

La porosité du droit: à propos des relations du droit avec d'autres disciplines

Anne-Lise SIBONY

Chers amis de la faculté,

Il se fait tard et vous me pardonnerez peut-être de ne pas énumérer vos titres et qualités. Laissez-moi vous dire d'emblée ce dont j'aimerais vous parler. Le titre de cette leçon « La porosité du droit » appelle en effet un mot d'explication. On dit d'un matériau – par exemple une roche ou de la terre cuite – qu'il est poreux lorsque sa surface comporte une multitude de petits trous. Par extension, poreux peut se dire, de « ce qui présente des points de contact, de passage, permettant les échanges, les influences »⁽¹⁾. C'est précisément d'échanges entre le droit et d'autres disciplines que je voudrais vous parler, d'influences aussi, auxquelles le droit peut s'ouvrir, par des canaux toujours petits et bien délimités.

Ces échanges entre le droit et d'autres savoirs sont multiples. Le droit de la famille emprunte à la sociologie – avec ou sans rigueur⁽²⁾ –, le droit de la concurrence se tourne vers l'économie. Plus immédiatement encore, le droit pénal s'appuie sur la psychiatrie, non seulement dans le cadre d'un procès, à travers des expertises, mais aussi lorsque le législateur se saisit de données acquises de la science. Ainsi le Code pénal néerlandais s'écarte-t-il désormais d'une vision binaire de la responsabilité pénale pour admettre que l'abolition du discernement ne doit pas être appréhendée selon une logique du tout ou rien, mais peut au contraire être susceptible de degrés. Ce faisant, la vision juridique du monde se rapproche de la vision scientifique, puisque la psychiatrie fait précisément valoir que la maladie mentale n'est pas de l'ordre du tout ou rien, mais du continuum entre des symptômes légers et des pathologies graves comme la schizophrénie.

Au delà de ces exemples, tenir compte des acquis de la science est pour le droit avant tout une question de légitimité. Le droit ne peut se permettre

⁽¹⁾ *Le Petit Robert*, Paris, 2002.

⁽²⁾ Selon le sous-titre de l'ouvrage de Jean CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001.

d'ignorer trop radicalement ce qu'on sait du monde tel qu'il va. Il y a bien sûr aussi l'enjeu du pouvoir que confère le savoir dans le prétoire et les enjeux économiques derrière les expertises.

Il ne saurait être question ici de traiter de tous les rapports du droit avec toutes les sciences. La réflexion plus limitée à laquelle je vous convie ne concerne que quelques exemples, empruntés à des domaines que j'étudie, mais derrière lesquels se profile peut-être un schéma commun, une sorte de topologie des emprunts possibles. C'est ce schéma commun que j'aimerais esquisser devant vous. Il peut être tracé à partir de deux questions: «où?» et «comment?». Où les emprunts se font-ils: vers quelles parties du droit et à partir de quels savoirs extérieurs au droit? Comment se font-ils: par quelles techniques le droit fait-il siens des savoirs scientifiques?

Sur la première question, concernant les lieux d'emprunt, mon hypothèse peut être formulée simplement: de même que, en forêt, il y a des coins à champignons, il y aurait en droit des coins à emprunts, des lieux juridiques plus poreux que d'autres et donc plus aptes à s'imprégner de savoir scientifique. Sur la seconde question, concernant les mécanismes qui président aux emprunts, je vous livrerai ceux que je connais. Je ne suis pas certaine de les avoir tous identifiés, mais je suis convaincue qu'ils sont en nombre limité.

Ces deux questions – «où?» et «comment?» – formeront les deux temps de cette leçon. Cherchons donc tout d'abord à identifier les lieux poreux du droit (I), nous verrons ensuite quels mécanismes d'emprunts peuvent se développer sur ces terrains propices (II).

I. LES LIEUX POREUX DU DROIT

Dans la forêt du droit, il y a des sentiers bien balisés (A). Je les évoquerai rapidement, car ce n'est pas là que l'on trouve les meilleurs coins à emprunts. Ceux-ci se situent au contraire là où les balises s'effacent et, plus précisément, là où les chemins eux-mêmes s'arrêtent. Le juriste se trouve alors dans la position du promeneur à pied qui débouche sur un cours d'eau qu'il ne sait comment traverser, ce qu'on pourrait appeler une rivière de perplexité (B).

A. Les sentiers balisés

Parmi les sentiers balisés, l'itinéraire dit 1382 est l'un des mieux connus, c'est celui que l'on emprunte notamment en cas d'accident. En pareil cas en effet, on applique l'article 1382 du Code civil selon lequel «tout fait de l'homme qui cause un dommage à autrui oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer». Bien sûr, même sur un chemin aussi emprunté que celui-ci, on peut rencontrer des embûches. Mais ce qui distingue ces embûches des coins à emprunts que nous cherchons, c'est qu'elles peuvent généralement

être surmontées avec des moyens juridiques. Cela ne veut pas dire qu'on ne convoque jamais de savoir scientifique, mais seulement que ce savoir, lorsqu'il est convoqué, n'atteint pas le cœur du droit.

Par exemple, il peut être difficile de déterminer si un médecin a commis une faute. Le juge pourra alors se tourner vers la science médicale pour savoir quelle était, selon le consensus de la profession, la conduite à tenir en pareil cas. Ce type de référence à une pratique professionnelle et à une science reste à la périphérie du droit. En effet, quel que soit le contenu de la norme professionnelle et qu'elle ait ou non été violée par le médecin, *cela ne change rien à la définition de la faute comme déviance par rapport à une bonne pratique*. Le droit appréhende la situation à partir de ses catégories et selon ses méthodes de raisonnement. Le savoir extérieur, ici médical, n'est convoqué que pour remplir dans le cas particulier des catégories pré-définies. Pour le dire en termes plus mathématiques, la connaissance scientifique sert à déterminer la valeur particulière que prend, dans le cas précis, une variable dont la définition n'est pas en cause (la variable faute, la variable dommage, la variable lien de causalité).

Tant que l'on se trouve sur un sentier balisé, les sciences peuvent être convoquées pour répondre à une question que pose le droit, *pas pour reformuler la question*. C'est précisément ce rôle de la science d'emprunt qui change lorsque, au détour d'un chemin bien tracé, l'on débouche sur une rivière de perplexité.

B. Les rivières de perplexité

Appliquer une règle de droit, toujours générale, à des faits, toujours particuliers, implique nécessairement un saut. Les juges le savent mieux que quiconque, eux qui doivent exposer, à travers la motivation de leurs décisions, pourquoi, dans le cas précis qui leur est soumis, une règle plutôt qu'une autre doit recevoir application. Les juges sont agiles et connaissent fort bien différentes figures de saut, qu'ils pratiquent régulièrement. Cette discipline se nomme la qualification juridique des faits. Elle se pratique sans équipement particulier, à l'aide de codes, de preuves fournies par les parties, d'arguments avancés par les plaideurs et de raisonnements. Il peut cependant arriver que le juge – ou tout autre interprète de la règle de droit – se sente un peu démuni lorsque la distance entre le droit et le fait paraît considérable. Cela se produit généralement lorsque la règle de droit est formulée en termes particulièrement vagues ou abstraits, ce qui est en réalité assez fréquent.

Par exemple, en droit européen de la concurrence, dont il a été question tout à l'heure⁽³⁾, l'une des règles les plus importantes porte, en substance, interdiction des accords qui «restreignent la concurrence». Mais comment savoir si un accord particulier «restreint la concurrence»? À première vue, c'est un

⁽³⁾ Voy. la leçon de Nicolas Petit dans ce numéro.

peu moins intuitif que de savoir si quelqu'un a commis une faute. Dans le cas de la faute, on peut faire appel à une notion commune. Le cas de la restriction de concurrence paraît plus technique. L'interprète de la règle est d'autant plus intimidée qu'elle sait qu'il existe une science économique et peut supposer que cette discipline permet de définir ce qu'est la concurrence et, par conséquent, ce qui est susceptible de la restreindre. En pareil cas, il y a une sorte de tendance naturelle à admettre la pertinence d'un savoir extérieur au droit pour éclairer le sens de la règle de droit.

Bien que je me sois rendue coupable de développements assez longs dans ce domaine⁽⁴⁾, je ne crois pas que les affinités électives existent uniquement entre le droit et l'économie. Je crois au contraire que le droit gagne à s'ouvrir aussi à d'autres disciplines, par exemple à la psychologie.

C'est ce qui m'a conduit vers les sous-bois que j'explore dans mes recherches actuelles. Ils se situent dans la province du droit européen de la consommation, plus précisément, au lieu-dit de la protection des consommateurs contre les pratiques déloyales. On désigne par là les pratiques commerciales qui sont «contraires à la diligence professionnelle» – condition que je laisse ici de côté – et qui «altèrent de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen par rapport au produit»⁽⁵⁾. Vaste programme! Mais précisément, c'est parce que la définition donnée dans la directive donne un peu le vertige que l'on aimerait se tourner vers une source de savoir qui permettrait de préciser la notion juridique «d'altération substantielle du comportement par rapport au produit», dont on perçoit mal les contours. Ici, c'est parce qu'il semble exister une proximité entre les pratiques commerciales peu recommandables que le droit cherche à saisir et ce que les psychologues appellent des techniques de manipulation que l'on est enclin à rechercher du côté de la psychologie un cadre d'analyse dont le droit de la consommation pourrait tirer profit.

Plus généralement, l'appel à un autre savoir, qui caractérise ce que j'ai appelé la porosité du droit se rencontre lorsque deux conditions sont réunies. Il faut, en premier lieu, qu'une règle de droit soit formulée à l'aide de ce qu'on appelle des notions à contenu variable ou à texture ouverte. Il faut, en second lieu, que cette notion, dont on peine à donner une définition précise, semble renvoyer à un savoir particulier. Notion à contenu variable et affinité élective avec une science seraient donc aux lieux poreux du droit ce que la pénombre et l'humidité sont aux champignons des sous-bois.

⁽⁴⁾ A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, L.G.D.J., 2008.

⁽⁵⁾ Article 5, paragraphe 2, de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, *J.O.* 2005 L 149, pp. 22-39.

Ayant ainsi identifié les caractéristiques générales des coins à emprunts, passons aux techniques de cueillette, je veux dire aux mécanismes par lesquels le droit laisse entrer un savoir extérieur, lorsque celui-ci paraît pertinent.

II. LES MÉCANISMES D'EMPRUNTS

Comment un savoir, dont on pressent l'utilité pour le droit, peut-il être incorporé au droit? Il peut l'être de plusieurs manières, mais sans doute pas d'une infinité de manières. Mon hypothèse est ici qu'il existe des invariants dans les techniques par lesquelles le droit incorpore d'autres savoirs. Les emprunts passent nécessairement par certains canaux (A). Or, sur ces canaux, toutes les embarcations scientifiques ne passent pas. Celles qui sont trop volumineuses en particulier ne peuvent satisfaire aux contraintes de navigation (B).

Voyons d'abord à quoi ressemblent les canaux, nous nous tournerons ensuite vers les contraintes de navigation.

A. Les canaux d'emprunts

Un peu comme à Venise, les canaux qui mènent de la science au droit forment un réseau. Il y a des canaux principaux, et de plus petits. Les importations en provenance des sciences arrivent généralement par le grand canal de l'interprétation avant de pénétrer plus avant dans le droit par les canaux plus étroits de la qualification et de la preuve.

I. L'interprétation

Le canal de l'interprétation est assez facile à repérer. Il est emprunté lorsque, dans la formulation même de la règle de droit, à travers les termes utilisés, il y a une référence manifeste à une autre discipline. On peut ici citer une loi actuellement en débat devant le parlement français qui incriminerait la violence psychologique au sein du couple⁽⁶⁾. Si la loi est votée, il sera difficile d'ignorer la psychologie pour donner un contenu précis au délit ainsi défini.

Le premier canal d'emprunt à une science peut donc être décrit comme l'appel direct du droit à une autre discipline *pour interpréter une notion qui se*

⁽⁶⁾ Proposition de loi n° 2121 renforçant la protection des victimes et la prévention et la répression des violences faites aux femmes, présentée par Madame Danielle Bousquet e.a. le 27 novembre 2009. Aux termes de l'article 17 de cette proposition, un nouvel article serait inséré dans le Code pénal: « Art. 222-13-1. – Le fait de soumettre son conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou concubin ou un ancien conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou concubin à des agissements ou des paroles répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de vie de la victime susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité ou d'entraîner une altération de sa santé physique ou mentale est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75.000 euros d'amende».

trouve dans la loi. À ce stade, seule la destination de l'emprunt – à savoir l'interprétation – est définie, pas ses modalités. Pour cela, il faut emprunter le réseau de canaux secondaires, celui de la qualification juridique des faits.

2. La qualification

Pour qu'un emprunt soit efficace et qu'il serve effectivement à faire le pont entre la règle si générale et les faits si particuliers, il doit permettre de *structurer* l'opération de qualification juridique des faits (la discipline sportive favorite des magistrats, que j'évoquais tout à l'heure). Il doit permettre d'en définir des étapes intermédiaires: jeter des pierres dans la rivière, de sorte que l'on puisse la traverser par petits sauts.

À cet égard, la contribution la plus précieuse d'une science consiste à attirer l'attention des juristes sur la pertinence de certains faits aux fins de la qualification qu'ils cherchent à appliquer. Ainsi, l'économiste dit au juge de la concurrence: «pour apprécier une restriction de concurrence, regarde s'il y a des barrières à l'entrée sur le marché». De même, le psychologue pourrait dire au juge des pratiques déloyales: «regarde si la stratégie de vente dont se plaint le consommateur joue sur une mise en scène de sa liberté destinée à produire un "engagement"».

En disant cela, l'économiste et le psychologue apportent ce qu'on peut appeler des *qualifications intermédiaires*: la notion de barrière à l'entrée dans le premier cas, la notion d'engagement – au sens particulier que donnent les psychologues à ce terme – dans le second. Par ces notions, *qui ne se trouvent pas dans la règle de droit telle qu'elle est écrite*, sont désignées des constellations factuelles que le juge aura intérêt à considérer pour appliquer la règle.

Le second canal qui relie la science au droit permet donc de faire transiter non pas une notion en tant que telle, mais une *reconnaissance de pertinence*. Le regard du juge suit l'index du scientifique et se porte vers les faits qu'il désigne comme pertinents. Parvenu au bout de ce second canal, le juge sait donc ce à quoi il doit être attentif, mais il n'est pas rendu pour autant. Il reste en effet à examiner les preuves. On s'enfonce alors dans le troisième réseau de canaux, crucial pour arriver à bon port, mais qui n'est pas le plus facile à naviguer, le réseau probatoire.

3. La preuve

Tout ce que les sciences peuvent suggérer de pertinent au juge n'est pas bon à prendre, car rien ne sert d'exiger des preuves qui ne pourraient pas être rapportées. Autrement dit, il ne suffit pas qu'une science suggère une direction au regard du juge, il faut aussi qu'il existe des outils maniables pour appréhender la réalité que le droit est invité à observer de plus près. Parmi ces outils, il faut mentionner les typologies. Les typologies sont précieuses et les juristes en

sont friands. C'est un outil très commode pour la qualification, car on peut parcourir une typologie et voir si des faits entrent dans l'une ou l'autre de ses cases.

Par exemple, le psychologue qui conseille au juge de s'intéresser aux pratiques commerciales sous l'angle de l'engagement propose aussi une typologie des techniques engageantes. C'est ce qui permet, par exemple, de reconnaître une technique de manipulation typique dans le comportement d'un vendeur de canapés qui suivrait la séquence suivante⁽⁷⁾. Il commence par annoncer que pour tout achat de canapé en cuir effectué aujourd'hui, une lampe sera offerte. Une fois que le consommateur a jeté son dévolu sur un canapé en cuir – alors qu'il avait au départ l'idée d'acheter un canapé en tissu – mais avant que la vente ne soit finalisée, le vendeur annonce que la lampe offerte n'est malheureusement plus disponible.

L'acheteur pourrait changer d'avis: partir sans la lampe, dont il ne voulait pas et avec le canapé en tissu, toujours disponible. Mais la psychologie expérimentale montre que, en pareil cas, il est au contraire assez probable que le consommateur achètera le canapé en cuir et éprouvera un petit regret pour la lampe. Il semble que ce soit là l'effet d'une tendance universelle que nous aurions à persister dans nos choix, alors même qu'ils se révèlent moins avantageux que nous ne le pensions.

Ici la psychologie offre deux outils: une typologie des techniques de manipulation – qui permet de reconnaître celle qu'emploie le vendeur de canapés – et un jugement de vraisemblance – qui permet de prédire les réactions de la plupart des consommateurs. Ce sont là des outils très précieux. Une typologie est un pont de corde qui permet de découper l'espace qui sépare le droit des faits. Un jugement de vraisemblance est le matériau même dont sont faites les présomptions.

Pour que les acquis de la science puissent ainsi se couler dans des canaux de transit vers le droit, il faut respecter certaines contraintes de navigation.

B. Les contraintes de navigation

Ces contraintes concernent tous les canaux, mais sont inégalement sévères.

Sur le canal de l'interprétation, une assez grande liberté prévaut *a priori*. En effet, rien, en droit, n'interdit au juge de puiser à des sources diverses pour donner sens aux normes qu'il interprète. Bien sûr, il y a tout de même des contraintes. On en aperçoit au moins deux: une contrainte de pertinence tout d'abord – on ne voit pas bien, par exemple, en quoi la psychologie serait pertinente pour appliquer des règles de droit des sociétés, car les sociétés n'ont pas de psyché –; une contrainte de légitimité ensuite: un juge qui motiverait une

⁽⁷⁾ Cet exemple est librement emprunté à R.-V JOULE et J.-L. BEAUVOIS, *Petit traité de manipulation à l'usage des honnêtes gens*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2002, chap. 2.

décision relative à un licenciement en se référant à l'astrologie perdrait sans doute la confiance du justiciable.

Sur le canal de la qualification, la principale difficulté est la suivante : les qualifications intermédiaires empruntées aux sciences doivent raisonnablement pouvoir être érigées en objets de preuve. Si par exemple l'économiste suggère au juge de la concurrence de s'intéresser à une notion de coût qui ne correspond à aucune réalité comptable dans la vie de l'entreprise, le juge doit être conscient qu'admettre cette suggestion revient à imposer aux parties un fardeau probatoire difficile à satisfaire et très coûteux en expertises.

C'est précisément du réseau étroit des canaux de la preuve que viennent les limites de gabarit les plus sévères pour embarcations scientifiques. La preuve juridique se distingue à plusieurs égards de la preuve scientifique. Il y a des contraintes de lieux, de temps et aussi de coût. Surtout, le juge doit juger et il ne peut attendre pour statuer que la science soit achevée, même si elle est pertinente sur les questions dont il est saisi.

Il en résulte que, si le droit a besoin des sciences, il a aussi besoin d'approximation. Certes, ordinairement, science et approximation ne font pas bon ménage, mais seule cette cohabitation rend viables les emprunts du droit aux sciences. La voie semble donc être celle des approximations raisonnables. Le droit cherche avant tout à être éclairé sur ce qui peut *normalement* être inféré de telle ou telle circonstance sur laquelle les scientifiques attirent son attention.

À travers cette promenade en forêt puis cette navigation, j'ai voulu vous dire deux choses. En premier lieu, tout le droit n'est pas poreux, mais il y a des lieux juridiques qui sont propices aux emprunts à d'autres disciplines. En second lieu, il y a une variété limitée dans les techniques d'emprunts, d'où il résulte quelques contraintes relatives à ce qui peut être emprunté avec profit. Ce ne sera pas toujours les acquis les plus pointus de la science, mais plus souvent des approximations raisonnables. Il me reste donc à demander l'indulgence des amis scientifiques de la faculté et à vous remercier tous de votre attention.