald, 1864.

FITCH, Robert E., HARDING, Arthur L., KATZ, Wlber G. et QUILLIAN, Joseph D. Jr, *Religion, Morality, and Law*, Dallas: Southern Methodist University Press, 1956.

FONTENELLE, Bernard Le Bouyer de, *Histoire de l'Académie des sciences*, Paris: Fayard, 1727.

FOUREZ, Gérard, *La construction des sciences*, 3e éd., Bruxelles: De Boeck-Larcier, 1996.

FOUQUET, Daniel, *Textes & documents sur le Droit:*, Paris: Ellipse, 1988.

FRANCIS, Richard, *Maxims of Equity*, New York: Garland Publishing, 1728/1978.

FRANK, Jerome, *Law and the Modern Mind*, New York: Tudor Publishing Co., 1936.

FREEMAN, M.D.A., *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 7th ed., London: Sweet & Maxwell Ltd, 2001.

FRESQUET, Raymond de, *Traité élémentaire de droit romain*, Tome 1er, Paris: Étienne Giraud, sans date.

FRISON, Danièle, *Introduction au droit anglais et aux institutions britanniques*, Nanterre: Éditions ERASME, 1989.

- *Droit anglais, institutions britanniques*, Paris: Editions Marketing, 1993.

GADAMER, Hans-Georg, *Vérité et Méthode: les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, 4e éd., traduit par Étienne Sacre, Paris: Éditions du Seuil, 1960/1976.

GARANT, Patrice, *Droit administratif*, vol. 1, 3e éd., Cowansville (Québec): Yvon Blais Inc., 1991.

GAUDEMET, Jean, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Paris: Montchrestien, 1999.

GAUDEMET, Jean, *Droit privé romain*, 2e éd., Paris: Montchrestien, 2000.

GENET, Jean-Philippe (dir.), *L'État moderne: genèse. Bilans et perspectives*, Actes du Colloque tenu au CNRS, Paris: Éditions du CNRS, 1990.

GÉNY, François, *Science et technique en droit privé positif*, Vol. 1-4, Paris, 1914-1924.

- *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Essais critiques*, t. I, Paris: Librairie générales de droit et de jurisprudence, 1919.

GILISSEN, John, *Introduction historique au droit*, Bruxelles: Bruylant, 1979.

GIRARD, Paul Frédéric, *Manuel élémentaire de droit romain*, 6e éd., Paris: Rousseau et Cie, 1918.

GOULET, Jean, *La machine à faire le droit*, Sillery: Presses de l'Université du Québec, 1987.

GOYARD-FABRE, Simone, *La philosophie des Lumières en France*, Paris: Librairie C. Klincksieck, 1972.

- *John Locke et la raison raisonnable*, Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1986.
- *Philosophie politique du 16e au 20e siècle: modernité et humanisme*, Paris: Presses Universitaires de France, 1987.
- *Jean Bodin et le droit de la république*, Paris: Presses Universitaires de France, 1989.

GRAY, John Chipman, *The Nature and Sources of the Law*, 2nd ed., Gloucester (Mass.): Peter Smith, 1909 / 1972.

GRÉGOIRE, François, *Logique et philosophie des sciences*, Paris: Librairie Philosophique Vrin, 1953.

GRZEGORCZYK, Christophe, MICHAUT, Françoise et TROPER, Michel, *Le positivisme juridique*, Paris: L.G.D.J., 1992.

GUSDORF, G., *La conscience révolutionnaire - Les Idéologues*, Paris: Payot, 1978.

HABERMAS, Jürgen, *La technique et la science comme idéologie*, traduit et préfacé par Jean-René Ladmiral, Paris: Gallimard, 1973.

- *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, traduit de l'allemand par Rainer Rochlitz et Christian Bouchindhomme, Paris: Gallimard, 1997.

HALE, Matthew, *The History of the Common Law of England* (1713), Edited and with an Introduction by Charles M. Gray, Chicago: The University of Chicago Press, 1971.

HALPÉRIN, J.-L., *Le tribunal de cassation sous la révolution (1790-1799)*, Thèse de Doctorat d'État, Paris II, 1985.

HAMELIN, Jean, *Histoire de l'Université Laval*, Sainte-Foy: Les Presses de l'Université Laval, 1995.

HANS, Jonas, *Le principe de responsabilité: une éthique pour la civilisation technologique*, Paris: Cerf, 1995.

HART, Herbert L.A., *The Concept of Law 89-96*, 1961.

HAYEK, Friedrich A. von, *Droit, législation et liberté: une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, traduit de l'anglais par Raoul Audouin, Paris: Presses Universitaires de France, 1980-1983.

HENRION DE PANSEY, Pierre Paul Nicolas, *De l'autorité judiciaire en France*, 3e éd., Tome II, Paris: Théophile Barrois Père, 1827.

HILAIRE, J., *Histoire du Droit et des Institutions (Licence 1ère année)*, Paris: Les Cours de Droit, 1975.

HINCKER, Monique et François, *Condorcet - Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*, Paris: Éditions Sociales, 1971.

HOBBES, Thomas, *Léviathan*, traduit et annoté par François Tricaud, Paris: Éditions Sirey, 1971.

HOLDSWORTH, H.E.L., *History of English Law*, 9 vol., t. II, Londres, 1924.

HOOD PHILLIPS, O., JACKSON, Paul and LEOPOLD, Patricia, *O. Hood Phillips & Jackson: Constitutional and administrative law*, 7th ed., London: Sweet & Maxwell, 2001.

HOOD PHILLIPS, O. et HUDSON, A.H., *O. Hood Phillips' First Book of English Law*, 8e éd., Londres: Sweet & Maxwell, 1948/1988.

HORWITZ, Morton J., *The Transformation of American Law, 1780-1860*, Cambridge: Harvard University Press, 1977.

HOTMAN, François, *Antitribonien ou discours d'un grand et renommé jurisconsulte de notre temps sur l'étude des lois fait par l'advis de feu Monsieur de l'Hospital, Chancelier de France en l'an 1567*, Paris, 1603.

HOTTOIS, Gilbert, *Le signe et la technique: la philosophie à l'épreuve de la technique*, Paris: Aubier, 1984.

JAUME, Lucien, *Hobbes et l'État représentatif moderne*, Paris: Presses universitaires de France, 1986.

JÈZE, Gaston Paul A., *Principes généraux du droit administratif*, 3ème éd., Paris: Marcel Giard, 6 vol.,1925-1936.

JHERING, *Esprit du droit romain*, Fronis Editore, t. II et IV et 2e éd., Paris: Marescq, 1880.

KÉLADA, Henri, *Précis de droit privé québécois*, Montréal: Société québécoise d'information juridique, 1990.

KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit*, adaptée de l'allemand par Henri Thévenaz, Neuchâtel (Suisse): Éditions de la Baconnière, 1953 et 1988. Voir aussi la traduction de la 2e édition par Charles Eisenmann, Paris: Dalloz, 1962.

KUHN, Thomas S., *La structure des révolutions scientifiques*, traduit par Laure Meyer, 2ème Éd., Paris: Flammarion, 1983.

KWASHIN, S., *De la Méconnaissance des techniques dans la philosophie contemporaine, "savoir-y-faire", significations épistémologiques et politiques*, Thèse de doctorat, U.C.L., Louvain-la Neuve, 1991.

LACHANCE, André, *La justice criminelle du roi au Canada au XVIIIe siècle - Tribunaux et officiers*, Les cahiers d'histoire de l'Université Laval, Québec: Presses de l'Université Laval, 1978.

LAFERRIÈRE, M. F., *Histoire des principes, des institutions et des lois, pendant la Révolution française, depuis 1789 jusqu'à 1804*, 2e éd., Paris: Librairie de jurisprudence de Cotillon, 1851.

LAGRANGE, E., *Manuel de droit romain ou explication des Institutes de Justinien par demandes et par réponses*, 13e éd. revue par H. Lagrange, Montréal: C. Théoret, 1897.

LANSON, Gustave, *Voltaire*, éd. revue et mise à jour par René Pomeau, Paris: Hachette, 1960.

LAREAU, Edmond, *Histoire du droit canadien depuis les origines de la colonie jusqu'à nos jours*, t. II, Montréal: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1889.

LATOUR, Bruno, *Politiques de la nature - Comment faire entrer les sciences en démocratie*, Paris: La Découverte, 1999.

- *Nous n'avons jamais été modernes- Essai d'anthropologie symétrique*, Paris: La Découverte/Poche, 1997.
- *La science en Action*, Paris: Éd. La Découverte, 1989.

LAURENT, F., *Principes de droit civil*, Tome I, 4e éd., Paris: Librairie A. Maresq, 1887.

LAWSON, F.H., *The rational strength of English law*, Londres: Stevens & Sons Limited, 1951.

LECLERQ, René, *Histoire et avenir de la méthode expérimentale*, Paris: Masson et Cie, 1960.

LEMIEUX, Rodolphe, *Les origines du droit franco-canadien*, Montréal: Librairie de Droit et de Jurisprudence, 1901.

LEPAPE, Marie-Claire, *Machiavel le politique*, Paris: Presses Universitaires de France, 1968.

LE PLAY, Frédéric, *La constitution de l'Angleterre*, Tome 1 et 2, Tours: Alfred Mame et Fils, 1875.

LÉVY-ULLMANN, Henri, *Éléments d'Introduction générale à l'étude des sciences juridiques. II - Le système juridique de l'Angleterre*, Tome I[er], Paris: Recueil Sirey, 1928.

LOCKE, John, *Traité du gouvernement civil*, traduction de David Mazel, chronologie, introduction, bibliographie, notes par Simone Goyard-Fabre Tours: Flammarion, 1984.

MACCORMICK, Neil, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, 2[ème] édition, traduit par Jérôme Gagey, Paris: Presses Universitaires de France, 1978/1996.

MACH, Ernst, *La méchanique - Exposé historique et critique de son développement*, Paris: Hermann, 1925.

MACHIAVEL, Nicholas, *Discours sur la première décade de Tite-Live (1513-1520)*, I. chap. 16 , par LEPAPE, Marie-Claire, *Machiavel le politique*, par Marie-Claire Lepape, Paris: Presses Universitaires de France, 1968.

MAITLAND, F.W., *Equity - Also the forme of action at common law, Tow courses of Lectures*, Cambridge: University Press, 1932.

MCCORMICK, Charles T., *Handbook on the Law of Damages*, St. Paul (Minnesota): West Publishing Co., 1935.

MEDLEY, Dudley-Julius, *English Constitutional History*, 5[e] ed., Oxford: B.H. Blackwell, 1913.

MEIJERS, E. M., *Études d'histoire du droit*, Tome IV, partie II, Leyde: Universitaire Pers Leiden, 1966.

MICHAUD, Yves, *Hume et la fin de la philosophie*, Paris: Presses Universitaires de France, 1983.

MICHEL, A., *Histoire des Doctrines Politiques à Rome*, Paris: Presses Universitaires de France, 1971.

MIGNAULT, Pierre-Basile, *Le droit civil canadien*, Tome I, Montréal: Théorêt, 1895.

MIQUEL, C. et MÉNARD, G., *Les ruses de la technique*, Montréal: Boréal, 1988.

CENTRE DE RECHERCHES CRITIQUES SUR LE DROIT (CERCRID), *Le droit au contact de l'innovation technologique*, Colloque de mai 1987, Saint-Étienne: C.E.R.C.R.I.D., 1989.

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, texte établi avec une introduction, des notes et des variantes par Gonzague Truc, Paris: Éditions Garnier Frères, 1956.

MURPHY, J. David et RUETER, Robert, *Stare Decisis in Commonwealth Appellate Courts*, Toronto: Butterworths, 1981.

OLIVIER-MARTIN, François, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Paris: Éd. Domat Montchrestien, 1951.

OPPEINHEIMER, J. Robert, *La science et le bon sens*, trad. par Albert Colnat, Paris: Gallimard, 1955.

OPPETIT, Bruno, *Essai sur la codification*, Paris: Presses Universitaires de France, 1998.

OSBORNE, Philip H., *The Law of Torts*, 2nd ed., Toronto: Irwin Law, 2003.

OUELLETTE, Monique, *Droit et science*, Montréal: Les Éditions Thémis, 1986.

OURLIAC, Paul et GAZZANIGA, Jean-Louis, *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, Paris: Albin Michel, 1985.

PAPON, Pierre, *Le pouvoir et la science en France*, Paris: Éditions du Centurion, 1978.

PASSERIN d'ENTRÈVES, Alexandre, *La notion de l'État*, Traduit par Jean R. WEILAND, Paris: Sirey, 1969.

PERELL, Paul M., *The fusion of Law and Equity*, Toronto: Butterworth, 1990.

PERELMAN, Chaïm, *Logique juridique - Nouvelle rhétorique*, Paris: Dalloz, 1976.

- *Droit, morale et philosophie*, 2e éd., Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1976.
- *Le raisonnable et le déraisonnable en droit - Au-delà du positivisme juridique*, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1984.

PETIT, Eugène, *Traité élémentaire de droit Romain*, 9e éd., Paris: Rousseau et Cie, 1925.

PICARD, Edmond, *Le Droit pur*, Paris: Ernest Flammarion, 1930.

PINCKAERS Servais, *L'Évangile et la Morale*, Fribourg (Suisse): Éditions Universitaires Fribourg, 1990.

PIOTTE, Jean-Marc, *Les grands penseurs du monde occidental*, Montréal: Fides, 1999.

PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 2ème éd., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1928 et 5ème éd., 1950.

PLÉ, Albert, *Par devoir ou par plaisir ?*, Paris: Les Éditions du Cerf, 1980.

POPPER, Karl R., *la logique de la découverte scientifique*, traduit par Nicole Thyssen-Rutten et Philippe Devaux, Paris: Payot, 1973.

PORTALIS, «Discours préliminaire», dans François EWALD (dir.), *Naissance du Code civil*, Paris: Flammarion, 1989.

POTTER, Harold, *A short outline of english legal history*, 4th edition, London: Sweet & Maxwell, 1945.

PRADES, Jacques, *La technoscience. Les fractures des discours*, Paris: Éditions L'Harmattan, 1992.

PRIGOGINE I. et STENGERS, I., *Entre le temps et l'éternité*, Paris: Payot, 1973.

QUILLET, Jeanine, *Marsile de Padoue: le défenseur de la paix*, Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1968.

RANDALL, A. E., *Cardinal Rules of Legal Interpretation*, collected and arranged by Edward Beal. 3th ed., London: Stevens and Sons, 1924.

RAY, Jean, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, Paris: Alcan, 1926.

REGNAULT, M., *Histoire du Droit Public*, Les cours de droit, Paris: Sorbonne, 1931-1932.

RIPERT, Georges, *Les forces créatrices du droit*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1955.

ROCHER, Guy, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal: Les Éditions Thémis, 1996, 19-66; le même texte est aussi publié dans: BERNIER, Ivan et LAJOIE Andrée (dir.), *Le droit, la société et l'économie*, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, 1986, 151.

ROMANO, Santi, *L'Ordre juridique*, Paris: Dalloz, 1975.

ROUBIER, Paul, *Théorie générale du droit*, 2ème éd., Paris: Sirey, 1951.

ROUILLARD, Jacques (dir.), *Guide d'histoire du Québec du régime français à nos jours - Bibliographie commentée*, Montréal: Méridien, 1991.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du contrat social*, 1763, Paris: Garnier-Flammarion, 1966.

ROUSSEAU, Pierre, *Histoire de la science*, Paris: Librairie Arthème Fayard, 1945.

RUSSO, François, *Histoire de la pensée scientifique*, Paris: Éditions du Vieux Colombier, 1951.

SAVATIER, René, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 3ème éd., vol I, Paris: Dalloz, 1964, 1-19; Ce texte est aussi publié dans: Chronique VIII, D. 1950, 29-32.

SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, H.A., *Introduction à l'esprit et à l'histoire du droit anglais*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977.

SCHWARTZ and WADE, *Legal Control of Government*, Oxford: Clarendon Press, 1972.

SÈDE, Gérard de, *700 ans de révolte occitane*, Paris: Plon, 1982, 304 p..

SHAKANKIRI, Mohamed Abd-El-Hadi EL, *La philosophie juridique de Jeremy Bentham*, Paris: L.G.D.J., 1970.

SPINOZA, *Traité politique*, texte, traduction, introduction et notes par Sylvain Zac, Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1968.

STENGERS, I., *D'une science à l'autre, des concepts nomades*, Paris: Seuil, 1987.

STOYANOVITCK, *La pensée marxiste et le droit*, Paris: Presses Universitaires de France, 1974.

STRAYER, Joseph R., *Les origines médiévales de l'État moderne*, Paris: Payot, 1979.

STUBBS, William, *Histoire constitutionnelle de l'Angleterre*, Tome 1, traduit par Ch. Petit-Dutaillis, Paris: V. Giard & E. Brière, 1907.

THONNARD, F.-J., *Précis d'histoire de la philosophie*, Paris: Desclée & Cie, Éditeurs Pontificaux, 1952.

TIMBAL, P.C., *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, 2e éd., Paris: Dalloz, 1961.

TIMSIT, Gérard, *Thèmes et systèmes de droit*, Paris: P.U.F., 1986.

TISSET, Pierre et OURLIAC, Paul, *Manuel d'histoire du droit français*, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1949.

VILLEY, Michel, *Le droit et les droits de l'homme*, 3e éd., Paris: Presses Universitaires de France, 1983/1998.

WALKER, Geoffrey de Q., *The Rule of Law - Foundation of Constitutional Democracy*, Carlton: Melbourne University Press, 1988.

WALKER, R.J., *The English Legal System*, 5th ed., Londres: Butterworths, 1980.

WALTON, Frederic Parker, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, Introduction et traduction par Maurice TANCELIN, Toronto: Butterworth, 1980.

WASSERSTROM, Richard A., *The judicial decision - Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford: Standford University Press, 1961.

WINDEYER, W.J.V., *Lectures on Legal History*, 2nd ed., Sydney (Australia): The Law Book Compagny of Australia pty Ltd, 1957.

YOUNG, Brian, *The Politics of Codification, The Lower Canadian Civil Code of 1866*, Montréal: McGill-Queen's University Press, 1994.

ZELLER, G., *Les institutions de la France au XVIe siècle*, Paris: Presses Universitaires de France, 1987.

ZENATI, Frédéric, *La jurisprudence*, Paris: Dalloz, 1991.

ZWEIGERT, Konrad and KÖTZ, Hein, *Introduction to Comparative Law*, 3rd ed., traduit de l'Allemand par Tony Weir, Oxford: Clarendon Press, 1977/1998.

AUTEUR INCONNU, *Elements of the logical and experimental sciences considered in their relation to the practice of the law*, Londres: Henry Butterworth, 1835.

Articles

ARNOLD, Morris S., « Statutes as Judgments: the Natural Law Theory of Parliamentary Activity in Medieval England », (1977-78) 126 *University of Pennsylvania Law Review* 329-343.

ATIAS Christian, «Michel Villey et les juristes français» dans: Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, *Droit, nature, histoire: "Michel Villey, Philosophe du Droit"*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Marseille, 1985, 15-24.

AZARD, Pierre, « Le problème des sources du droit civil dans la province de Québec », (1966) 44 *Revue du Barreau Canadien* 417-442.

BADIE, Bertrand, «L'État moderne: le point de vue du politicologue», dans: Noël Coulet et Jean-Philippe Genet (dir.), *L'État moderne: le droit, l'espace et les formes de l'État*, Actes du colloque tenu à la Baume Les Aix, Paris: Éditions du CNRS, 1990, 211-218.

BAFARO, Georges, «le roi, le droit, le juge», dans: *analyses & réflexions sur le Droit*, Paris: Ed. Marketing, 1988, 5-15.

BARRACLOUGH, G., « Law and Legislation in Medieval England », (1940) 56 *The Law Quarterly Review* 75-92.

BARRET-KRIEGEL, Blandine, «La politique juridique de la monarchie française», dans: Noël Coulet et Jean-Philippe Genet (dir.), *L'État moderne: le droit, l'espace et les formes de l'État*, Actes du colloque tenu à la Baume Les Aix, Paris: Éditions du CNRS, 1990, 91-108.

BASTIT, Michel, « La diversité dans les institutes de Gaius », (1978) 23 *Archives de Philosophie du Droit* 333-342.

- «Michel Villey et les ambiguités d'Occam» dans: Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, *Droit, nature, histoire: "Michel Villey, Philosophe du Droit"*, Marseille: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1985, 65-74, p. 71.

BAUDOUIN, Jean-Louis, « Quelques perspectives historiques et politiques sur le processus de codification », dans: Actes des journées louisianaises de l'Insitut canadien d'étude juridiques supérieures, *Conférences sur le nouveau code civil du Québec*, Cowansville (Québec): Yvon Blais, 1991, 13-23.

BAYLES Michael D., « Legal principles, rule and standards », dans: *Le raisonnement jurdique*, Actes du Congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale, Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1971, 223-228.

BEAUDOIN, Lise I., « Le lisible et l'illisible - Comment donc évolue la *common law* ? », (1er mai 2001) *Le Journal du Barreau* 27.

BELLEAU, Marie-Claire, « Pouvoir judiciaire et codification: perspective historique », (1997-98) 28 *R.D.U.S.* 67-124.

BELLEY, Jean-Guy, « Un nouvel esprit scientifique pour l'internormativité », dans: Jean-Guy BELLEY (dir.), *Le droit soluble - Contributions québécoise à l'étude de l'internormativité*, Paris: L.G.D.J., 1996, 273-278.

BERNIER, Nicole, « L'autorité du précédent judiciaire à la Cour d'appel du Québec », (1971) 6:1 *Revue juridique Thémis* 535-561.

BISSON, Alain-François, « Dualité de systèmes et codification civiliste », dans: Actes des journées louisianaises de l'Insitut canadien d'étude juridiques supérieures, *Conférences sur le nouveau code civil du Québec*, Cowansville (Québec): Yvon Blais, 1991, 39-53.

- «Caractéristique et méthodes du droit civil», dans: Louise BÉLANGER-HARDY et Aline GRENON (dir.), *Éléments de Common Law et aperçu compratif du droit civil québécois*, Scarborough: Carswell, 1997, 153.

BOISTEL, A., « Le Code civil et la Philosophie du Droit », dans: SOCIÉTÉ D'ÉTUDES LÉGISLATIVE, *Le Code civil - 1804-1904 - Livre du centenaire*, t. I, Paris: Arthur Rousseau, 1904, 47-70.

BONENFANT, Jean-Charles, « Promenade à travers nos vieux statuts », (1955) 2:1 *Cahiers de Droit* 5-9.

- « Perspective historique de la rédaction des lois au Québec », (1979) 20 *Cahiers de Droit* 387-398.

BOULANGER, Jean, «Principes généraux du droit et droit positif», dans *Le droit privé français au milieu du XXe siècle - Études offertes à Georges Ripert*, t. I, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, 51-74.

BOULANGER, Jean, « Notation sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », (1961) 59 *Revue trimestrielle de droit civil* 417-441.

BOURBONNAIS HYDE, Christian, « La règle du précédent », dans Louise BÉLANGER-HARDY et Aline GRENON (dir.), *Éléments de Common Law et aperçu comparatif du droit civil québécois*, Scarborough: Carswell, 1997, 69-152.

BOUSTANY, Katia, HALDE, Normand et ANTAKI, Mark, «La Perception du risque technologique: Le droit entre Janus et Prométhée», (printemps 1998) 13:1 *C.J.L.S./R.C.D.S* 125.

BRACHET, Jean, « Unité et diversité du monde vivant », dans: Jacques NAISSE (dir.), *Affronter la complexité*, Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 1985, 25 et ss.

BRIMO, Albert, « La notion de rationalisation du droit dans la sociologie juridique de Max Weber », dans: *Recueil d'études en Hommage à Charles Eisennmann*, Paris: Éditions Cujas, 1975, 21-31.

BRISSON, Jean-Maurice, « La procédure civile au Québec avant la codification: un droit mixte, faute de mieux », dans: UNIVERSITÉ DE DROIT, D'ÉCONOMIE ET DES SCIENCES D'AIX-MARSEILLE, *La formation du droit national dans les pays de droit mixte. Les système juridiques de Common Law et de Droit Civil*, Marseille: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1989, 93-102.

BRUNEAU A.-A., « Fondement des systèmes de droit anglais et français », (1923-24) 2:7 *La Revue du Droit* 413-423.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond, «Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique», dans: *Recueil François Gény. Les sources du droit*, Tome. I, Paris: Edouard Duchemin, 1934, 192-203.

CARTER, James C., « The Ideal and Actual in the Law », (1890) 24 *American Law Review* 752.

CARTY, Hazel, « Precedent and the Court of Appeal: Lord Denning's views explored », (198)1:1 *Legal Studies* 68-76.

CAZAILLE, Jean-François, «La cote d'amour de l'ADN» et «L'analyse biochimique du comportement», (15 avril 1996) *Le Journal du Barreau*, Cahier Spécial, 6-8.

CHEVRIER, G., « Sur l'art de l'argumentation chez quelques Romanistes médiévaux au XIIe et au XIIe siècle », (1966) 11 *Archives de Philosophie du Droit* 115-148.

CHRISTIE, Georges C., « The model of principles », (1968) *Duke Law Journal* 649-669.

COSMOVICI, Paul, « La logique juridique à la lumière du rapport entre la logique et les autres sciences », dans: Hubert HUBIEN, *Le raisonnement juridique*, Actes du congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale, Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1971, 459-469.

CRÊTE, Raymonde, « Aspects méthodologique de la jurisprudence québécoise en droit commercial à la fin du XIX[e] siècle », (1993) 34:1 *Les Cahiers de Droit* 219-255.

CROSS, Rupert, « Blackstone v. Bentham », (Oct. 1976) 92 *The Law Quarterly Review* 516-527.

- « The House of Lords and the Rules of Precedent », in: P.M.S. HACKER and J. RAZ, *Law Morality and Society - Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford: Clarendon Press, 1977, 145-160.

DICKINSON, John, « The Law Behind Law », (1929) 29:2 *Columbia Law Review* 113-146.

DONALD, Bruce, « Codification in Common Law Systems » (1973) 47:1 *The Australian Law Journal* 160-177.

DORION, C.-É., « La philsophie du Code civil », (1925-1926) 5 *La Revue de droit* 134-146 et 201-213.

DOYON, Michel, « Droit, Loi et Équité », (1995) 26 *Revue générale de droit* 314-324.

DWORKIN Ronald D., « The Model of Rules », (1965) 35:14 *The University of Chicago Law Review* 14-46.

DWORKIN, Gerald, (trad. Raymond de MENASCE), « Un adoucissement de la théorie du *stare decisis* à la Chambre des Lords », (Janvier-Mars 1967) 19:1 *Revue internationale de droit comparé* 185-198.

EISMEN, A., « L'originalité du Code civil », dans: SOCIÉTÉ D'ÉTUDES LÉGISLATIVE, *Le Code civil - 1804-1904 - Livre du centenaire*, t. I, Paris: Arthur Rousseau, 1904, 5-21.

EVANS, J., « Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth Century », dans: L. GOLDSTEIN (dir.), *Precedent in Law*, Oxford: Clarendon Press, 1987.

EVANS, Kenneth, « Mental Competence. Treatment and Substitute Consent: A Lawyer's Perspective », (1988) 8:4 *Health Law in Canada* 96-99.

FABRE-SURVEYER, E., « The Civil Law in Quebec and Louisiana », (1939) *La. L. Rev.* 649.

FERGUSON, Gerry, « The Canadian Charter of Rights and Individual Choice in Treatment », (1988) 8:3 *Health Law in Canada* 63-70.

FOUREZ, Gérard, « Les sciences comme technologies intellectuelles », (août-sept 1983) *Esprit* 100-106.

FRAGISTAS, Ch. N., « Les précédents judiciaires en Europe continentale », dans: *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Tome II, Paris: Dalloz & Sirey, 139-172.

FRANEAU, Jacques, « L'évolution historique de la pensée scientifique - l'émergence de la connaissance objective », dans Jacques FRANEAU (dir.), *Science, Expérience et Raison*, Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 1988, 11-42.

FREUND, Julien, «À la recherche de la vérité du droit» dans: Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, *Droit, nature, histoire: "Michel Villey, Philosophe du Droit"*, Marseille: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1985, 175-189.

FRIEDMANN, Wolfgang, « Stare Decisis at Common Law and under the Civil Code of Quebec », (1953) 31:7 *The Canadian Bar Review* 723-751.

GARDIES, Jean-Louis, « Système normatif et systèmes de normes », (1974) 19 *Archives de philosophie du droit* 33-47.

GAURIER, Dominique, « La rédaction des normes juridiques, source de la métamorphose du droit ? Quelques repères historiques pour une réflexion contemporaine », (2001) 31 *R.G.D.* 1-85.

GENET, Jean-Philippe, «conclusion», Actes du colloque de Bielefeld, *La ville, la bourgeoisie et la genèse de l'État moderne*, Paris: Éditions du CNRS, 1988, 339-340.

- «L'État moderne: un modèle opératoire» dans: Jean-Philippe Genet (dir.), *L'État moderne: genèse. Bilans et perspectives*, Actes du Colloque tenu au CNRS, Paris: Éditions du CNRS, 1990, 261-285.

GÉNY François, «Justice et force. Pour l'intégration de la force dans le droit », dans *Études de droit civil, à la mémoire de Henri Capitant*, Paris: Dalloz, 1939.

GLENN, H.P., « Persuasive Authority », (1987) 32 *McGill L.J.* 261.

GOODHART, A.L., « Precedent in English and Continental Law », (1934) 50 *The Law Quarterly Review* 40-65.

GOROVITZ, Samuel, « Engeneering human reproduction: a challenge to public policy », (1985) 10 *Med. & Phil.* 277.

GOURON, André, « Les ordonnances royales dans la France médiévale », dans: Antonio PADOA-SCHIOPPA (Dir.), *Justice et législation*, Traduit par Marie-Anee de Kisch, Paris: Presses Universitaires de France, 2000, 499 p..

GOYARD-FABRE, Simone, «Michel Villey, critique de l'individualisme» dans: Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, *Droit, nature, histoire: "Michel Villey, Philosophe du Droit"*, Marseille: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1985, 73-92.

GRZEGORCZYK, Christophe, « Jurisprudence: phénomène judiciaire, science ou méthode ? », (1985) 30 *Archives de Philosophie du Droit* 35-52.

HABA, E. P., « Sciences du droit - quelle science ? Le droit en tant que science: une question de méthode », (1991) 36 *Archives de Philosophie du Droit* 165-187.

HART, Herbert L.A., «Positivism and the Separation of Law and Morals», *Harvard Law Review* 1958, reproduit dans *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 56, n. 25.

HÉBRAUD, Pierre, « Le juge et la jurisprudence », dans: UNIVERSITÉ DES SCIENCES SOCIALES DE TOULOUSE, *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse: Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, 329-372.

HERMAN, Shael, « The Fate and Future of Codification in America », dans: Alfredo Mordechai RABELLO (Dir.), *Essays on European Law and Israel*, Jerusalem: Hamaccabi Press, 1996, 89-129.

HOLDSWORTH, W.S., « The Movement for Reforms in the Law (1793-1832) », (1940) 56 *The Law Quarterly Review* 33-48, 208-228 et 340-353.

HOTTOIS, Gilbert, «Bioéthique: du problème des fondements à la question de la régulation», dans Gilbert HOTTOIS et Charles SUSANNE, *Bioéthique et libre-examen*, Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 1988, 101-111.

HOTTOIS, Gilbert, «Évaluer la technique et/ou (ré)évaluer l'éthique? En guise d'introduction», dans: Gilbert HOTTOIS, *Évaluer la technique. Aspects éthiques de la philosophie de la technique*, Librairie Philosophique J. VRIN, Paris, 1988, 9-12

HOWES, D., « From Polyjurality to Monojurality: The Transformation of Quebec Law, 1875-1929 », (1986-1987) 32 *McGill L.J.* 523.

HUARD, Isabelle, « L'édit: un héritage du droit romain », (15 mars 2002) 34: 5 *Le Journal du Barreau* 22.

HUBBARD, H.A., « Le processus judiciaire du « common law » », (1968) 28:1 *Revue du Barreau* 1-35.

ISSALYS, P., «La loi dans le droit: tradition, critique et transformation», dans: BELLEY, Jean-Guy et ISSALYS, Pierre, *Aux frontières du juridique*, Groupe d'Étude sur les Processus de Transformation du Droit (GEPTUD), Faculté de droit, Université Laval, Québec, 1993, 190.

JAUFFRET SPINOSI, Camille, « La structure du droit français », (2002) 2 *Revue internationale de droit comparé* 265-275.

JESTAZ, Philippe, «Intervention de Philippe Jestaz», dans: CENTRE DE RECHERHES CRITIQUES SUR LE DROIT (CERCRID), *Le Droit au Contact de l'inovation Technologique*, Colloque de mai 1987, Université Jean Monnet, St-Étienne.

JOLOWICZ, John-Antony, « La jurisprudence en droit anglais: aperçu sur la règle du précédent », (1985) 30 *Archives de philosophie du droit* 105-116.

KALINOWSKI, Georges et VILLEY, Michel, « La mobilité du droit naturel chez Aristote et Thomas d'Aquin », (1984) 29 *Archives de philosophie du droit* 187-199.

KALINOWSKI, Georges, « Logique et philosophie du droit subjectif », (1964) 9 *Archives de philosophie du droit* 37-43.

- « De la spécificité de la logique juridique », (1966) 11 *Archives de philosophie du droit* 7-23.
- « L'interprétation du droit: ses règles juridiques et logiques », (1985) 30 *Archives de philosophie du droit* 171-180.

KAYE, D.H., « Proof in Law and Science », (spring 1992) 32 *Jurimetrics Journal* 313-322.

KERCHOVE, Michel van de, « Jurisprudence et rationalité juridique », (1985) 30 *Archives de philosophie du droit* 207-242.

KOLISH, Evelyn, « Le conseil législatif et les bureaux d'enregistrement », (1981) 35 *R.H.A.F.* 217-230.

- « The Impact of the Change in Legal Metropolis on the Development of Lower Canada's Legal System: Judicial Chaos and Legislative Paralysis on the Civil Law, 1791-1838 », (1988) 3 *R.C.D.S.* 1.

LABROUSSE, Élisabeth, «Le XVII[e] siècle», dans Henri DUBIEF et Jacques POUJOL, *La France protestante*, Montpellier: Les Éditions de Paris, 1996.

LATOUR, Bruno, « Give-Me a Laboratory and I Will Raise the World », dans K. KNORR et M. MULKAY (dir.), *Science Observed, New Perspectives in the Sociology of Science*, Londres: Sage, 1982.

LEFEBVRE, Georges, «Études additionnelles de l'édition française», dans William STUBBS, *Histoire constitutionnelle de l'Angleterre*, traduit par Ch. Petit-Dutaillis, Tome 3, Paris: V. Giard & E. Brière, 1907.

LEGRAND, Pierre, « Pour le *common law* », (1992) 4 *Revue Internationale de Droit Comparé* 941-947.

LEVMORE, Saul, « Comment - The Creation of a Common-Law Rule: The Fellow-Servant Rule, 1837-1869 », dans: Saul LEVMORE (dir.), *Foundations of Tort Law*, Oxford: Oxford University Press, 1994, 193-205.

LÉVY-BRUHL, H., «Droit et sociologie», (1937) 3-4 *Arch. de phil. du droit et de soc. jur.* 22.

L'HEUREUX, Jacques, « L'organisation judiciaire au Québec de 1764 à 1774 », (1970) 1:2 *Revue générale de droit* 266-331.

LINOTTE, Didier, « Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif », (20 septembre 1980) 36:9 *L'Actualité juridique Droit administratif* 632-639.

LORANGER, T.J.J., « Le Droit Civil du Bas-Canada suivant l'ordre du Code », (1869) 1 *Revue légale* 1-29.

MACDONALD, Roderick A., « Encoding *Canadian* Civil Law », dans: CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Mélanges - Paul-André Crépeau*, Cowansville (Québec): Yvon Blais Inc., 1997, 579-640.

MAITLAND, F.W., «The Crown as Corporation», (1901) 17 *Law Quartely Review* 131.

MALAURIE, Philippe, « La jurisprudence combattue par la loi », dans: FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUE DE POITIERS, *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris: Dalloz, 1965, 603-620.

MARTIN, X., «Révolution française et socialisation de l'individu», dans MAZAURIC C. (dir.), *La révolution française et les processus de socialisation de l'homme moderne*, Paris: Messidor, 1989, 215.

MAURY, Jacques, « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », dans: *Le droit privé français au milieu du Xxe siècle - études offertes à Georges Ripert*, Tome I, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, 28-50.

MENSER, Michael et ARONOWITZ, Stanley, «On Cultural Studies, Science, and Technology», dans: ARONOWITZ, Stanley, MARTINSONS, Barbara et MENSER, Michael, *Technoscience and Cyberculture*, New-York: Routledge Inc., 1996, 7-28.

MIAILLE, Michel, « Critique marxiste de la loi dans l'État bourgeois », (1980) 25 *Archives de philosophie du droit* 263.

MICHAUD, Claude, «L'Europe centrale et la cas Hongrois», dans: Noël Coulet et Jean-Philippe Genet (dir.), *L'État moderne: le droit, l'espace et les formes de l'État*, Actes du colloque tenu à la Baume Les Aix, Paris: Éditions du CNRS, 1990, 189-207.

MIGNAULT, Pierre-Basile, « The authority of decided cases », (1925) 3:1 *Canadian Bar Review* 1-24.

MONTIGNY, B.A.T. De, « De la jurisprudence », (1879) 1 *La Thémis* 1-21.

MOREL, André, « La réaction des canadiens devant l'administration de la justice de 1764 à 1774, Une forme de résistance passive », (1960) 20 *Revue du Barreau* 53

- « La codification devant l'opinion publique de l'époque », dans: Jacques BOUCHER et André MOREL (Dir.), *Le droit dans la vie familiale - Livre du centenaire du code civil (I)*, Montréal: Les presses de l'Université de Montréal, 1970.
- « L'émergence du nouvel ordre juridique instauré par le Code civil du Bas-Canada (1866-1890) », dans *Les Journées Maximilien Caron 1992, Le*

nouveau Code civil - interprétation et application, Montréal: Les Éditions Thémis, 1993, 49-63.

MORIN, Michel, « La perception de l'ancien droit et du nouveau droit français au Bas-Canada, 1774-1866. », dans Patrick H. GLENN (dir.), *Droit québécois et droit Français: communauté, autonomie, concordance*, Cowansville (Québec): Yvon Blais Inc., 1993, 1-41.

- « Introduction historique au droit civil québécois », dans Louise BÉLANGER-HARDY et Aline GRENON (dir.), *Éléments de Common Law et aperçu comparatif du droit civil québécois*, Scarborough: Carswell, 1997, 59-68.
- « Des juristes sédentaires ? L'influence du droit anglais et du droit français sur l'interprétation du *Code civil du Bas-Canada* », (Automne 2000) 60 *Revue du Barreau* 249-386.

MURE, Georges, « Le droit phénomène social », (1979) 9 *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke* (*R.D.U.S.*) 323-353.

NICHOLET, Claude, «L'empire romain est-il un «État moderne», Noël Coulet et Jean-Philippe Genet (dir.), *L'État moderne: le droit, l'espace et les formes de l'État*, Actes du colloque tenu à la Baume Les Aix, Paris: Éditions du CNRS, 1990, 111-127.

NORMAND, Sylvio, « La codification de 1866: context et impact », Patrick H. GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français: communauté, autonomie, concordance*, Cowansville (Québec): Yvon Blais Inc., 1993, 43-62.

OBERDORFF, Henri, «Quelle intervention du droit?», dans: Centre de recherches critiques sur le droit (CERCRID), *Le Droit au Contact de l'inovation Technologique*, Colloque de mai 1987, Université Jean Monnet, Saint-Étienne.

- « Éléments pour une bibliographie sur le droit au contact de l'innovation technologique », dans: Centre de recherches critiques sur le droit (CERCRID), *Le Droit au Contact de l'inovation Technologique*, Colloque de mai 1987, Université Jean Monnet, Saint-Étienne, 153-161.

PALLARD, Henri, « La common law et ses institutions 1066-1875 », dans Louise BÉLANGER-HARDY et Aline GRENON (dir.), *Éléments de Common Law et aperçu comparatif du droit civil québécois*, Scarborough: Carswell, 1997, 1-58.

PALMARI, Paul Antoine de, « La norme juridique et la libre recherche scientifique: une analyse critique de l'œuvre de François Gény », dans: Claude THOMASSET et al (Dir.), *François Gény, mythe et réalités, 1899-1999 centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Cowansville (Québec): Yvon Blais, 2000, 233-249.

PARAIN-VIAL, J., « La nature du concept juridique et la logique », (1966) 11 *Archives de philosophie du droit* 45-57.

PARSONS, Talcott, «On Building Social System Theory: A Personal History», (1970) *Deadalus* 867.

PATRIS, F.-F., « Avis de l'éditeur pour la troisième édition du Journal du palais », dans: LEDRU-ROLLIN, *Journal du Palais*, Tome I - 1791 - an VIII, 3e éd., Paris: F.-F. Patris, 1838, V-VIII.

PERELMAN, Chaïm, « Raisonnement juridique et logique juridique », (1966) 11 *Archives de philosophie du droit* 1-6.

PETEV, Valentin V., «Structures rationnelles et implications sociologiques de la jurisprudence», (1985) 30 *Archives de philosophie du droit* 181-189.

PINEAU, Jean, « La philosophie générale du nouveau Code civil du Québec », (1992) 71 *La Revue du Barreau Canadien* 423-444; voir aussi: dans *Les Journées Maximilien Caron 1992, Le nouveau Code civil - interprétation et application*, Montréal: Les Éditions Thémis, 1993, 269-291.

POIRIER, René, « Rationalité juridique et rationalité scientifique », (1978) 23 *Archives de philosophie du droit* 11-34.

PORTALIS, « De la publication, des effets et de l'application des lois en générale », Titre préliminaire, *Corps législatif*, 23 frimaire an X - 14 décembre 1801, t. VI, pp. 268-270, dans: François EWALD (dir.), *Naissance du Code civil*, Paris: Flammarion, 1989.

POUND, Roscoe, « Theories of Law », (1912) 22 *Yale Law Journal* 114-150.

- « The end of Law as Developped in Legal Rules and Doctrines », (1914) 27:3 *Harvard Law Review* 195-234.

PULTE, Helmut, « Order of Nature and Orders of Science », dans: Wolfgang LEFÈVRE (dir.), *Between Leibniz, Newton, and Kant. Philosophy and Science in the Eighteenth Century*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2001, 61-92.

RAYNAUD, Philippe, « La loi et la jurisprudence, des lumières à la révolution française », (1985) 30 *Archives de Philosophie du Droit* 61-70.

RIGAUDIÈRE, Albert, «Loi et État dans la France du bas Moyen Âge», dans: Noël Coulet et Jean-Philippe Genet (dir.), *L'État moderne: le droit, l'espace et les formes de l'État*, Actes du colloque tenu à la Baume Les Aix, Paris: Éditions du CNRS, 1990, 33-59.

RIVERO, Jean, «Apologie pour les "faiseurs de systèmes"», (1951) *D.* , Chronique 23, 99-102.

ROCHER, Guy, «Le droit et la sociologie du droit chez Talcott Parsons», (1989) XXI, n°1, *Sociologie et Société* 143.

ROLLAND, Louise, « Les abstractions logiques et les pratiques juridiques comme source de droit », dans: Claude THOMASSET et al (Dir.), *François Gény, mythe et réalités, 1899-1999 centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Cowansville (Québec): Yvon Blais, 2000, 161-178.

SAUVEL, Tony, « Histoire du jugement motivé », (1955) 61 *Revue du Droit Public et de la Science Politique* 5-53.

SAVATIER, René, « Observations sur les modes contemporains de formation du droit positif », dans *Mélanges Jean Dabin*, Paris: Sirey, 1963, 293-315.

SÈVE, René, «Qu'est-ce que le positivisme?» dans: Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, *Droit, nature, histoire: "Michel Villey, Philosophe du Droit"*, Marseille: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1985, 109-119.

SIMONIUS, Auguste, «Quelles sont les causes de l'autorité du droit ? », dans: *Recueil François Gény. Les sources du droit*, Tome. I, Paris: Edouard Duchemin, 1934/1977, 204-222.

SMITH, Sidney E., « The Stage of Equity », (1933) 11 *The Canadian Bar Review* 308-316.

TANCELIN, Maurice, « La modernité du droit vue à travers l'anthropologie dogmatique et la sociologie des sciences », (2000) 41 *Les Cahiers de Droit* 567-590.

THOMAS, Yan, « Michel Villey, la romanistique et le droit romain », dans Michel GARCIN (dir.), *Droit, nature, histoire*, IV[e] Colloque de l'association Française de Philosophie du droit, Marseille: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1985.

THOMASSET, Claude et LAPERRIÈRE, René, « François Gény, la libre recherche scientifique et la nature des choses », dans: Claude THOMASSET et al (Dir.), *François Gény, mythe et réalités, 1899-1999 centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Cowansville (Québec): Yvon Blais, 2000, 251-291.

TIMACHEFF, N.S., «L'étude sociologique du droit», (1938) 1-2 *Arch. de phil. du dr. et de soc. jur.* 212.

TREMBLAY, Luc B., « Le normatif et le descriptif en théorie du droit », (2002-03) 33 *Revue de Droit de l'université de Sherbrooke* 69-95.

TROPER, Michel, « Les théories volontaristes du droit: ontologie et théorie de la science du droit », dans: Paul AMSELEK et Christophe GRZEGORCZYK, *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris: Presses Universitaires de France, 1989, 53-66.

TOULMIN, Stephen, « Equity and Principles », (march 1982) 20:1 *Osgoode Hall Law Journal* 1-17.

TUNC, André, « Logique et politique dans l'élaboration du droit, spécialement en matière de reponsabilité civile », dans *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin - I théorie générale du droit*, Paris: Sirey, 1963, 317-339.

VIGIÉ, A., « De la nécessité d'une Édition du Code civil au point de vue historique », dans: SOCIÉTÉ D'ÉTUDES LÉGISLATIVE, *Le Code civil - 1804-1904 - Livre du centenaire*, t. I, Paris: Arthur Rousseau, 1904, 25-43.

VILLEY, Michel, « Les rapports de la science juridique et de la philosophie du droit », (1978) 23 *Archives de Philosophie du Droit* 363-368.

- « Liminaire: Données historiques », (1966) 11 *Archives de philosophie du droit* VII-XVI.
- «Kant dans l'histoire du droit», dans: INSTITUT INTERNATIONAL DE PHILOSOPHIE POLITIQUE, *La philosophie politique de Kant*, Annales de Philosophie Politique 4, Paris: Presses Universitaires de France, 1962.

VULLIERME, Jean-Louis, «Question de politique» dans: Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, *Droit, nature, histoire: "Michel Villey, Philosophe du Droit"*, Marseille: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1985, 163-174.

WALINE, Marcel, «Positivisme philosophique, juridique et sociologique», dans Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Mélanges Carré de Malberg*, Paris: Recueil Sirey, 1933, 519-534.

- «Défense du positivisme juridique», (1939) *Archives de philosophie du droit* 84-96.

- «Le pouvoir normatif de la jurisprudence », dans: *La technique et les principes du droit public - études en l'honneur de Georges Scelle*, tome deuxième, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950, 613-632.

WALSER, Bryan L., «Shared Technical Decisionmaking and the Disaggregation of Sovereignty: international regulatory policy, Expert Communities, and the multinational pharmaceutical Industry», (1998) 72 *Tennessee Law Review* 1597-1699.

WALUCHOW, W. J., «The Manyfaces of Legal Positivism», (1998) 48 *University of Toronto Law Journal* 387-449.

WINDER, W. H. D., « Precedent in Equity », (1941) 57 *Law Quaterly Review* 245-279.

WURZEL, « Methods of Juridical Thinking », dans: *Science of Legal Method*, IX Modern Legal Philosophy Series, 1921.

YIANNOPOULOS, A. N., « An Introduction to the Louisiana Civil Code », dans: *West's Louisiana Statute annotated*, Vol. 1, St Paul (Minn.): West Publishing Co., 1993.

ZAC, Sylvain, « introduction » dans SPINOZA, *Traité politique*, Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1968.