

LES DICHOTOMIES EN DROIT

Günter Reiner*

TABLE DES MATIÈRES

1. Introduction	408
2. Essai d'une typologie des dichotomies dans le droit	410
2.1 Distinction des dichotomies selon la relation logique ou sémantique des termes entre eux	411
2.1.1 Antonymes contradictoires	411
2.1.2 Antonymes contraires	413
2.1.2.1 Les antonymes contraires graduables	413
2.1.2.2 Les antonymes contraires non graduables	414
2.1.3 Antonymes réciproques	415
2.1.4 Antonymes symétriques	416
2.2 Dichotomies spéciales et dichotomies passe-partout	418
2.3 Dichotomies précises et dichotomies avec marge d'appréciation	421
2.4 Vraies et fausses dichotomies	424
2.5 Autres distinctions	425
3. Les dichotomies, impératif de la nature du droit?	427
3.1 Le code binaire du système juridique	427
3.1.1 Le code légal/illégal (Luhmann)	427
3.1.2 Des distinctions apparentées	432
3.1.2.1 Valide ↔ Non valide	432
3.1.2.2 Droit ↔ Non-droit	433
3.2 La dichotomie de l'application de la règle (tout ou rien)	434

* Professeur de droit privé à la Faculté des sciences économiques et sociales, Helmut-Schmidt-Universität (Université de la Bundeswehr) à Hambourg/Allemagne. Je remercie ma collègue Michelle CUMYN pour les discussions que nous avons eues et pour sa relecture attentive du manuscrit, ainsi que pour ses conseils précieux sur le fond comme sur la forme.

3.3	La décomposition des situations juridiques en rapports à deux personnes	436
3.3.1	La préférence du droit pour les rapports juridiques bilatéraux	436
3.3.2	Les influences multiples sur la structure du droit	437
4.	La fonction classificatoire des dichotomies dans le droit	438
4.1	Nécessité d'une classification (juridique) binaire?	439
4.1.1	La dichotomie en droit: conséquence d'une réalité binaire?	440
4.1.2	La dichotomie en droit: conséquence de la logique de classification?	440
4.2	L'utilité de la classification dichotomique en droit.	443
4.2.1	La clarté	443
4.2.2	L'esthétique	444
4.2.3	Le pouvoir rhétorique	446
5.	Les limites des dichotomies dans le droit.	447
5.1	Critique générale de la pensée dichotomique	447
5.2	Les fausses dichotomies	449
5.2.1	Les avantages des simplifications	449
5.2.2	Les dangers des simplifications	451
5.3	Les dichotomies passe-partout	453
6.	Conclusion	456

1. INTRODUCTION

Le droit et la morale, le légal et l'illégal, le droit et l'obligation, l'être et le devoir, le fait et le droit, la règle et le principe¹, la réalité et la fiction juridique, les conditions d'ouverture et les effets, le droit matériel et la procédure, le droit public et le droit privé², le droit absolu et le droit relatif, l'obligation contractuelle et l'obligation extracontractuelle, l'obligation de moyen et l'obligation de résultat, le contrat à titre onéreux et celui à titre gratuit, le sens large et le sens étroit, l'objectif et le subjectif, le droit et le fait, le direct et l'indirect: les exemples abondent de l'utilisation des dichotomies dans le discours du droit et dans le discours sur le droit.

1. Voir P. SCHLAG, «Rules and Standards», 33 *UCLA L. Rev.* (1985), p. 379 (379 et suiv.).
 2. Voir D. KENNEDY, «Stages of the Decline of the Public-Private Distinction», 130 *U. Pa. L. Rev.* 1981-1982, 1349 (1349 et suiv.).

Il a même été prétendu que « [l]a plupart des distinctions pratiquées dans la science du droit ne comptent que deux éléments qu'il s'agit de séparer ou d'opposer », que « [l]e plus souvent, les auteurs distinguent "deux" éléments, rarement davantage » et encore que « les distinctions en forme d'opposition sont prédominantes en droit privé »³.

Un survol de la table des matières du Livre premier du *Code civil du Québec*⁴ semble confirmer la popularité des dichotomies. On y retrouve facilement les couples suivants :

- la jouissance et l'exercice des droits civils (art. 1 à 9)
- le domicile et la résidence (art. 75 à 83)
- l'absence et le décès (art. 84 à 102)
- la majorité et la minorité (art. 153 à 176)
- la simple et la pleine émancipation (art. 167 à 176)
- la tutelle légale et la tutelle dative (art. 192 à 207)
- les droits et les obligations du conseil de tutelle (art. 233 à 239)

Voici encore d'autres exemples de dichotomies utilisées dans le discours juridique :

Positiviste	↔	Non positiviste
<i>Lex lata</i>	↔	<i>Lex ferenda</i>

3. TH. TAURAN, « Les distinctions en droit privé », *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif*, 2000-2, p. 489, 504. L'auteur se pose même la question de savoir pourquoi certaines distinctions (par ex. la distinction ternaire des vices du consentement – le dol, l'erreur et la violence) ne seraient pas binaires. G. CORNU, *Linguistique juridique*, 5^e éd., 2005, p. 179 : « Il est significatif que la majorité des oppositions [de classification] soient binaires. » Voir aussi F. RIGAUX, *La loi des juges*, chapitre 4, « L'illusion du tri par dichotomie », p. 69 (renvoyant à CH. NORRIS, ci-après) : « Le système de conceptualisation juridique opère le plus souvent sur un rythme binaire. » Cf. encore CH. NORRIS, « Law, Deconstruction, and the Resistance to Theory », 15 *J.L. & Soc'y* 1988, p. 166 (167), parlant de la déconstruction des « antinomies » (et « contradictions ») du libéralisme classique par le mouvement des *critical legal studies* : « After all, deconstruction is chiefly concerned with the logic of value-laden binary distinctions, contrasting terms (like the fact/value or the private/public law paradigm) which can always be shown, on closer reading, to exist in a state of reciprocal dependence which renders their difference "undecidable" in any given case, and which thus works to destabilise the system of received categorical ideas. »

4. Le code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch* du 18 août 1896) offre, lui aussi, de nombreux exemples de couples dichotomiques, quoique peut-être moins présents, à première vue, dans la structure de la loi (les titres, chapitres, sections) et un peu plus cachés dans le fond du texte.

Acte juridique	↔	Fait juridique
Acte constitutif	↔	Acte déclaratif
Sujet de droit	↔	Objet de droit
Pouvoirs propres	↔	Pouvoirs délégués
Capacité de jouissance	↔	Capacité d'exercice

Et ainsi de suite : la liste est interminable.

Pourquoi les dichotomies sont-elles si présentes, autant dans l'activité législative que dans l'application du droit ? Dans quelle mesure cela tient-il à la nature du droit, et quels sont les fonctions des dichotomies juridiques et les dangers émanant de leur emploi ?

2. ESSAI D'UNE TYPOLOGIE DES DICHOTOMIES DANS LE DROIT

La notion de *dichotomie*, venant du grec ancien διχοτομία qui signifie « division en deux parties », a plusieurs applications. C'est au sens de « division d'un concept en deux concepts contraires qui en recouvrent toute l'extension »⁵ que je l'entends ici. Ainsi, la dichotomie forme un couple de deux termes en rapport d'opposition et disjoints qui s'excluent mutuellement (*tertium non datur*)⁶, c'est-à-dire un couple de termes antonymiques. L'antonymie désigne ici la relation entre des mots contraires, peu importe que l'opposition soit de caractère logique ou seulement sémantique⁷. Les dichotomies, tout en

5. *Dictionnaire académique français*, parution de 1986, cité selon <<http://www.la-definition.fr/definition/dichotomie>>. Voir aussi la définition du *Dictionnaire de français Larousse* : « Division de quelque chose en deux éléments que l'on oppose nettement » et « Division d'un concept en deux autres complémentaires au point de vue de l'extension », <<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/dichotomie/25322>>; la définition du Centre national de ressources textuelles et lexicales (se référant à LAL. 1968) : « division d'un concept en deux autres concepts qui sont généralement contraires et qui recouvrent toute l'extension du premier », <<http://www.cnrtl.fr/lexicographie/dichotomie>>, pages consultées le 17 juin 2016.

6. Voir F. RIGAUX, *La loi des juges*, chapitre 4, « L'illusion du tri par dichotomie », p. 69, à propos du « rythme binaire » du « système de conceptualisation juridique » : « Recours est fait à des classifications exclusives l'une de l'autre [...] l'application dans le domaine juridique du principe logique du tiers exclu ». Cf. aussi J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Paris 2012, n° 189. L'auteur indique que : « [l]es catégories résultant d'une même classification sont donc nécessairement exclusives l'une de l'autre » [mes italiques].

7. Voir le *Dictionnaire de français Larousse* qui définit ainsi l'antonyme : « Mot ayant un sens contraire à celui d'un autre (par ex. chaud et froid, laideur et beauté) »,

servant à classer et à mettre de l'ordre dans le droit, ne sont elles-mêmes pas réfractaires aux classifications (dichotomiques et autres).

2.1 Distinction des dichotomies selon la relation logique ou sémantique des termes entre eux

La plus importante de ces classifications concerne la relation logique ou sémantique des termes entre eux, à savoir le caractère du rapport d'opposition entre les deux termes⁸. À cet égard, on pourrait distinguer au moins quatre types d'opposition : les antonymes contradictoires, les antonymes contraires, les antonymes réciproques et les antonymes réversibles.

2.1.1 Antonymes contradictoires

Les antonymes contradictoires se trouvent en opposition logique, la négation du premier terme entraînant l'assertion du second et vice versa⁹. L'assertion des deux termes ne peut pas être à la fois vraie pour les deux ou fausse pour les deux¹⁰, conformément au principe de non-

<<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/antonyme/4355>>, page consultée le 17 juin 2016. Voir aussi K. PESHKOV, *Le discours juridique en russe et en français : une approche typologique*, thèse Aix-Marseille 2012, <<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00997016>>, p. 46 (citant M.-Fr. MORTUREUX) : « L'antonymie est le plus souvent définie comme "relation entre deux mots (antonymes) de sens opposés ; contraire de la synonymie". » Cf. pourtant, dans G. CORNU, *Linguistique juridique*, 5^e éd., 2005, p. 179, note 71, l'auteur réserve la notion antonymie à l'opposition logique (ex. cumul et non-cumul) qu'il oppose à l'opposition de classification (ex. cédant et cessionnaire). Il ne faut pas confondre l'antonymie avec l'antinomie qui est un cas spécial de la contradiction logique où il est impossible d'attribuer une valeur de vérité précise aux deux assertions contradictoires (cf. TH. KESSELRING, « Formallogischer Widerspruch, dialektischer Widerspruch, Antinomie. Reflexionen über den Widerspruch », dans ST. MÜLLER, *Jenseits der Dichotomie*, 2013, p. 15 (29), citant l'antinomie de B. RUSSELL, le paradoxe du barbier).

8. Les distinctions du rapport d'opposition telles que présentées ci-après sous 2.1.1 à 2.1.3 s'inspirent (tout en les simplifiant) des typologies des antonymies exposées par K. PESHKOV, *Le discours juridique en russe et en français : une approche typologique*, thèse Aix-Marseille 2012, <<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00997016>>, p. 346 et suiv. et par M. KIENPOINTNER, *Alltagslogik: Struktur und Funktion von Argumentationsmustern*, Stuttgart, 1992, p. 306 et suiv. (« Gegensatzschemata »).
9. K. PESHKOV, *Le discours juridique en russe et en français : une approche typologique*, thèse Aix-Marseille 2012, <<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00997016>>, p. 360 ; M. KIENPOINTNER, *Alltagslogik: Struktur und Funktion von Argumentationsmustern*, Stuttgart, 1992, p. 306.
10. Voir F. MACAGNO et D. WALTON, « Dichotomies and Oppositions in Legal Argumentation », *Ratio Juris*, vol. 23, No. 2, June 2010, p. 229 (229) : « According to the strong

contradiction¹¹. La contradiction entre les deux termes du couple suit le schéma « a » ↔ « non a », et le plus souvent, elle ressort directement de la représentation linguistique des termes, sans qu'il y ait besoin de comprendre leur signification.

Ainsi, tous les antonymes morphologiquement marqués par l'adjonction d'un préfixe négatif font partie de ce type d'opposition.

Voici un extrait de la liste dressée par CORNU¹²:

Aliénable	↔	Inaliénable
Disponible	↔	Indisponible
Cessible	↔	Incessible
Licite	↔	Illicite
Légal	↔	Illégal
Moral	↔	Immoral
Existant	↔	Inexistant
Corporel	↔	Incorporel
Opposable	↔	Inopposable
Meuble	↔	Immeuble
Contradictoire	↔	Non contradictoire
Cumul	↔	Non-cumul
Rétroactivité	↔	Non-rétroactivité

Le plus souvent, c'est seulement l'un des deux termes d'une antonymie morphologiquement marquée pour lequel il existe une définition indépendante contenant un critère matériel qui le distingue du

sense of opposition expressed by classical negation, a pair of propositions is contradictory if it is not possible for both to be true, and also not possible for both to be false.»

11. Voir M. KIENPOINTNER, *Alltagslogik: Struktur und Funktion von Argumentationsmustern*, Stuttgart 1992, p. 308: L'auteur cite Aristote, qui aurait nommé le principe de non-contradiction «le principe le plus sûr de tous» (met. IV. 3.). Cf. aussi D. WANDSCHNEIDER, «Zur Struktur dialektischer Begriffsentwicklung», dans: D. WANDSCHNEIDER, *Das Problem der Dialektik*, Bonn, 1997, p. 114 (131): «[...] c'est bien connu que l'apparition d'une vraie contradiction (en termes de logique formelle) détruirait la possibilité d'une argumentation; le principe de non-contradiction est indispensable en termes de logique d'argumentation et pour cela aussi dans le contexte du développement dialectique des notions.» [ma traduction].
12. Voir G. CORNU, *Linguistique juridique*, 5^e éd., 2005, p. 177 et suiv. La liste de CORNU est loin d'être complète, et on peut y ajouter les exemples suivants (entre autres): Capable/Incapable, Dans le commerce/Hors commerce, Ordinaire/Extraordinaire et ainsi de suite, Divisible/Indivisible.

terme générique (concept superordonné¹³), tandis que l'autre terme ne se définit que formellement par son opposition au premier, c'est-à-dire par le seul fait de désigner le sous-ensemble manquant nécessaire pour compléter l'extension du terme générique. De telles dichotomies n'ont pas une valeur cognitive qui excéderait celle résultant de l'existence du premier concept et de sa subordination au terme générique. Ce n'est d'ailleurs pas toujours le terme marqué du préfixe négatif dont la définition ne contient pas de critère matériel. Les exemples « Illícite », « Illégal » (voir sous 3.1.1) et « Inopposable » en sont la preuve.

2.1.2 *Antonimes contraires*

À la différence des antonymes contradictoires, les antonymes contraires désignent deux pôles en opposition quantitative suivant le schéma « +a » ↔ « -a »¹⁴.

2.1.2.1 *Les antonymes contraires graduables*

L'opposition des termes, qui est de caractère sémantique, peut être graduée, les cohyponymes figurant alors « sur une échelle qui est indiquée comme source de l'incompatibilité » : on parle alors d'antonymes graduables¹⁵. Il s'agit habituellement d'antonymies qui comportent une marge d'appréciation (voir sous 3.3).

En voici quelques exemples :

Infraction grave	↔	Infraction légère ¹⁶
Essentiel	↔	Accessoire
Apparent	↔	Caché

13. Cf. La norme internationale ISO 1087-1: 2000 (E/F), *Travaux terminologiques – Vocabulaire*, Partie 1: *Théorie et application*, sous n° 3.2.13 (concept superordonné): « concept (3.2.1) correspondant soit à un concept générique (3.2.15), soit à un concept intégrant (3.2.17) ».

14. Voir A. KOCOUREK, « The Hohfeld System of Fundamental Legal Concepts », 15 *Ill.L.R.* 1920-1921, p. 24, 26: « In logic, opposites as distinguished from contradictories are the extreme terms of quantity. Thus + a is the opposite of – a. In the case of legal relations to have a claim to payment of \$ 100 would be the opposite of a duty in the same person to pay \$100. »

15. K. PESHKOV, *Le discours juridique en russe et en français: une approche typologique*, thèse Aix-Marseille 2012, <<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00997016>>, p. 359. *Contra*: P. R. LUTZEIER, *Lexikologie: ein Arbeitsbuch*, 1995, p. 81: Selon l'auteur, une relation d'antonymie supposerait toujours l'existence des éléments graduables.

16. Exemple selon K. PESHKOV, *Le discours juridique en russe et en français: une approche typologique*, thèse Aix-Marseille 2012, <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00997016>, p. 359.

2.1.2.2 Les antonymes contraires non graduables

Dans le cas des antonymes contraires non graduables, l'opposition des termes se présente comme un trait et non sur une échelle¹⁷. Or, il n'est pas toujours facile d'établir le lien de comparaison entre les pôles permettant l'évaluation nécessaire à l'établissement d'une « opposition quantitative ». Il y a des termes qu'on reconnaît, bien que non graduables, tout de suite comme étant en opposition sémantique, l'un apparaissant tout naturellement comme le *contraire* de l'autre, par exemple :

Personnes	↔	Choses
Acquitter	↔	Condamner
Innocent	↔	Coupable
Droit	↔	Obligation ¹⁸
Intervention forcée	↔	Intervention volontaire
Obligatoire	↔	Facultatif

Pourtant, il y a d'autres couples de termes, nombreux d'ailleurs, où l'opposition semble se limiter au seul fait que, dans une situation précise, l'existence du premier exclut l'existence du second et vice versa.

Les exemples suivants sont des antonymes contraires selon Peshkov¹⁹ :

Préjudice matériel	↔	Préjudice moral
Succession légitime	↔	Succession testamentaire
Enfant légitime	↔	Enfant naturel

Peut-être devrait-on simplement parler d'*antonymes incompatibles* dans ces derniers cas²⁰. La classe des antonymies incompatibles

17. K. PESHKOV, *Le discours juridique en russe et en français : une approche typologique*, thèse Aix-Marseille 2012, <<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00997016>>, p. 359 ; voir aussi M. KIENPOINTNER, *Alltagslogik: Struktur und Funktion von Argumentationsmustern*, Stuttgart 1992, p. 306 : L'auteur emploie le terme « opposition complémentaire » (*komplementärer Gegensatz*) pour désigner l'opposition contraire non graduable (c.-à-d. sans *tertium*).

18. Cf. A. KOCOUREK, « The Hohfeld System of Fundamental Legal Concepts », 15 *Ill.L.R.* 1920-1921, p. 27 : *claim/duty*. L'auteur ne distingue pas entre antonymes (*opposites*) graduables et non graduables.

19. K. PESHKOV, *Le discours juridique en russe et en français : une approche typologique*, thèse Aix-Marseille 2012, <<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00997016>>, p. 359.

20. Voir M. KIENPOINTNER, *Alltagslogik: Struktur und Funktion von Argumentationsmustern*, Stuttgart 1992, p. 306. À part les antonymies contradictoires,

se présente alors comme le pot-pourri des antonymies qu'on n'arrive pas à classer ailleurs. Ces antonymies représentent tout simplement des classes qui s'excluent mutuellement, sans qu'il soit possible d'établir une relation d'opposition logique ou quantitative entre eux.

Nous soupçonnons que la plus grande partie des dichotomies employées en droit tombe dans la catégorie des antonymies contraires non graduables.

2.1.3 Antonymes réciproques

Les deux termes d'une antonymie réciproque renvoient à la même relation entre deux personnes, mais désignent celle-ci (ou le rôle occupé par chaque personne) soit du point de vue de la première, soit du point de vue de la seconde. La permutation des personnes auxquelles les deux termes font référence, en même temps que le remplacement de chaque terme par son antonyme donnent des phrases équivalentes²¹.

Le plus souvent, les termes désignent soit l'action (exprimée par un verbe ou un substantif), soit le rôle de chacun des deux actants²², comme dans l'exemple suivant²³:

Céder ↔ Acquérir (ou cession/acquisition; cédant/cessionnaire)

contraires (et « converses » = réciproques, voir ci-après), l'auteur distingue des antonymies « incompatibles ». L'exemple (non juridique) qu'il donne à titre d'illustration est le suivant: X est un homme, X est un orme; A. LOBANOVA, T. VAN DER KLEIJ et J. SPENADER, «A Corpus-based Study of Opposites by Lexico-syntactic Patterns», *International Journal of Lexicography*, vol. 23 No. 1 (2010), p. 19 (21): «Antonym pairs all express opposite or incompatible meanings». Cf. aussi: <<https://de.wikipedia.org/wiki/Antonym>>, page consultée le 21 août 2016: Selon l'encyclopédie « librement réutilisable que chacun peut améliorer », l'incompatibilité serait une antonymie « au sens large ».

21. Cf. K. PESHKOV, *Le discours juridique en russe et en français: une approche typologique*, thèse Aix-Marseille 2012, <<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00997016>>, p. 360. L'auteure, partant d'une compréhension plus étroite, choisit la formule suivante: « si la permutation des actants de deux termes donne des phrases équivalentes, alors les deux termes en question sont des antonymes ». M. KIENPOINTNER, *Alltagslogik: Struktur und Funktion von Argumentationsmustern*, Stuttgart 1992, p. 306, donne l'exemple non juridique suivant d'une antonymie contraire qu'il appelle « converse » (*konvers*): X est plus grand que Y; Y est plus petit que X.
22. Cf. G. CORNU, *Linguistique juridique*, 5^e éd., 2005, p. 179: Il parle des « oppositions binaires » mettant « face à face les protagonistes d'une opération » (qu'il distingue des « oppositions binaires » détaillant, fondamentalement, « les éléments constitutifs d'un tout ou les faces d'une institution » et proposant « les principaux instruments d'analyse de la pensée juridique », p. 180).
23. Selon K. PESHKOV, *Le discours juridique en russe et en français: une approche typologique*, thèse Aix-Marseille 2012, <<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00997016>>, p. 360.

Les phrases «X cède quelque chose à Z» et «Z acquiert quelque chose de X» sont équivalentes.

Voici d'autres exemples²⁴:

Prêter ↔ Emprunter (ou prêteur/emprunteur)
 Léguer ↔ Hériter
 Vendre ↔ Acheter (vente – achat; vendeur – acheteur)
 Offrir ↔ Accepter
 Parent ↔ Enfant

Aussi:

Droit ↔ Obligation

Le lecteur attentif aura peut-être remarqué que le couple Droit/Obligation figure également parmi les exemples de l'antonymie *contraire*. Cela ne révèle pourtant pas un manque de clarté de la distinction. En effet, les couples ne désignent pas exactement la même chose dans les deux cas : l'antonymie *contraire* compare *la même personne* qui tantôt possède un droit à l'encontre d'une personne et tantôt doit quelque chose à cette dernière. Dans l'antonymie *réciproque*, les deux termes du couple Droit/Obligation visent le même rapport, mais de points de vue différents.

Ce n'est pourtant pas un hasard si plusieurs exemples de l'antonymie *réciproque* se retrouvent aussi dans la liste des exemples d'antonymies *contraires*. En effet, régulièrement, les relations entre deux personnes auxquelles les antonymies *réciproques* se réfèrent sont interchangeable, car chacune est susceptible d'être un jour vendeur et un autre acheteur, créancier et débiteur, etc., c'est pourquoi on peut considérer les rôles associés aux antonymies *réciproques* comme les pôles d'une même ligne ou encore les deux côtés d'un trait.

2.1.4 *Antonimes symétriques*

L'antonymie *symétrique* est composée de deux termes qui désignent chacun une action ou un événement réversible, étant donné que l'état initial de la première action ou du premier événement cor-

24. Les quatre premiers exemples cités se trouvent chez K. PESHKOV, *Le discours juridique en russe et en français: une approche typologique*, thèse Aix-Marseille 2012, <<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00997016>>, p. 360.

respond à l'état final de la deuxième ou du deuxième et vice versa. Compte tenu de la réversibilité de la relation entre les deux termes, on pourrait parler aussi d'antonymie «réversible»²⁵, mais ce nom pourrait prêter à un malentendu, l'antonymie contradictoire étant, d'après une acception plus large du terme «réversible», également «réversible»²⁶.

Dans les exemples suivants, il est chaque fois question du même bien du même actant²⁷:

Constitution ↔ Dissolution
 Fusion ↔ Scission
 Acquisition ↔ Perte²⁸
 Acquisition ↔ Cession

L'antonymie réversible ressemble à l'antonymie réciproque dans les cas où l'action se passe entre deux parties et qu'elle est réversible, puisque le même couple de termes peut être en opposition réversible ou réciproque selon la signification qu'on donne à ces termes. Quand, par exemple dans le couple Acquisition/Cession, la cession (d'un bien) désigne la neutralisation ultérieure de l'acquisition du point de vue de l'acquéreur et vice versa, il s'agit d'une antonymie réversible; quand elle désigne plutôt le même acte d'acquisition du point de vue du cessionnaire, on a affaire à une antonymie réciproque.

À noter que l'opposition qui marque les antonymies contraire, réciproque et symétrique est «faible», car s'il est impossible que les assertions liées aux deux termes du couple soient vraies en même

-
25. P. R. LUTZEIER, *Lexikologie: ein Arbeitsbuch*, 1995, p. 84: «Afin de pouvoir parler de réversibilité, il faut que les conditions suivantes soient remplies en plus de l'incompatibilité: Si l'on compare lesdits événements, l'état initial du premier doit être l'état final du deuxième et l'état final du premier doit être l'état initial du deuxième» [ma traduction]; voir aussi: <<https://de.wikipedia.org/wiki/Antonym>>, page consultée le 12 août 2016 (*Reverse Relation*).
26. D'après une acception plus large du terme «réversible», l'antonymie contradictoire serait également «réversible» (par ex. M.-Cl. L'HOMME, *La terminologie: principes et techniques*, coll. «Paramètres», Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2004, p. 97). C'est pourquoi je préfère l'expression d'antonymie «symétrique».
27. Dans un souci de clarté, ma liste des exemples se limite aux substantifs, mais les couples des verbes correspondants iraient aussi bien (Constituer/Dissoudre, etc.).
28. La distinction dérivée entre prescriptions acquisitives et prescriptions extinctives paraît par contre être une antonymie contraire, car la prescription extinctive n'est pas *actus contrarius* à la prescription acquisitive.

temps relativement à la même personne et à la même action, il est possible, en revanche, que les deux soient fausses en même temps, à la différence de l'antonymie contradictoire, qu'on pourrait alors nommer « forte »²⁹.

Par exemple, il n'est pas possible qu'une personne soit vendeur et acheteur du même objet au même moment, mais il est tout à fait imaginable qu'elle ne soit ni vendeur ni acheteur.

2.2 Dichotomies spéciales et dichotomies passe-partout

La distinction entre les dichotomies spéciales et les dichotomies passe-partout se fonde non pas sur le rapport logique ou sémantique des termes entre eux, mais sur leur rapport avec le contexte dans lequel ils s'insèrent.

Les dichotomies *spéciales* ont une signification précise et, du moins dans le contexte juridique, bien définie. Cette catégorie couvre certainement la plupart des dichotomies juridiques. En voici quelques exemples, parmi ceux que nous avons déjà cités :

Droit	↔	Obligation
Créancier	↔	Débiteur
Cédant	↔	Cessionnaire
Obligation de moyen	↔	Obligation de résultat
Offre	↔	Acceptation

Les dichotomies *passe-partout* sont constituées de concepts plus abstraits. On les retrouve fréquemment, dans des sens parfois différents, dans des contextes très divers, voire partout. Elles opèrent comme un schéma universel, un modèle, un gabarit, bref un passe-partout utile à la classification et un lieu d'argumentation. On pourrait aussi les qualifier d'« universelles » ou de « formelles ».

29. Cf. (sans distinguer de différents types d'opposition faible) F. MACAGNO et D. WALTON, « Dichotomies and Oppositions in Legal Argumentation », *Ratio Juris*, vol. 23, No. 2, June 2010, p. 229 (229) : « According to the weak sense of "opposition", one proposition can be contrary to another if it is not possible for both to be true, even though it is possible that both are false. »

Exemples :

Matériel	↔	Formel
Substance	↔	Forme
Objectif	↔	Subjectif
Interne	↔	Externe
Cause	↔	Effet
Conditions	↔	Effets
Collectif	↔	Individuel
Actif	↔	Passif
Positif	↔	Négatif
Explicite	↔	Implicite
Juridique	↔	Économique (ou politique)
Simple	↔	Pleine
Principe	↔	Exception
<i>Ex ante</i>	↔	<i>Ex post</i>
<i>Ex nunc</i>	↔	<i>Ex tunc</i>
<i>Inter partes</i>	↔	<i>Inter omnes</i>
Parties	↔	Tiers
Général	↔	Spécial
Au sens large	↔	Au sens étroit
Essentiel	↔	Accessoire
Essentiel	↔	De peu d'importance
Naturel	↔	Artificiel
Propre	↔	D'autrui
Originaire	↔	Dérivé
De droit	↔	De fait
Directe	↔	Indirecte
Le si (oui ou non)	↔	Le comment

Le plus souvent, il s'agit de cases vides sans signification juridique particulière³⁰, qui ont besoin d'un supplément afin d'acquérir

30. Voir Ch. RÖHL et K. RÖHL, «Juristisches Denken mit Versatzstücken», dans J. BROCKMANN, J.-H. DIETRICH, A. PILNIOK, *Methoden des Lernens in der*

un contenu précis. Avant leur insertion dans un contexte, ces dichotomies ne sont pas « chargées de signification »³¹.

Par exemple (le supplément entre parenthèses) :

Substance	↔	Forme (<i>de la transaction</i> , en droit comptable ³² ; en droit international privé)
Interne	↔	Externe (<i>légalité</i> ; <i>clause</i>)
Actif	↔	Passif (<i>patrimoine</i> ; <i>droit de vote</i> ; <i>euthanasie</i>)
Matériel	↔	Formel (<i>compétence</i> ; <i>autorité de la chose jugée</i>)
Simple	↔	Pleine (<i>administration</i> ; <i>émancipation</i>)
Le si	↔	Le comment (<i>l'existence et le contenu des droits ou des interdictions</i>)

D'ailleurs, il ne faut pas confondre les dichotomies passe-partout avec certaines dichotomies spéciales dont le champ d'application est large, mais dont la signification demeure toujours la même :

Légal	↔	Conventionnel
Fiction juridique	↔	Réalité
Valide	↔	Non valide ³³

Il en va de même pour certaines dichotomies spéciales à signification sémantique multiple :

Majorité	↔	Minorité (état civil; vote)
Simple	↔	Pleine (administration; émancipation)
Exclusif	↔	Non exclusif (compétence; licence; mandat)

Rechtswissenschaft, Baden-Baden 2012, p. 251 et suiv. : Les auteurs ont choisi la métaphore de « bout de tissu à tout faire » (*Versatzstück*), afin de désigner des couples de termes (pas nécessairement antonymiques) passe-partout.

31. Ch. RÖHL et K. RÖHL, « Juristisches Denken mit Versatzstücken », dans J. BROCKMANN, J.-H. DIETRICH, A. PILNIOK, *Methoden des Lernens in der Rechtswissenschaft*, Baden-Baden 2012, p. 257 : « mit Bedeutung geladen ».

32. Voir IFRS FOUNDATION, *Interprétation SIC 27, Évaluation de la substance des transactions prenant la forme juridique d'un contrat de location*, <<http://www.nifecanada.ca/normes-internationales-dinformation-financiere/ressources/normes-ifrs-proprement-dites/item45718.pdf>>, page consultée le 20 septembre 2016.

33. Certes, le choix de cet exemple pourrait surprendre, le couple valide/non valide embrassant des objets si différents que la loi, le contrat, la résolution, la résiliation, l'acte administratif. Mais au fond, il s'agit toujours des actes volontaires destinés à produire des conséquences juridiques, c'est-à-dire des actes juridiques.

Ainsi que pour les « polysèmes à opposition tournante »³⁴, par exemple³⁵:

Matériel ↔ Moral (dommage)

Matériel ↔ Immatériel (dommage)

Matériel ↔ Procédural

Matériel ↔ Formel

ou

Simple ↔ Pleine (administration)

Simple ↔ Qualifié (vol)

ou encore

Acquisition ↔ Perte

Acquisition ↔ Cession

Ces dichotomies ne tombent pas dans la catégorie des dichotomies passe-partout, mais font usage de termes à sens multiple; d'habitude, le terme opposé varie selon la signification du terme polysémique dans un contexte donné, ce qui aide d'ailleurs à mettre en évidence la polysémie³⁶.

2.3 Dichotomies précises et dichotomies avec marge d'appréciation

La facilité avec laquelle il est possible de trancher entre les termes d'un couple donne lieu à une troisième classification: celle des dichotomies *précises* et des dichotomies *avec marge d'appréciation*. J'appelle « précises » les dichotomies qui sont faciles à trancher, car il n'y a pas de *continuum* entre les deux termes qui s'opposent.

Ainsi, le couple *noir* et *blanc* constitue une dichotomie précise, si l'on parle d'un jeu d'échecs. Il en est tout autrement s'il est

34. G. CORNU, *Linguistique juridique*, 5^e éd., 2005, p. 178 et suiv.

35. Exemple inspiré par G. CORNU, *Linguistique juridique*, 5^e éd., 2005, p. 178 et suiv.

36. G. CORNU, *Linguistique juridique*, 5^e éd., 2005, p. 179: « La polysémie se met plus clairement en place dans l'éventail des oppositions. »

question d'une photographie en noir et blanc, car les pixels de la photo varient en intensité. La distinction du noir et du blanc suppose alors une marge d'appréciation, ce qui en fait une dichotomie du deuxième type.

Pour en revenir au droit, les suivants sont des exemples de dichotomies précises :

Vendeur ↔ Acheteur
 Majorité ↔ Minorité
 Droit ↔ Obligation
 Créancier ↔ Débiteur
 Cédant ↔ Cessionnaire
 Offre ↔ Acceptation
Ex ante ↔ *Ex post*
Ex nunc ↔ *Ex tunc*

Ceux-ci sont des exemples de dichotomies avec marge d'appréciation. Il s'agit des concepts flous se caractérisant par une gradation du critère d'appartenance³⁷ :

Raisonné ↔ Déraisonnable
 Approprié ↔ Inapproprié

Dans la mesure où les termes en opposition, sans être des standards, laissent apparaître une marge d'appréciation à l'intersection de leurs champs d'application, on pourrait probablement ajouter :

Explicite ↔ Implicite
 Apparent ↔ Caché
 Obligation de moyen ↔ Obligation de résultat
 Possible ↔ Impossible
 Vice caché ↔ Non-conformité

37. M. CUMYN et F. GOSSELIN, *Les catégories juridiques et la qualification : une approche cognitive*, [à paraître dans la *RD McGill*], sous 2.2 c) et 4.1, par rapport aux concepts flous en général.

Enfin, ceux des couples contradictoires (voir sous 2.1.1), qui sont basés sur des standards ou des principes³⁸ (au sens de R. Dworkin) et la plus grande partie des couples contraires graduables sont des dichotomies avec marge d'appréciation.

La dichotomie avec marge d'appréciation se transforme en fausse dichotomie à partir du moment où il est possible (courant) d'attribuer une troisième classification (*tertium*) à des éléments se trouvant au milieu de l'échelle imaginaire entre les deux termes. Par exemple, le gris serait une troisième valeur située entre le noir et le blanc. Or, il existe peu d'exemples où le droit admet un terme intermédiaire, pour des raisons que nous verrons ci-dessous.

Exemples (du droit allemand):

Contrat	↔	Délit (<i>tertium</i> : rapport d'obligation précontractuel)
Acte juridique	↔	Fait juridique (<i>tertium</i> : « acte semblable aux actes juridiques » – <i>geschäftsähnliche Handlung</i> ³⁹)

Relativement à la common law, il a été observé que l'histoire de la pensée juridique était marquée par le déclin d'un ensemble de distinctions constituant « la façon libérale de penser le monde social »⁴⁰ et que le déclin de ces distinctions s'est toujours déroulé de la même manière. Partant de l'exemple de la distinction entre le *public* et le

38. Cf. L. DIMATTEO, « False Dichotomies in Commercial Contract Interpretation », *Journal of International Trade Law and Policy*, vol. 11 (2012), No. 1, p. 27, 39 (chapitre 3.5 « False Dichotomies »), relativement aux principes du droit des contrats dans la common law : « As noted earlier, both sides of contract law's dichotomies appear throughout the recent history of the common law. Contract law, at any one point in time, is best understood th[r]ough a continuum approach. Such an approach sees the law as somewhere residing between the poles of the four dichotomies. The law can be seen as balancing or blending the characteristics associated with formalism, realism, literalism, contextualism, private autonomy, regulation, rules and standards. One example is the balancing of contextualism with formalism [...] »

39. La *geschäftsähnliche Handlung* est une catégorie propre au droit des contrats allemand. Elle prépare le terrain à l'application analogue des règles relatives aux déclarations de volonté à d'autres déclarations (par ex. la mise en demeure) qui ne sont pas des déclarations de volonté.

40. D. KENNEDY, « Stages of the Decline of the Public-Private Distinction », 130 *U. Pa. L. Rev.* 1981-1982, p. 1349 (1349) : « the liberal way of thinking about the social word ». Ces distinctions seraient « state/society, public/private, individual/group, right/power, property/sovereignty, contract/tort, law/policy, legislature/judiciary, objective/subjective, reason/fiat, freedom/coercion ».

privé, il a été suggéré que ce serait le sort de chaque distinction que de disparaître un jour en passant par six phases, dont la quatrième serait la reconnaissance d'un continuum (*continuumization*)⁴¹. Ici n'est pas l'endroit pour élaborer davantage à propos de cette théorie, mais il me paraît plausible, en effet, que les distinctions juridiques, claires au début, tendent à s'éteindre au fil du temps, alors qu'apparaissent des cas appelant un assouplissement et une diversification des critères de distinction entre les termes de la dichotomie.

2.4 Vraies et fausses dichotomies

On parle de fausse dichotomie (ou d'un faux dilemme) en présence d'un couple de termes opposés quand il existe des éléments appartenant à l'extension du terme générique qui ne tombent ni dans la catégorie désignée par le premier terme ni dans celle désignée par le deuxième terme. C'est notamment le cas quand les termes se présentent en vérité comme les deux pôles d'un *continuum*⁴².

Exemples :

Faute simple ↔ Faute lourde
 Interprétation littérale ↔ Interprétation contextuelle
 Application du droit ↔ Modification du droit

Et sans doute également :

Droit public ↔ Droit privé

La dichotomie est également « fausse » (ou faussée) quand les termes opposés ne sont pas, en dépit des apparences, mutuellement exclusifs, tous les deux pouvant être vrais en même temps⁴³.

41. D. KENNEDY, « Stages of the Decline of the Public-Private Distinction », 130 *U. Pa. L. Rev.* 1981-1982, 1349, 1350 et suiv., 1353 et suiv.

42. Cf. P. SCHLAG, « Cannibal Moves – An Essay on the Metamorphoses of the Legal Distinction », 40 *Stan. L. Rev.* 1987-1988, p. 929 (931) : L'auteur semble réserver le terme de *false dichotomy* au cas où « some stuff does not belong in either category », le distinguant du cas du « spectrum ».

43. Cf. encore P. SCHLAG, « Cannibal Moves – An Essay on the Metamorphoses of the Legal Distinction », 40 *Stan. L. Rev.* 1987-1988, p. 931 : L'auteur distingue la fausse dichotomie également du cas de la « overlapping opposition ».

Malgré ce que leur nom pourrait suggérer, les fausses dichotomies ne sont pas nécessairement mauvaises (voir sous 5.2).

2.5 Autres distinctions

D'autres typologies seraient possibles, par exemple :

- la distinction selon que les termes en opposition relèvent du côté des conditions d'ouverture des règles de droit ou bien du côté de leurs conséquences juridiques⁴⁴,
- la distinction entre les dichotomies explicites, à savoir celles créées par le législateur ou, à ne pas oublier, la pratique des affaires⁴⁵, et les dichotomies implicites, mises à jour et élaborées par la jurisprudence ou/et par la doctrine et
- la distinction entre les dichotomies naturelles et les dichotomies artificielles, les premières décrivant des éléments du monde physique (par ex. la femme et l'homme ; les véhicules à moteur et les véhicules sans moteur).

L'intérêt juridique des telles classifications n'est pourtant pas évident – à l'exception peut-être d'un quatrième exemple :

- la distinction selon le rapport entre les deux termes et le troisième terme (critère) auquel les deux se réfèrent et qui constitue la propriété commune au sens du *tertium comparationis*.

Normalement, dans le cas d'un couple de termes antonymiques, il est toujours possible de définir ce troisième terme de manière à ce qu'il soit supérieur aux deux termes antonymiques et que les derniers se trouvent en rapport d'extension avec le troisième (terme générique). En quelque sorte, ce terme générique définit le « champ d'application » de la dichotomie.

44. La distinction entre les conditions d'ouverture (*Tatbestand*) et les conséquences juridiques (*Rechtsfolge*) d'une règle est, en soi, une dichotomie contraire non graduable. Son existence est une des toutes premières choses qu'on apprend aux étudiants de droit en Allemagne.

45. Voir par ex. la distinction entre l'acquisition d'une entreprise (*asset deal*) et l'acquisition de participations (*share deal*).

Exemples tirés des dichotomies spéciales (le *tertium comparationis* entre parenthèses)

Droit	↔	Morale (les différentes sortes de normes)
Être	↔	Devoir-être (l'objet d'une assertion)
Application du droit	↔	Création du droit (l'activité juridique)
Légal	↔	Illégal (la qualité juridique du comportement des personnes)
Valide	↔	Non valide (la qualité d'un acte juridique)
Droits	↔	Obligations (les effets des normes (principales))
Droit absolu	↔	Droit relatif (les types de droits subjectifs privés)
État	↔	Individu (les types de personnes dans l'État)
Acte juridique	↔	Fait juridique (les types de comportements d'une personne suscitant des conséquences juridiques)
Droit public	↔	Droit privé (les types de droit distingués selon la matière)
Personnes	↔	Choses (les éléments du monde juridique)
Meubles	↔	Immeubles (les types de choses corporelles)
Offre	↔	Acceptation (les types de déclarations de volonté contribuant à la conclusion d'un contrat)
Domicile	↔	Résidence (les types de localisation d'une personne)
Majorité	↔	Minorité (les groupes des membres d'une assemblée, divisés selon l'exercice du droit de vote)
Créance	↔	Dette (les deux directions d'une relation juridique du droit des obligations) ⁴⁶

À première vue, la liste des termes génériques semble assez peu homogène ; une prépondérance en faveur de certains types de notions

46. Cet exemple montre bien que même les antonymes réciproques permettent la définition d'un *tertium comparationis*.

n'est pas visible. Les dichotomies ont plutôt l'air de toucher tous les aspects de l'ordre juridique. La distinction des dichotomies selon leur *tertium comparationis* n'apporterait donc pas de résultat particulier (*a priori*), mais confirme toutefois notre première impression : l'omniprésence des dichotomies dans le droit⁴⁷.

3. LES DICHOTOMIES, IMPÉRATIF DE LA NATURE DU DROIT?

Il semble probable que les dichotomies ont marqué le droit depuis toujours⁴⁸. La question se pose donc de savoir si les dichotomies juridiques ne seraient pas un impératif découlant de la nature du droit.

3.1 Le code binaire du système juridique

Une première idée d'explication provient du fameux « codage binaire » du système juridique formulé par N. Luhmann⁴⁹ ainsi que de deux dichotomies apparentées.

3.1.1 Le code légal/illégal (Luhmann)

Selon Luhmann, le « code binaire » qui caractérise le système du droit⁵⁰ prévoit une « valeur positive » (légal – *Recht*) et une « valeur

47. Ceci est valable en droit de tradition française, en droit allemand et aussi, bien qu'à un moindre degré, en common law. Voir F. MACAGNO et D. WALTON, « Dichotomies and Oppositions in Legal Argumentation », *Ratio Juris*, vol. 23, No. 2, June 2010, p. 229 (229) : « [...] oppositions and dichotomies are fundamental in legal argumentation [...] » ; cf. aussi : P. SCHLAG, « Cannibal Moves – An Essay on the Metamorphoses of the Legal Distinction », 40 *Stan. L. Rev.* 1987-1988, p. 929, 942 et suiv., au sujet d'un phénomène qu'il appelle *split proliferation* et qui ressemble à ce que j'appelle ici dichotomies passe-partout. Voir à la p. 945 : « [...] Both the infinite regress argument and split proliferation present difficulties for stabilizing splits, but only if we assume that there is nothing in legal discourse that does not split. And as it is obvious that there are certain norms which do not appear as splits, it seems unreasonable to presume that legal discourse is all splits [...] ».

48. Voir par ex. la distinction du *ius civile* et du *ius gentium*, celle de la *res publicae* et de la *res privatae* ou encore celle des obligations *ex contractu* et *ex delictu* établies par GAIUS en droit romain.

49. N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1993, p. 60.

50. Selon la théorie des systèmes sociaux de Luhmann, chaque système a un « code » binaire qui lui est propre et qui sert comme indicateur phare de toutes les communications du système.

« négative » (illégal – *Unrecht*)⁵¹. Cela me paraît, du moins à première vue, incontestable.

La formule a tout de même été critiquée. D'abord, la structure binaire ne serait pas une particularité du droit, elle marquerait également les questions morales⁵². En outre, il y aurait en droit des questions pour la solution desquelles le schéma légal/illégal ne serait pas décisif, par exemple pour les divorces⁵³.

Le premier argument concernerait notre sujet dans l'hypothèse où l'éthique, contrairement au droit, n'était pas caractérisée par la présence de dichotomies. Or, rien n'est moins sûr.

Le deuxième argument semble témoigner d'un malentendu. Luhmann ne voulait sans doute pas dire que *toutes* les questions juridiques sont des questions de *Recht* et *Unrecht*. Ce serait bien sûr faux, parce qu'il existe de nombreuses normes (auxiliaires et accessoires) qui ne disent rien directement sur la légalité ou l'illégalité d'un comportement. Mais il n'empêche que c'est la première mission de l'ordre juridique que de régler le comportement des personnes (sujets de droit)⁵⁴ en leur imposant des devoirs ou des obligations (tout en leur reconnaissant les droits correspondants). Chacun des comportements d'une personne peut être conforme ou contraire à la loi, et appelle donc l'application de ce code binaire.

Tout comportement qui n'est pas interdit est légal, légal (*Recht*, qui s'oppose à *Unrecht*) ne signifiant ici rien d'autre que « non illégal » : pour être légal, un comportement n'a pas besoin d'être autorisé positivement et explicitement par la loi⁵⁵. Certes, on pourrait trouver

51. N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1993, p. 60 et suiv., p. 165-213 (chapitre 4 : « Codierung und Programmierung »). L'auteur comprend *Recht* (« droit ») au sens de « agir en conformité avec le droit ». *Unrecht* signifie « tort ».

52. S. VÖNEKY, *Moral und Ethik: Grundlagen und Grenzen demokratischer Legitimation*, Tübingen, 2010, p. 44.

53. S. VÖNEKY, *Moral und Ethik: Grundlagen und Grenzen demokratischer Legitimation*, Tübingen, 2010, p. 44, note 35.

54. Ici, on serait peut-être tenté de m'opposer le fait qu'il n'y a pas que des *comportements* qui sont susceptibles d'être illégaux, mais aussi des *objets* (par ex. des armes, des drogues). C'est exact, mais comme l'ordre juridique ne s'adresse qu'à des sujets de droit, l'illégalité des objets ne peut pas être autre chose que le reflet des obligations de comportement adressées à des sujets de droit et relatives à ces objets ou, autrement dit qu'un raccourci de la pensée.

55. Dans l'État de droit pourtant, les droits fondamentaux donnent à cette vérité un fondement particulier. En effet, ils remplissent le vide théorique qui pourrait se présenter entre ce qui est interdit par les lois et ce qui est permis explicitement.

quelque peu artificiel d'étendre le champ d'application de la dichotomie Légal/Illégal à des comportements aussi banals que « se brosser les dents », « accepter une invitation à dîner » ou « fumer une cigarette » et préférer les situer « à l'extérieur du champ juridique »⁵⁶. Mais cette façon de voir nous obligerait à un exercice de démarcation difficile : il faudrait pouvoir faire la différence entre les éléments non illégaux qui sont situés à l'extérieur de l'ordre juridique, d'une part et ceux qui sont encore assez proches de l'illégal (se brosser les dents sur les lieux du travail, en présence d'un client de l'entreprise ? fumer une cigarette à l'arrêt de bus ?) pour qu'on trouve un intérêt particulier à constater explicitement leur *légalité*, d'autre part (sans qu'une telle affirmation puisse sembler artificielle). À mon avis, l'avantage d'un modèle de classification, peut-être un peu plus naturel, qui admettrait l'existence de deux sous-champs opposés – « légal » et « indifférent » – dans la catégorie des éléments « non illégaux »⁵⁷ ne compense pas l'inconvénient lié à une telle délimitation qui ne pourrait être que très imprécise. En effet, le droit imprègne pratiquement tous les domaines de la vie sociale, et la tendance est à la hausse, si bien qu'il faudrait probablement quitter la planète pour trouver un terrain qui est vraiment loin de l'ordre juridique.

Certes, l'ordre juridique ne fait pas qu'imposer des devoirs ou des obligations ; il reconnaît aussi des *droits*, mais les droits ne sont que le reflet des devoirs correspondants. Le droit est principalement un ordre du devoir-être (*Sollensordnung*), qui comporte un ensemble de devoirs dont le titulaire du droit peut exiger le respect⁵⁸. Ce ne sont pas les droits qui autorisent les personnes à agir comme elles le souhaitent, mais plutôt les devoirs que ces droits imposent aux personnes opposées aux ayants droit (y compris l'État), qui interdisent d'empêcher les titulaires des droits d'en jouir.

Qui plus est, le fait qu'une action (par ex. l'achat d'un modèle de voiture polluant) ne soit pas contraire à la loi et qu'elle revête ainsi un caractère légal ne veut pas dire que la loi ne pourra pas en tirer des

56. Voir ainsi M. CUMYN, « Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexions sur la systématité du droit », *Les Cahiers de droit*, vol. 52, n° 3-4, 2011, p. 351 (p. 363 et 365).

57. Voir ainsi M. CUMYN, « Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexions sur la systématité du droit », *Les Cahiers de droit*, vol. 52, n° 3-4, 2011, p. 363, 365.

58. Cf. par ex., H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1^{re} éd., Leipzig et Vienne 1934, p. 26 : « Le tort est le comportement de l'être humain que la règle a posé comme condition et auquel l'acte de force que la règle a statué comme conséquence s'adresse. » [ma traduction].

conséquences négatives pour l'actant (en imposant par ex. un devoir d'entretien ou un régime fiscal désavantageux). C'est alors d'une autre manière, et parfois indirectement, que le droit tente d'influer sur le comportement de l'actant en lui imposant certains devoirs onéreux pour lui, au moyen du code binaire (l'actant qui n'entretient pas sa voiture ou ne paie pas la taxe commet un acte illégal). Un comportement légal (non illégal) ne correspond donc pas forcément au comportement socialement souhaité.

En somme, il semble possible de réduire le droit essentiellement à l'application de la dichotomie binaire légal/illégal, ainsi que le propose Luhmann.

Pourtant, cela suffit-il pour expliquer le grand nombre des dichotomies dans le droit ?

Je ne le crois pas. La dichotomie Légal/Illégal, tout en reproduisant l'essence du contenu de l'ordre juridique entier, sépare le domaine des comportements illégaux du domaine des comportements non illégaux (légaux) et le domaine des devoirs *violés* du domaine de l'absence de devoirs *violés*. Par ce biais, de façon indirecte, elle tranche également le *domaine des devoirs* du domaine de *l'absence de devoirs*, car la qualification «illégal» prononcée par rapport à un comportement déterminé ne tient à rien d'autre qu'à l'existence d'un devoir auquel ce comportement ne serait pas conforme⁵⁹. Il convient de préciser que les lignes de démarcation des deux dichotomies (Légal/Illégal et Devoir/Absence de devoir) ne sont pas identiques pour autant : un comportement *obligé* en vertu d'un devoir (domaine des devoirs) est – faisant abstraction des cas de conflits de normes – forcément légal. Mais, il n'empêche que l'application systématique de la dichotomie Légal/Illégal à tous les comportements imaginables est capable de faire ressortir l'intégralité des devoirs existants.

Or, la séparation entre le domaine des *devoirs* et le domaine de *l'absence de devoirs* équivaut, à mon avis, à la séparation de la sphère du droit et de ce qui est externe à la sphère du droit. Je reconnais que cette dernière assertion peut sembler étrange, au moins relativement à des comportements que la loi déclare explicitement comme étant légaux (par ex. la construction d'une maison avec un permis de construire), voire obligatoires (par ex. le paiement d'une amende),

59. Peu importe si l'on considère des comportements qui ont réellement eu lieu (le point de vue *ex post*) ou des comportements de caractère hypothétique (le point de vue *ex ante*).

mais probablement aussi par rapport à tous les autres comportements auxquels la loi lie des conséquences juridiques autres que des sanctions (par ex. l'imposition fiscale) : comment une chose à laquelle la loi se réfère pourrait-elle être considérée comme externe au droit ? La réponse est que c'est le résultat de la logique binaire du départ qui réduit l'ordre juridique à rien d'autre qu'à la violation des devoirs, le domaine de l'absence de devoirs violés (c'est-à-dire la sphère des comportements légaux, voire obligatoires) représentant alors l'extérieur de la « forme », qui est indéfinie, comme toujours dans le cas des dichotomies contradictoires morphologiquement marquées (voir sous 2.1.1). Au final, c'est la conséquence du fait de considérer le droit comme un « ordre de contrainte » (*Zwangsordnung*)⁶⁰.

Mais si c'est vrai que la dichotomie Légal/Illégal sépare le droit du non-droit, elle n'est à vrai dire pas une qualité du droit, mais lui est prioritaire. C'est déjà pour cela qu'on aurait du mal à s'imaginer que le code binaire du système juridique au sens de Luhmann pourrait avoir une influence sur la structure (interne) du droit et qu'elle pourrait être à l'origine des nombreuses dichotomies qui s'y retrouvent. Il convient aussi de rappeler que selon Luhmann, *tous* les systèmes sociaux disposent d'un code binaire et que donc tous ces systèmes (par ex. la politique, l'économie), et non seulement le droit, devraient être marqués par les dichotomies.

En fait, il n'est même pas besoin de recourir à ce raisonnement plutôt formel. Pourquoi le seul fait que le comportement d'un sujet de droit puisse être illégal (ou légal) devrait-il impliquer que les règles qui définissent ce qui est illégal (ou légal) soient marquées par des classifications binaires à tous les niveaux ? Il n'y a aucune raison pour cela, en principe. *Sauf* en ce qui concerne ceux des dichotomies, le plus souvent situées sur le plan des effets juridiques des règles, qui se présentent comme la concrétisation directe du code binaire (par ex. Coupable/Non coupable) – celles-là sont l'exception qui confirme la règle.

60. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1^{re} éd., Leipzig et Vienne 1934, par ex. p. 28 et 32 (n° 14) ; p. 46 (n° 23) ; p. 117 et 125 (n° 48). Il est peut-être intéressant de savoir qu'en allemand, on connaît l'expression populaire « entrer en contact avec la loi » (*mit dem Gesetz in Berührung kommen*) pour désigner une violation de la loi, ce qui laisse sous-entendre que celui qui respecte ses obligations légales n'est pas « en contact avec la loi », mais en dehors de l'ordre juridique !

3.1.2 *Des distinctions apparentées*

3.1.2.1 *Valide ↔ Non valide*

Luhmann évoque également l'application d'une autre distinction binaire à laquelle, du point de vue de sa théorie des systèmes sociaux, il n'attribue pas la fonction de « code »⁶¹, mais (seulement) la qualité d'une « forme » au sens de George Spencer Brown : la distinction Valide/Non valide (en allemand : *Rechtsgeltung/Nichtgeltung*)⁶².

De par son caractère transversal, cette dichotomie a une envergure comparable à celle du code légal/illégal. En effet, elle s'applique à tous les actes créateurs de droit (sources de droit), qu'il s'agisse de la loi, du règlement, de la décision administrative et des autres instruments du droit public, ou encore du contrat, du testament, de la renonciation et des autres actes relevant du droit privé. De plus, elle est la contrepartie exacte de la dichotomie Légal/Illégale ou le revers de la même médaille : tandis que cette dernière dichotomie vise le comportement des personnes en se fondant sur le *contenu* des règles composant l'ordre juridique, la distinction Valide/Non valide a pour objet les sources des règles en se fondant sur la *forme* de leur création.

La question de savoir si la dichotomie Valide/Non valide pourrait expliquer la prévalence des dichotomies en droit appelle une réponse analogue à celle développée pour la dichotomie Légal/Illégal : quand l'acte créateur de droit (par ex. un contrat) n'est pas valide, il n'a pas la qualité de droit. Dans cette mesure, on pourrait alors le considérer comme étant à l'extérieur du droit. Ceci ne veut pas dire que des actes invalides, en tant que faits juridiques, ne pourraient pas susciter des conséquences juridiques. Mais il n'empêche que la distinction Valide/Non valide a pour effet de séparer le droit d'une

61. Voir pourtant l'avis contraire de M. CUMYN, « Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexions sur la systématisme du droit », *Les Cahiers de droit*, vol. 52, n° 3-4, 2011, p. 364 : « Nous croyons que la forme valide/non valide présente les caractéristiques d'un code au même titre que la forme légal/illégal et qu'il est nécessaire de reconnaître l'action complémentaire de ces deux formes, pour rendre compte de l'ensemble des décisions du système. »

62. N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1993, p. 101 : « Form der Geltung » ; p. 104 : « Ainsi, la validité n'est pas une norme mais bien une forme [...]. La validité représente, dans le langage terminologique de George Spencer Brown, l'intérieur de la forme et la non-validité l'extérieur ». Pour Luhmann, la validité est un « symbole » qui générerait « l'unité du système au cours de ses opérations » (p. 98) ; p. 104 : « En tant que forme, le symbole de validité marque la différence de deux côtés : validité et non-validité. » [ma traduction].

sorte spéciale de non-droit, à savoir des actes créateurs de droit échoués. Ce n'est pas pour autant que cette dichotomie serait en mesure d'imposer une structure au droit – *sauf* encore dans le cas de certaines distinctions binaires qui se situeraient sur le plan des effets juridiques des règles et qui en seraient la concrétisation (par ex. Nul/Annulable).

3.1.2.2 *Droit ↔ Non-droit*

De l'acte juridique non valide à l'acte juridique non existant, il n'est qu'un petit pas, ce qui nous amène à envisager une troisième distinction transversale, celle entre tout ce qui est du droit et tout ce qui n'en est pas : Droit/Non-droit – en allemand *Recht/Nicht-Recht*⁶³. Sa parenté, non seulement avec la forme Valide/Non valide, mais aussi avec le code Légal/Illégal (en allemand *Recht/Unrecht*), apparaît encore plus clairement en allemand qu'en français, car le terme *Recht* a la double signification de source (« le droit ») et de valeur (« ce qui est conforme au droit », « ce qui est légal »).

Cette dichotomie, plus clairement encore que les deux précédentes, n'est toutefois pas opératoire *en droit*, et elle n'est donc pas utile pour expliquer la présence des autres dichotomies couramment employées par le droit, ce qui ne signifie pas que le concept du Non-droit soit inutile, loin de là⁶⁴.

En fin de compte, nous pouvons donc constater que ni le code binaire au sens de Luhmann ni les dichotomies fondamentales du même genre, sont capables d'expliquer la prévalence des dichotomies en droit.

63. La distinction Droit/Non-droit n'est d'ailleurs pas une *fausse* dichotomie. Notamment, elle ne peut pas être mise en question par le concept de la *soft law*, car déjà pour une raison de logique, il n'y a pas de place entre le droit et le non-droit pour une troisième catégorie. Voir pourtant : J. D'ASPREMONT, « Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials », *EJIL* 19 (2008), p. 1075 (1076), par rapport au droit international public : « The general idea of softness commonly rests on the presupposition that the binary nature of law is ill suited to accommodate the growing complexity of contemporary international relations [...] ». En fait, ce n'est pas la dichotomie droit/non-droit qui est fautive, mais le terme de *soft law* : Certes, c'est juste de constater que le comportement des sujets de droit (international public) peut être dirigé par d'autres normes que des obligations relevant du droit (dur), mais c'est en quelque sorte paradoxal d'appeler ces normes-là du droit (*law*).

64. Notamment, le droit distingue les actes invalides des actes « inexistants ».

3.2 La dichotomie de l'application de la règle (tout ou rien)

La logique de l'application de la règle avec sa division en « conditions d'ouverture » et en « conséquences juridiques » nous amène à une autre dichotomie directement liée à la nature du droit⁶⁵ : le résultat de la qualification d'un récit (des faits) sous les conditions d'ouverture d'une règle de droit (subsomption/*Subsumtion*) ne peut être que *oui* (application de la conséquence juridique) ou *non* (non-application de la conséquence juridique)⁶⁶.

Le plus souvent, le mécanisme de la subsomption veut que l'on compare, afin d'arriver au résultat de la qualification (positive), chaque élément des faits l'un après l'autre avec l'ensemble de situations factuelles décrites, de manière plus ou moins abstraite, par les conditions d'ouverture correspondant à la règle⁶⁷. Pour chacun de ces éléments de fait, il n'y a que deux possibilités : il peut tomber dans la catégorie factuelle décrite par le(s) terme(s) correspondant(s) de la règle ou non⁶⁸, la condition peut être remplie ou elle peut ne pas

65. Celle-ci intègre d'ailleurs les dichotomies Légal/Illégal et Valide/Non valide qui s'en présentent comme des cas spéciaux, l'illégalité et la validité étant des conséquences juridiques résultant de l'application des règles (voir sous 3.1.1 et 3.1.2).

66. Cette observation est partagée par M. LEMIEUX, « La récente popularité du plan en deux parties », *R.R.J.* 1987-3, p. 823 (833) : « À force de concevoir des catégories juridiques dans lesquelles les controverses se coulent, les classificateurs développent cette "vision des choses" qui leur permet d'affirmer si, oui ou non, tel récit (de faits) se trouve à l'intérieur de telle catégorie. De cette faculté intellectuelle découlerait la *prédisposition de tout diviser en deux* : dans l'ordre de la nature, le "ça" et le "non-ça" ; dans l'ordre de la raison, le "fondement" (ou catégorie) et la "conséquence" (ou "régime applicable") » [mes italiques]. Voir aussi M. CUMYN et F. GOSSELIN, *Les catégories juridiques et la qualification : une approche cognitive*, [à paraître dans la *RD McGill*], sous 4.1 : « Bien que le droit emploie des concepts qui comportent une gradation de la typicalité des exemplaires qui le composent (ce qui est le cas de tous les concepts) pour parvenir à des décisions répondant le plus souvent à une logique binaire (on est responsable ou non, coupable ou non) [...] ».

67. Il convient de préciser que le modèle de la subsomption séquentielle des différentes conditions d'ouverture d'une règle ne fonctionne pas très bien quand ces conditions sont liées entre elles. Une subsomption d'emblée sous la totalité des conditions connexes s'impose alors. Cf. F. HAFI, « Recht und Sprache », dans : A. KAUFMANN et W. HASSEMER, *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 5^e éd., 1989, p. 233 (248) : Selon l'auteur, la comparaison des cas (dans la méthode juridique) nécessiterait souvent des « espaces de décision multidimensionnels ». Face à cette difficulté, on se contenterait d'un langage juridique « hautement abstrait » qui permettrait un traitement « monodimensionnel » et « ponctuel ». Ainsi, on aboutirait à des « décisions simples entre le "oui" et le "non" », mais on cacherait en même temps « la réalité complexe et multidimensionnelle sous-jacente ».

68. Selon des expériences pratiques représentées en psychologie cognitive, l'appartenance d'un objet à une catégorie serait une question de degré plutôt que du tout ou rien. Voir M. McCLOSKEY et S. GLUCKSBERG, « Natural Categories :

l'être. Au dernier cas, le processus de la subsumption se termine tout de suite, parce qu'il n'est alors plus imaginable que les faits remplissent l'intégralité des conditions d'ouverture. Si la qualification d'un élément à subsumer a été facile ou difficile, si l'élément était un membre typique ou plutôt atypique du concept sous lequel il était à subsumer, tout cela n'a plus aucune signification juridique, du moment que le processus de subsumption est arrivé au résultat dont la condition est remplie.

C'est donc la logique du tout ou rien qui règne, sur le plan de l'application de la règle entière comme sur le plan de la qualification sous chacune de ses conditions d'ouverture. Cette logique binaire paraît inévitable au moins relativement à l'application de la règle entière⁶⁹, puisque son application (y compris ses conséquences juridiques) ne peut être une question de degré⁷⁰. Certes, il existe de nombreuses normes qui permettent de quantifier, au final, le droit ou l'obligation d'une partie. Mais dans tous ces cas, ce n'est pas l'application de la règle qui est dosée. Par exemple, si le contribuable A paie moins d'impôts que le contribuable B, qui a perçu plus de revenus, ce n'est pas pour autant qu'on dirait que la loi fiscale s'applique à un moindre degré au cas de A qu'au cas de B.

Le caractère binaire de la qualification juridique se reflète sur les litiges juridiques qui ont toujours besoin d'être décidés dans un sens ou dans l'autre⁷¹ et sur la façon dont le droit est mis en œuvre

Well Defined or Fuzzy Sets», *Memory & Cognition* 1978, vol. 6(4), p. 462 (462), relativement à une recherche (récente à l'époque) dans le domaine de la mémoire sémantique. L'approche non binaire (« analogue » dans la terminologie informatique) de qualification paraît bien intéressante, mais les règles de loi en vigueur sont construites en vue de la qualification binaire traditionnelle. L'application de cette approche au droit nécessiterait du moins une toute autre manière de rédiger les lois. À moins qu'on définisse par une valeur numérique le seuil de décision, ce qui serait irréaliste (M. CUMYN et F. GOSSELIN, *Les catégories juridiques et la qualification : une approche cognitive*, [à paraître dans la *RD McGill*], sous 4.1).

69. L'abandon de la logique du tout ou rien ne paraît déjà plus concevable sur le plan de la qualification sous chacune des conditions d'ouverture. Je pense notamment à des conditions d'ouverture qui sont des standards liés entre eux sémantiquement, créant ainsi un espace décisionnel multidimensionnel. La subsumption sérielle condition par condition n'est pas vraiment appropriée dans de tels cas. Voir note 67 ci-dessus.
70. Il en est autrement concernant les principes du droit (opposés aux règles de droit – encore une dichotomie!) qui, n'ayant pas des conséquences juridiques propres à eux, disposent d'une dimension de poids. Voir R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London, 1977, éd. cartonnée 2013, réimprimée en 2014, p. 43 : « Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance [...] ».
71. Le *non liquet* est prohibé sous peine de déni de justice. Voir A. AMSTERDAM et J. BRUNER, *Minding the Law*, London, 2000, p. 48 : « The lawyer is called upon

devant les tribunaux. La séparation stricte entre l'appréciation des faits et l'application de la loi⁷² ainsi que le régime de la charge de preuve en témoignent⁷³. Mais à part cet aspect particulier, un lien direct entre la dichotomie de l'application de la règle et l'abondance des dichotomies dans le droit n'est pas évident.

3.3 La décomposition des situations juridiques en rapports à deux personnes

3.3.1 La préférence du droit pour les rapports juridiques bilatéraux

La décomposition des situations juridiques en rapports à deux personnes est une autre propriété du droit qui mérite d'être examinée ici. Le droit a tendance à se résoudre en relations entre deux personnes⁷⁴ et, en cas de conflit, en *litiges* (contentieux) entre deux personnes : le demandeur et le défendeur⁷⁵. S'il y a plus que deux personnes qui font

to present (or imagine) the best possible case for the contract being *either valid or invalid*, and must do so in full knowledge that a lawyer for the other party may, presumably with equal assiduity, present a contrary brief. Immediately or potentially, categorizing under law is an adversary process [...]. In the end it is *guilty as charged or not, liable or not, contract performed or not.* » [mes italiques].

72. Voir, par rapport au droit allemand, R. MOTSCH, «Comparative and Analytical Remarks on Judicial Fact-Finding», dans *Festschrift für Gerhard Käfer*, Sarrebruck, 2009, p. 241 et suiv., sous 1.2: «The high and single German standard reflects, I think, a deeply rooted dichotomy between the realm of facts and the realm of norms: Fact-finding as such must not be mixed up with the legal evaluation of those facts. The court first has to find out the truth, and truth is considered to be normally within the reach of the court! If the court is not able to find out the truth it has to decide the case according to the ultimate burden of proof. On the level of fact-finding one should not peep at the final outcome of the case.»
73. Cf. pourtant, relativement au problème de la preuve de la causalité en matière de responsabilité civile, l'idée d'une responsabilité partielle en fonction du degré de la probabilité du lien de causalité. Voir CH. EHLGEN, *Probalistische Proportionalhaftung und Haftung für den Verlust von Chancen*, Tübingen, 2013, p. 102 et suiv. L'auteur rejette cette approche de *lege lata* (en droit allemand, p. 195 et suiv.) et de *lege ferenda* (p. 286 et suiv.).
74. Par ex. A. KOCOUREK, «The Hohfeld System of Fundamental Legal Concepts», 15 *Ill.L.R.* 1920-1921, p. 26: «It [Hohfeld's system] made conspicuous the uniqueness (singleness) of jural relations as existing only between two persons, and never more than two persons.»
75. Voir TH. TAURAN, «Les distinctions en droit privé», *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif*, 2000-2, p. 489: «Dans le domaine du droit, les distinctions sont nombreuses. Le droit est en effet par essence une matière où s'effectuent des confrontations, des oppositions, des conflits entre plusieurs interprétations, argumentations ou prétentions. Un demandeur s'oppose toujours à un défendeur, un appelant à un intimé, une exception à une action, etc.» ; voir encore A. AMSTERDAM et J. BRUNER, *Minding the Law*, London, 2000, p. 48, le même extrait que

partie du litige, notamment en cas de recours collectif ou d'intervention forcée, cela ne change rien au caractère foncièrement bilatéral du procès.

Chaque devoir d'une personne correspond, au moins en principe, au droit d'une autre personne exactement. Quand la première personne est obligée envers plusieurs personnes ou même envers une multitude de personnes, ce devoir multiple se résout en autant de rapports juridiques différents⁷⁶. C'est la même chose quand plusieurs personnes sont obligées envers une tierce personne⁷⁷. Même les soi-disant droits absolus comme la propriété se laissent décomposer en un ensemble de relations bilatérales du propriétaire avec toute personne qui pourrait lui contester son droit ou le déranger dans l'exercice de celui-ci⁷⁸.

Pour tous les juristes – juges, avocats ou étudiants en droit –, le premier pas dans l'analyse d'un récit complexe et impliquant plusieurs personnes consiste à décomposer et à réduire les faits en rapports juridiques bilatéraux.

3.3.2 *Les influences multiples sur la structure du droit*

L'influence de la décomposition des rapports juridiques en rapports bilatéraux sur la formation de dichotomies réciproques est immédiatement visible, puisque ces dichotomies servent précisément à décrire de tels rapports bilatéraux.

Cependant, les effets de cette décomposition vont encore plus loin. En effet, la dialectique du discours juridique, la dynamique de l'opposition entre argument et argument contraire doivent leur

cité plus haut (note 71), mais cette fois vu sous un autre angle: «The lawyer is called upon to present (or imagine) the best possible case for the contract being either valid or invalid, and must do so in full knowledge that a lawyer for the *other party* may, presumably with equal assiduity, present a *contrary brief*. Immediately or potentially, *categorizing under law is an adversary process* [...]. In the end it is guilty as charged or not, liable or not, contract performed or not.» [mes italiques].

76. Voir par ex., A. CORBIN, chapitre «Legal Analysis and Terminology», dans: R. HENSON, *Landmarks of Law*, New York, 1960, p. 196, 198: «The term “legal relation” should always be used with reference to two persons, neither one nor less. One does not have a legal relation to himself. Nor does one have a legal relation with two others; he has separate legal relations with each».

77. C'est seulement au cas d'une obligation *indivisible*, par ex. l'obligation des membres d'un groupe de musique de donner un concert, qu'on pourrait se poser la question de savoir si le recours contentieux du tiers ne nécessiterait pas exceptionnellement l'assignation de tous les débiteurs en même temps, ce qui pourrait laisser apparaître l'ombre d'une créance foncièrement multilatérale.

78. Pour avoir un exemple de la décomposition de la propriété (*ownership*) en litiges en deux personnes, voir A. ROSS, «Tû-Tû», *Harvard Law Review* 70 (1957), p. 812 (819).

existence en bonne partie au fait que les questions juridiques se présentent comme des *conflits juridiques opposant deux parties*.

En outre, il n'y a jamais de vérité absolue en droit et toute question, toute solution se discute, de sorte qu'aucun argument ne paraît irrésistible lorsqu'il est confronté à d'autres⁷⁹. Cette incertitude se résout souvent en une opposition entre un argument et son contraire.

Ce sont aussi souvent des intérêts ou des valeurs opposés qui président à la rédaction des lois et à leur interprétation. On opposera ainsi l'individualisme et les intérêts collectifs⁸⁰ ou encore la liberté et l'autonomie individuelle d'un côté, et le besoin de protection de personnes vulnérables de l'autre.

Ces remarques nous éclairent aussi sur l'utilité de la décomposition des rapports juridiques en rapports bilatéraux, ainsi que sur celle des dichotomies qui la soutiennent, en raison de leur effet simplificateur. Souvent, les difficultés dans l'interprétation d'une loi se réduisent à une simple option entre les points de vue opposés de deux parties à un litige. Pour simplifier le travail du juge et rendre sa plaidoirie plus attrayante, chaque procureur a intérêt à réduire, le plus possible, ses arguments à un seul, tout en simplifiant à outrance, en des termes peu favorables, la position de la partie adverse. Le cas échéant, cela permet au juge de choisir la voie qui le conduit à la solution qu'il estime la plus juste. Ainsi, les dichotomies ont une importante fonction rhétorique.

4. LA FONCTION CLASSIFICATOIRE DES DICHOTOMIES DANS LE DROIT

La nature du droit n'explique qu'en partie l'importance *générale* des dichotomies dans le droit. Du reste, elle semble s'expliquer par les fonctions *utiles* que les dichotomies occupent dans la construction et l'application du droit. À cet égard, j'identifie principalement la fonc-

79. Cf. J. M. BALKIN, «The Crystalline Structure of Legal Thought», 39 *Rutgers L Rev*, p. 1 (3): «[...] If one attempts to view legal thinking as a coherent system of moral directives it becomes hopelessly complicated and confusing; however, if it is viewed dialectically as a continuing series of struggles between various sets of opposed ideas, its structure becomes relatively simple, and crystal clear. The play on words is deliberate [...]». Voir aussi à la p. 12 («[...] the dialectic between the pairs of opposed ideas [...]») et p. 75 à 77 («The dialectical nature of legal and moral thought»).

80. Voir relativement à cette dichotomie (*individualism/communalism*), J. M. BALKIN, «The Crystalline Structure of Legal Thought», 39 *Rutgers L Rev*, p. 13 à 19.

tion classificatoire des dichotomies, ainsi que les fonctions esthétique et rhétorique qui en découlent.

C'est grâce à la classification que l'homme pense et saisit le monde⁸¹. La classification est «à la base de toute science, de la science juridique comme les autres»⁸². La mission des *juristes* relativement à la classification va encore plus loin : c'est au droit et aux juristes qu'il appartient de saisir, de décrire, voire de construire la réalité sociale avant de l'assujettir au droit. Cela se produit par l'entremise du langage et des concepts qui, quant à leur *extension*, ne sont rien d'autre que des outils de classification⁸³.

4.1 Nécessité d'une classification (juridique) binaire ?

Il convient d'examiner d'abord si la préférence du droit pour les dichotomies ne tiendrait pas aux nécessités de l'acte de classification.

-
81. Cf. F. MACAGNO et D. WALTON, «Dichotomies and Oppositions in Legal Argumentation», *Ratio Juris*, vol. 23, No. 2, June 2010, p. 81 : «Classification is fundamental for the simple reason that reality must be named and linguistically organized in order to talk about it». L'adage «qui ne distingue pas confond», qu'on pourrait être tenté de citer ici pour soutenir cette vérité (voir TH. TAURAN, «Les distinctions en droit privé», *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif*, 2000-2, p. 489), ignore qu'en fait, d'après les recherches en psychologie cognitive, ce n'est pas plus facile de confondre que de distinguer, car la confusion suppose, elle aussi, l'établissement des regroupements d'objets semblables.
82. H. MAZEAUD, «Essai de classification des obligations : obligations contractuelles et extra-contractuelles», *R.T.D.civ.* 1936, p. 1 (2); voir aussi TH. TAURAN, «Les distinctions en droit privé», *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif*, 2000-2, p. 489 : «Les distinctions opérées entre plusieurs éléments constituent un instrument tellement important qu'on les retrouve d'ailleurs dans toute espèce de raisonnements, qu'ils soient juridiques ou non.»
83. Cf. J. VANDERLINDEN, *Comparer les droits*, Diegem, 1995, p. 226 : «Lorsqu'un individu se trouve confronté à une somme d'objets, quelle que soit leur nature, une alternative s'ouvre à lui : soit les laisser dans le désordre, soit les ordonner. Si cet homme est un juriste, praticien ou théoricien, confronté à une somme d'éléments, de notions ou de mécanismes juridiques, les chances qu'il opte pour la seconde branche de l'alternative sont grandes, même si la motivation de son choix est quelque peu différente selon le cas : pratique pour l'un, théorique, voire scientifique, pour l'autre [...]». Cf. aussi P. SCHLAG, «Cannibal Moves – An Essay on the Metamorphoses of the Legal Distinction», 40 *Stan. L. Rev.* 1987-1988, p. 930, note 7 : Selon l'auteur, les distinctions légales joueraient également un rôle «crucial» dans la common law (ce qui n'est pas surprenant), mais ce ne serait pas clair si cela a toujours été ainsi : «Throughout the '30s and '40s, for instance, legal commentary eclipsed the legal distinction in favor of a closely related subject, namely, the meaning and uses of precedent and stare decisis» ; p. 932 : «[...] the legal distinction now occupies a central position-it is treated as a crucial determinant or decision point in the production of law and legal discourse.»

4.1.1 La dichotomie en droit: conséquence d'une réalité binaire?

Il a été évoqué que « [l']importance privilégiée [des classifications binaires] dans le vocabulaire juridique est une conséquence logique de la *fonction éminente qu'assume la classification comme facteur d'ordre de la pensée juridique* » [mise en relief dans l'original]⁸⁴.

La dominance des classifications binaires en droit serait-elle une conséquence du fait que la réalité sociale à laquelle se réfère le droit est elle-même binaire? Cela expliquerait au moins les dichotomies que l'on retrouve sur le plan des conditions d'ouverture. Or, la réalité est-elle dominée par des phénomènes opposés (1^{re} sous-question) et, si oui, est-il nécessaire de représenter ces dualismes dans la structure du droit (2^e sous-question)?

Déjà, la réponse à la première sous-question est négative. Il n'y a pas de dichotomies dans la nature⁸⁵. Les dichotomies juridiques sont plutôt des assertions relatives à la structure de l'ordre juridique, relatives à la pensée juridique et, parfois aussi, relatives à la pensée générale.

4.1.2 La dichotomie en droit: conséquence de la logique de classification?

Une autre explication de l'abondance des dichotomies en droit pourrait être qu'elle serait inhérente à la logique de classification.

Il a été prétendu que, d'après « un principe élémentaire de logique », « une classification doit être fonction d'un seul et même

84. G. CORNU, *Linguistique juridique*, 5^e éd., 2005, p. 179, n° 37.

85. N. KASIRER, « Pothier from A to Z », dans *Mélanges Jean Pineau*, 2003, p. 387 (394): « Legal categories are hardly perfect mirror images of the natural world's objective face but constructs that are the product of a situated imagination [...] The civilian adventure of classification in Obligations is thus more than a hopeful stand against law's disorder; it is an epistemological reflex, finding full expression in scholarly discourse, that should be studied first from the perspective of theories of knowledge and of cognition. » Cf. aussi M.-L. IZORCHE, « Réflexions sur la distinction », dans *Mélanges Christian Mouly*, 1998, p. 53, 59, relativement au caractère subjectif des « distinctions »: « Souvent, la distinction est opérée non à cause d'une certaine conception (plus ou moins consciente) du réel, mais afin de suggérer une certaine conception du monde; et c'est là que la distinction apparaît en tant qu'instrument d'orientation de la pensée. Ainsi, la distinction peut être utilisée comme instrument de réduction du domaine de référence d'un discours: pour le juriste, cela se traduira souvent par la réduction du domaine d'application d'une règle [...] ».

trait » ; qu'il n'était pas « admissible de poser, en considération annoncée d'un même trait, c'est-à-dire d'un même principe de classification, une division tripartite »⁸⁶. Les juristes seraient « alors conduits à des distinctions bipartites »⁸⁷. Chaque distinction tripartite serait l'incarnation de deux critères de distinction qui auraient été mélangés de façon incohérente. Il serait « faux » par exemple de classer les fonctions juridiques de l'État en fonction législative, fonction administrative et fonction juridictionnelle comme le faisait la théorie traditionnelle⁸⁸, et les partisans de cette distinction traditionnelle mélangeraient le fond des actes et le but de l'intervention comme critères de distinction.

Or, le point de départ de cette opinion paraît juste. Une classification (exclusive) ne peut se baser que sur un critère de distinction⁸⁹. Il en est autrement seulement quand la liste des éléments est le résultat d'une simple énumération. Dans le cas d'une distinction synthétique (cumulative), des recoupements sémantiques sont admis, mais une telle liste n'aurait pas de fonction classificatoire. L'ensemble de toutes les conditions d'ouverture d'une règle de droit en constitue un exemple. Si l'on attribue un élément des faits à une certaine condition d'ouverture, cela ne voudrait pas dire que l'attribution de cet élément à une autre condition d'ouverture de la même règle serait exclue⁹⁰.

86. CH. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », dans *La logique du droit*, Arch. de philosophie du droit, T. XI, 1966, p. 25 (37, n° 16); aussi J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Paris 2012, n° 183, se référant à EISENMANN : « À un même degré ou étage, la distinction des divers termes des classifications doit être fonction d'un seul et même trait ; il n'est pas admissible de poser, en considération annoncée d'un même trait, c'est-à-dire d'un même principe de classification, une division tripartite. »

87. J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Paris 2012, n° 183.

88. CH. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », dans *La logique du droit*, Arch. de philosophie du droit, T. XI, 1966, n° 16; J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Paris 2012, n° 183. Ce dernier rajoute encore les exemples de la classification des phénomènes juridiques en faits juridiques, actes juridiques et contrats et des droits intellectuels en droits patrimoniaux, droits extrapatrimoniaux et droits mixtes.

89. J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Paris 2012, n° 183 : « On ne peut enfin baser une division tripartite sur la présence d'éléments hétérogènes regroupés dans une même situation. »

90. TH. TAURAN, « Les distinctions en droit privé », *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif*, 2000-2, p. 498 et suiv. : « Les distinctions ne visent pas toutes à opposer des notions juridiques. C'est là à notre avis que se pose la question des distinctions avec des termes liés : parfois il s'agit bien plutôt en effet de distinguer plusieurs éléments afin de mieux les conjuguer par ailleurs. Les exemples de ce genre de distinction sont multiples. En droit civil notamment, lorsqu'il s'agit de définir le terme de "coutume", les auteurs s'entendent pour affirmer qu'une coutume au sens du droit est la réunion de plusieurs [499] composantes : d'une part, un élément matériel et d'autre part, un élément moral. »

L'assertion qui est mise en avant dans ce contexte et selon laquelle une entité ne peut pas être classée dans une catégorie et dans la catégorie opposée⁹¹ est également juste (si l'on accepte le principe de non-contradiction). Mais cela ne veut pas dire pour autant qu'en présence d'un seul critère de distinction, il faudrait nécessairement opérer une division bipartite⁹². Nous pensons en effet à un critère *quantitatif* comme l'âge ou les revenus. Il est possible, à partir d'un tel critère, de créer plus de deux catégories (classes). Les critères *qualitatifs* ne donnent pas nécessairement lieu à des classifications binaires non plus. Prenons l'exemple de la couleur et de tous les autres critères qui peuvent adopter plus de deux valeurs. L'exemple de la séparation des pouvoirs mentionné précédemment va dans ce sens. Il est tout à fait possible de lui trouver un critère de distinction unique, ne serait-ce que le numéro de l'article de la Constitution qui définit chacun des organes de l'État.

La classification binaire, si elle n'est généralement pas nécessaire, est du moins *toujours possible*⁹³. Une distinction tripartite A, B et C, par exemple, peut toujours être transformée en une suite hiérarchisée de deux distinctions binaires : A et Non-A au premier niveau et, au deuxième niveau, B et C comme extensions de la catégorie Non-A⁹⁴.

C'est alors le signe soit d'un malentendu, soit d'un propos au moins équivoque, d'affirmer que « toute division logique est nécessairement binaire »⁹⁵. La logique est binaire *dans la mesure où* elle s'occupe des assertions qui sont vraies ou fausses. Cela ne veut pourtant pas

91. J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Paris 2012, n° 183.

92. TH. TAURAN, « Les distinctions en droit privé », *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif*, 2000-2, p. 504 : « Il ne faut pas le regretter bien que les juristes soient très attachés aux plans en deux parties : s'il n'y a distinction qu'à partir de deux éléments, il y a des distinctions en trois, quatre et même plus. Le risque certes est, qu'à partir d'un certain seuil, il n'y ait plus de distinctions mais de simples catalogues. »

93. Cf. N.J. JAMIESON, « Legal Classification and the Science of Law », *Otago Law Review* (1988) vol. 6 No. 4, p. 550 (557) : « [...] The logic underlying the process of classification is a logic of division. That this logic of division in its rigorously dichotomal form is relevant as a means of avoiding and resolving legal problems is already well documented [...] » ; p. 559 : « [...] the rigorousness of dichotomy to which all logically perfect division is reducible [...] ».

94. Voir M. CUMYN et F. GOSSELIN, *Les catégories juridiques et la qualification : une approche cognitive*, [à paraître dans la *RD McGill*], sous 3.1 (« La structure des classifications juridiques ») : Les auteurs remarquent qu'une classification exhaustive des catégories juridiques en procédant par divisions binaires conduirait « à l'adoption de taxonomies trop développées, avec de trop nombreux niveaux ou un nombre trop important de hiérarchies superposées ».

95. D. LEMAY, *Méthodologie du travail juridique*, Montréal 1990, p. 29, relativement au plan en deux parties.

dire que les assertions (vraies) auxquelles la logique se réfère n'ont que deux variables (par ex. «Le droit peut être de caractère matériel ou formel»). Quand tel est le cas, on parle de logique binaire ; c'est une sorte de logique parmi d'autres. Les assertions portant sur plus de deux variables (par ex. «La notion "entreprise" est définie, selon les cas, dans les lois X, Y est Z») sont tout autant accessibles à la logique.

4.2 L'utilité de la classification dichotomique en droit

Faute d'être un impératif absolu de la nature du droit ou de la logique de la classification, l'emploi des dichotomies dans la systématisation juridique doit devoir son succès à son utilité particulière : ce sont la clarté, l'esthétique et la force rhétorique de la classification binaire qui contribuent à la fois à la transparence, à la compréhension et à l'acceptation du droit.

Par l'emploi des dichotomies dans la rédaction des règles de droit, le législateur, d'une part, et la pratique des affaires, de l'autre, facilitent la subsomption et favorisent ainsi le respect des règles qu'ils énoncent. La jurisprudence et la doctrine arrivent à renforcer la puissance de persuasion de leurs arguments grâce aux dichotomies : elles fondent des assertions claires et sans équivoque ainsi qu'une argumentation compréhensible et vérifiable⁹⁶, favorisant ainsi l'atteinte d'un consensus, fondement *in fine* de la validité du droit.

4.2.1 La clarté

Les juristes ont besoin de classer la réalité sociale, y compris le droit lui-même. Cela étant, ils préfèrent la classification (et la pensée) dichotomique pour la simple raison qu'elle est la plus simple des classifications et qu'elle apporte la plus grande clarté⁹⁷.

De plus, les dichotomies contribuent à la précision de la pensée juridique, car elles évitent des chevauchements de catégories qui pourraient générer de l'incertitude. En bref, les dichotomies facilitent

96. ST. MÜLLER, «Herausforderungen einer sozialwissenschaftlichen Theorie des Widerspruchs», dans ST. MÜLLER, *Jenseits der Dichotomie*, 2013, p. 7 (7).

97. Voir K. PESHKOV, *Le discours juridique en russe et en français : une approche typologique*, thèse Aix-Marseille 2012, <<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00997016>>, p. 378 : «L'emploi courant des oppositions des termes donne au discours juridique de la netteté et de la clarté. Si on utilise des couples antonymiques dans le discours du droit, c'est par souci de précision [...]».

l'intelligence de la structure du droit ou du système juridique. La fonction *pédagogique* des dichotomies devient alors évidente⁹⁸.

Parmi les dichotomies, d'ailleurs, celles qui ont un caractère *contradictoire* (selon le modèle A/Non-A, voir sous 2.1.1) sont les plus élémentaires et les plus claires. Toutes les distinctions se laissent réduire à des dichotomies contradictoires ; ces dernières peuvent être créées à tout moment à partir d'un critère de distinction donné sans risque de violer la condition d'exclusivité. Pour cette raison sans doute, ce type de dichotomie est probablement celui qu'on rencontre le plus souvent dans l'argumentation juridique de tous les jours.

4.2.2 *L'esthétique*

Dans la mesure où les dichotomies apportent de la clarté à la structure des catégories et de l'argumentation juridiques, elles remplissent également une *fonction esthétique* qui favorise à son tour l'atteinte d'un consensus. En effet, les jugements intersubjectifs sont, jusqu'à un certain degré et bien au-delà de la rationalité pure, une question de goût⁹⁹. Tout naturellement, les dichotomies bénéficient de l'esthétique de la simplicité, selon laquelle le sentiment esthétique est influencé positivement par la facilité du processus cognitif et du traitement de l'information, aussi longtemps qu'elle réussit à ne pas ennuyer l'interlocuteur.

L'esthétique de la clarté a été poussée à l'extrême en France avec la fameuse exigence selon laquelle une dissertation juridique

98. Voir K. PESHKOV, *Le discours juridique en russe et en français : une approche typologique*, thèse Aix-Marseille 2012, <<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00997016>>, p. 403, citant E. DAMETTE (*Didactique du français juridique*, Paris, 2007, p. 133 et suiv.) relativement à « l'importance de l'apprentissage des couples opposés » ; N. KASIRER, « Pothier from A to Z », dans *Mélanges Jean Pineau*, 2003, p. 391 : « Civilians learn to classify obligations from the start of their legal education according to "sources" initially, then according to "object" and "effects" and, later, according to "scope" [...] Alongside the classifications, Obligations gives rise to the abstract pairing of notional opposites taught together [...] ».

99. Voir P. SCHLAG, « The Aesthetics of American Law », 1052 *Harvard Law Review* 115 (2002), p. 1149 : « Law is an aesthetic enterprise » ; voir aussi S. M. PURVIANCE, « Aesthetics and adjudication: Intersubjective requirements and juridical judgment », *The Journal of Value Inquiry* 27, p. 165 (165) : « [...] My thesis is that, at the same time as judges act through the empowerment of political institutions in a system of law, they act through the empowerment of laws or regulative ideals of taste. If we examine how a standard of taste is supposed to make intersubjective judgments possible, we will understand better how the exercise of juridical authority is to be explicated not only in terms of moral concepts, but also in terms of aesthetic concepts [...] ».

doit être structurée par un *plan équilibré en deux parties* à tous les niveaux de l'ouvrage. Apparue après la Seconde Guerre mondiale et promue par H. Capitant et H. Mazeaud¹⁰⁰, elle revêt encore en France un caractère quasi impératif.

Il a déjà été exposé plus haut que la classification dichotomique est toujours possible, mais qu'elle est loin d'être toujours nécessaire. Cette conclusion se laisse transposer sans problème à la construction dichotomique du plan d'une dissertation juridique. Certes, les intitulés des deux parties du texte correspondantes – deux chapitres, deux titres, deux sous-titres, etc. – sont le plus souvent composés d'un ensemble de mots et pas de termes isolés, ce qui nous empêche d'y voir nécessairement des « dichotomies ». Cela ne change pourtant rien à la comparabilité du plan en deux parties avec les dichotomies, car au fond, ce sont les mêmes effets qui sont ainsi recherchés.

La critique fondamentale adressée à cette exigence il y a bientôt 30 ans demeure tout à fait convaincante¹⁰¹. En effet, « méthodologiquement, cette règle ne se justifie en rien », mais « l'artifice est esthétiquement agréable »¹⁰². Qui plus est, cette règle interprétée comme un simple guide, les avantages pédagogiques de cette structure type sont indéniables. Le plan en deux parties rappelle son auteur à la discipline, ce qui rendra son œuvre plus convaincante : la binarité l'inspire à structurer sa pensée, à chercher des rapports – communautés et différences – entre toutes les sections de son texte et l'empêche de

-
100. Voir M. LEMIEUX, « La récente popularité du plan en deux parties », *R.R.J.* 1987-3, p. 827 : « Disons que le grand-père est Henri Capitant, qui devient, avec la publication de *La thèse de doctorat en droit*, en 1926, le premier poseur de méthode du XX^e siècle, à l'aube du nouveau régime des thèses de doctorat [...] Henri Mazeaud est le père du bipartisme, car c'est à lui que l'on doit le premier exemple publié d'une dissertation [...] » ; voir pourtant M. TOUZEIL-DIVINA, « Le plan est en deux parties... parce que c'est comme ça », *AJDA* 2011, p. 473 (473) : Selon l'auteur (citant la revue *Thémis* de 1819), l'usage remonterait « à la réorganisation, en l'an XII (1804), des Facultés de droit quand la thèse de doctorat devait être un simple "placard imprimé, sur une feuille unique, et divisé en deux parties pour deux matières différentes, tirées, l'une du droit romain, l'autre du droit français" ». L'argument n'est guère convaincant, la division d'une page en deux parties traitant deux matières indépendantes n'ayant rien à voir avec l'exposé d'un sujet unique en le divisant en deux à chaque niveau du plan.
101. Voir M. LEMIEUX, « La récente popularité du plan en deux parties », *R.R.J.* 1987-3, p. 824-834 ; voir notamment à la p. 831 : « Si le bipartisme n'est que le simple choix d'une récente génération de juristes, il n'est pas plus "propre au droit" [...] qu'il n'est "propre à la tradition". »
102. Voir M. TOUZEIL-DIVINA, « Le plan est en deux parties... parce que c'est comme ça », *AJDA* 2011 : « Avouons que si l'artifice est esthétiquement agréable, méthodologiquement, cette règle ne se justifie en rien. »

ne présenter qu'une longue suite de points plus ou moins cohérents, comme c'est la regrettable tendance en Allemagne.

4.2.3 *Le pouvoir rhétorique*

La fonction *rhétorique*¹⁰³ des dichotomies, leur pouvoir de conviction inhérent, est une conséquence de leur clarté et de leur esthétique. Cet effet évident n'a pas besoin d'être approfondi ici. Je voudrais plutôt évoquer encore le cas particulier où les dichotomies sont employées afin de franchir les obstacles posés par le libellé du texte de la loi ou d'une règle jurisprudentielle, soit pour restreindre le champ d'application d'une règle, soit pour l'élargir¹⁰⁴.

Une des stratégies, bien connues en Allemagne, permettant de *restreindre* le champ d'application d'une règle consiste à établir une distinction binaire relativement à la manière d'interpréter une de ses conditions d'ouverture qui, d'après la compréhension normale de son libellé, couvre les faits du cas concret. Ainsi, on crée une deuxième compréhension de la condition qui ne couvre plus les faits, et il suffit d'établir finalement que la deuxième interprétation l'emporte. D'habitude, c'est la dichotomie « condition X au sens étroit »/« condition X au sens large » qui est employée dans ce but.

Si l'on souhaite *étendre* les limites jugées trop étroites du libellé, c'est souvent le procédé inverse qui est appliqué : la création d'une

103. La rhétorique du droit est la technique de la communication linguistique ayant pour but de créer un consentement. Par le critère de consentement, la définition vise à exclure les intentions manipulatrices « inappropriées à la communication rationnelle » [ma traduction]. Voir W. GAST, « Rhetorik », dans *Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie*, IVR (Deutsche Sektion) et Deutsche Gesellschaft für Philosophie, sous II.3., <<http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/79-rhetorik>>, page consultée le 6 septembre 2016. Voir aussi CH. NIERHAUVE, « Rechtsklugheit, Topik und Rhetorik », *ZDRW* 2/2016, p. 102 (105) : « Le critère caractéristique de la profession des juristes est la capacité de parler et décider, tout en arguant » [ma traduction] ; p. 107 : Selon la théorie rhétorique, la création de convictions nécessiterait la « concomitance de *ethos*, *logos* et *pathos* ».

104. Voir, relativement aux conditions qu'une distinction doit remplir afin d'avoir du succès, D. KENNEDY, « Stages of the Decline of the Public-Private Distinction », 130 *U. Pa. L. Rev.* 1981-1982, p. 1349 : « Success for a legal distinction has two facets. First, it must be possible to make the distinction: people must feel that it is intuitively sensible to divide something between its poles, and that the division will come out pretty much the same-way regardless of who is doing it. Second, the distinction must make a difference: a distinction without a difference is a failure even if it is possible for everyone to agree every time on how to make it. Making a difference means that it seems plain that situations should be treated differently depending on which category of the distinction they fall into. »

dichotomie qui rajoute à la compréhension normale d'une condition d'ouverture jugée trop étroite une compréhension jumelle qui, quant à elle, est dessinée d'une manière qui couvre les faits (par ex. condition X « au sens juridique »/condition X « au sens économique » ; réalisation « directe » de la condition d'ouverture/réalisation « indirecte »). C'est ensuite la deuxième interprétation qui est retenue.

5. LES LIMITES DES DICHOTOMIES DANS LE DROIT

La fonction rhétorique des dichotomies juridiques nous amène à leurs limites et aux dangers qui sont liés à leur utilisation.

5.1 Critique générale de la pensée dichotomique

Rappelons d'abord la critique générale dont les classifications juridiques, binaires ou non, font l'objet. Ainsi, on nous met en garde contre leur caractère subjectif¹⁰⁵ et leur rigidité¹⁰⁶.

Évoquons en outre la critique générale de la pensée bivalente occidentale. En fait, il s'agit moins d'une critique du classement dichotomique que de la philosophie du vrai et du faux et de la logique de la non-contradiction, auxquelles les avantages des dichotomies sont étroitement liés.

D'après une pensée répandue en Asie de l'Est, il ne faut pas réfléchir en termes d'opposition ou de frontières¹⁰⁷, la séparation des catégories étant considérée comme artificielle (« undercomplex »), tandis

105. Voir M.-L. IZORCHE, « Réflexions sur la distinction », dans *Mélanges Christian Mouly*, 1998, p. 59 : « Souvent, la distinction est opérée non à cause d'une certaine conception (plus ou moins consciente) du réel, mais afin de suggérer une certaine conception du monde ; et c'est là que la distinction apparaît en tant qu'instrument d'orientation de la pensée. Ainsi, la distinction peut être utilisée comme instrument de réduction du domaine de référence d'un discours : pour le juriste, cela se traduira souvent par la réduction du domaine d'application d'une règle [...] ».

106. N. KASIRER, « Pothier from A to Z », dans *Mélanges Jean Pineau*, 2003, p. 391 : « Classifications shape civilian patterns of thought and learning them is something of a rite of passage, frequently undertaken uncritically, without much regard to the often tenuous functional value that the categories might have in problem-solving [...] ».

107. H. P. GLENN, *Legal Traditions of the World*, 5^e éd., Oxford, 2014, p. 305, par rapport à l'hindouisme.

que dans le monde réel, tout serait plutôt une question de degrés¹⁰⁸. Dans le zen-bouddhisme notamment, la négation du principe de non-contradiction serait devenue une philosophie de vie quasi religieuse¹⁰⁹.

Il n'est pas nécessaire d'approfondir ces idées générales ici. Mais il est intéressant de constater qu'en droit, la logique ne constitue qu'un côté de la médaille.

L'idée selon laquelle il est difficile, notamment dans le domaine de l'éthique et de la morale, d'arriver à une consistance logique absolue, et qu'une telle consistance serait même déplacée dans certains contextes, au point qu'un conformisme total avec les principes moraux généralement reconnus serait condamnable¹¹⁰, est transposable au droit, ce qui s'exprime par le vieux paradoxe *summum ius summa iniuria*¹¹¹.

D'où la nécessité de se méfier des contradictions trop prononcées en droit. En fait, une des qualités du droit, du moins dans un État de droit¹¹², est d'être flexible et capable de concilier des opposés, des contradictions, comme la liberté et l'égalité ou l'autonomie de la volonté et la sécurité du commerce. C'est grâce à cette flexibilité que le discours juridique a toujours réussi à se soustraire de la contrainte des dichotomies¹¹³. La qualification d'un élément comme étant *sui generis* (ou plus moderne : *hybride*), par exemple, est un des moyens

-
108. H. P. GLENN, *Legal Traditions of the World*, 5^e éd., Oxford, 2014, p. 368 à 372 («Bivalence and Multivalence»), ici précisément à la p. 369; M. KIENPOINTNER, *Alltagslogik: Struktur und Funktion von Argumentationsmustern*, Stuttgart 1992, p. 422 et suiv. («Jenseits der Gegensätze»), p. 423. Voir aussi C. TRAN, «Cognitive Information Processing», *Vietnam J Comput Sci* (2014) 1, p. 207, 209 à 211 : l'auteur y présente plusieurs concepts de la pensée moniste.
109. Voir M. KIENPOINTNER, *Alltagslogik: Struktur und Funktion von Argumentationsmustern*, Stuttgart 1992, p. 423.
110. Voir M. KIENPOINTNER, *Alltagslogik: Struktur und Funktion von Argumentationsmustern*, Stuttgart 1992, p. 424.
111. Voir M. KIENPOINTNER, *Alltagslogik: Struktur und Funktion von Argumentationsmustern*, Stuttgart 1992, p. 424.
112. Voir M. KIENPOINTNER, *Alltagslogik: Struktur und Funktion von Argumentationsmustern*, Stuttgart 1992, p. 424 : l'auteur, commentant l'éthique paradoxale selon C.G. Jung, remarque que ce sont justement les dictatures, idéologies et mouvements religieux qui disposent le plus souvent d'une éthique rigide et fortement cohérente avec les conséquences catastrophiques bien connues.
113. Cf. CH. NORRIS, «Law, Deconstruction, and the Resistance to Theory», 15 *JL. & Soc'y* 1988, p. 166 (167), se référant à J. DERRIDA : «After all, deconstruction is chiefly concerned with the logic of value-laden binary distinctions, contrasting terms (like the fact/value or the private/public law paradigm) which can always be shown, on closer reading, to exist in a state of reciprocal dependence which renders their difference "undecidable" in any given case, and which thus works to destabilise the system of received categorical ideas [...]».

permettant d'échapper aux fausses dichotomies (et à d'autres sortes de classification incomplète).

Mais c'est surtout le concept de l'*acceptabilité*, opposé à la vérité unique et permettant de réconcilier des positions contradictoires, qui mérite d'être évoqué ici¹¹⁴. Celui qui appelle une assertion juridique « acceptable » montre un certain consentement, mais exprime en même temps qu'une autre réponse à la même question serait également possible¹¹⁵. Ce n'est pas une vraie contradiction logique dans la mesure où les normes applicables contiennent des incertitudes et une marge d'interprétation¹¹⁶.

5.2 Les fausses dichotomies

De plus, les classifications binaires induisent à des *simplifications*. Les fausses dichotomies (voir sous 2.4) notamment sont particulièrement sensibles à l'erreur ou même à la manipulation¹¹⁷.

5.2.1 Les avantages des simplifications

Les dichotomies simplificatrices ne sont pas toujours mauvaises. Au contraire, elles présentent des avantages non négligeables, car elles apportent de la clarté et donnent une orientation dans l'intérêt de la sécurité juridique.

-
114. Voir M. DELMAS-MARTY, «Vers une autre logique juridique : à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *Recueil Dalloz Sirey*, 1988, p. 221, citant les deux logiques du système du droit selon CH. PERELMAN, «la logique de vérité – présentée sous la forme du syllogisme aristotélicien – et une logique plus souple de l'acceptabilité».
115. J. C. SCHUHR, «Zur Vertretbarkeit einer rechtlichen Aussage», *Juristen-Zeitung*, 2008, p. 603 (611).
116. J. C. SCHUHR, «Zur Vertretbarkeit einer rechtlichen Aussage», *Juristen-Zeitung*, 2008, p. 611. Cf. aussi F. HAFI, «Computerunterstützte juristische Datenbanken», *Recht im Amt*, 1971, p. 41 (43), par rapport à des jugements de valeur : «C'est le couple "acceptable" et "inacceptable" qui vient à la place de "vrai" et "faux"; c'est la recherche de la conviction qui vient à la place de la recherche de la vérité».
117. Voir F. MACAGNO et D. WALTON, «Dichotomies and Oppositions in Legal Argumentation», *Ratio Juris*, vol. 23, No. 2, June 2010, p. 229 : «[...] On the other hand, they [oppositions and dichotomies] are argument structures underlying moves made in strategic advocacy by both sides that function as platforms for different kinds of questionable argumentation tactics and moves that are in some instances tricky and deceptive»; p. 230 et suiv. : «The distinction between reasonable and fallacious (or mistaken) strategies is not easy to draw on a case-by-case basis, because in many of these instances there are interpretative problems on how to understand the argumentation in the given discourse.»

Le législateur s'en sert avec raison au nom de ce que la Cour constitutionnelle allemande appelle le « typage admissible » (*zulässige Typisierung*) des conditions d'ouverture de la règle : en présence d'un *continuum* de cas différents visés, il opte pour la création de catégories (types) formées des cas les plus typiques¹¹⁸. Souvent même, il se contente de deux catégories seulement – les cas qui tombent sous le coup de la règle et les autres ; on a alors affaire à une dichotomie artificielle. La Cour allemande a défini les limites constitutionnelles du « typage » à l'échelle du droit fondamental à l'égalité. D'après elle, en présence de « phénomènes de masse », le législateur a le droit de recourir à des distinctions à caractère forfaitaire, standardisant la réalité au détriment de la justice matérielle, si les trois conditions suivantes sont remplies : (1) le nombre de personnes pour lesquelles ces distinctions ne seraient pas appropriées reste « relativement petit » ; (2) l'atteinte au principe d'égalité reste « légère » ; et (3) c'est seulement « avec des difficultés » que le législateur pourrait éviter d'imposer les sacrifices qui en résultent aux personnes concernées¹¹⁹.

Voici des exemples de cette technique législative : les valeurs limites d'émission dans le droit de l'environnement, les catégories d'entreprises selon leur taille en droit comptable, les seuils pour la désignation des représentants du personnel en droit du travail ; de même, les catégories de consommateurs ou d'investisseurs, dont le besoin de protection, face au commerçant, à l'émetteur ou à la banque, existe typiquement, mais pas nécessairement dans tous les cas.

La jurisprudence recourt également à la création de catégories types. C'est arrivé, par exemple, pour la détermination du seuil à partir duquel un taux d'intérêt est considéré comme contraire aux bonnes mœurs¹²⁰ ou du seuil à partir duquel la teneur en alcool dans le sang d'une personne est considérée comme dénotant un comportement irresponsable¹²¹.

118. Cf. M. CUMYN et F. GOSSELIN, *Les catégories juridiques et la qualification : une approche cognitive*, [à paraître dans la *RD McGill*], sous 2.2, concernant les différentes théories en psychologie cognitive sur la typicalité des exemplaires par rapport à un concept.

119. Voir par ex. la décision de la Cour constitutionnelle allemande en date du 16 juillet 2012 – 1 BvR 2983/10, par. 49.

120. Par ex. l'arrêt de la Cour fédérale allemande en date du 11 janvier 1995 – VII ZR 82/94, sous II.1. b), par rapport à l'art. 138 du Code civil allemand.

121. C'est F. RIGAUX (*La loi des juges*, chapitre 4, « L'illusion du tri par dichotomie », p. 82) qui évoque cet exemple : « On a vu [...] comment la notion floue de l'ivresse a été abandonnée au profit de la précision de mensurations scientifiques. » En Allemagne, sous l'impression de la critique des experts de psychiatrie, la juris-

5.2.2 *Les dangers des simplifications*

Les dichotomies simplificatrices (sur le plan des conditions d'ouverture) ne sont pas seulement fausses, mais elles sont dangereuses quand elles préparent le terrain à l'application de conséquences juridiques inappropriées, notamment par le traitement identique de cas foncièrement inégaux (par ex. le déclenchement de la pleine sanction indépendamment du degré de la faute) ou le traitement inégal de cas foncièrement égaux (par ex. en présence d'un « typage » trop grossier).

La *summa divisio* Droit public/Droit privé est une dichotomie souvent critiquée à cet égard¹²². En droit allemand, elle est incontournable s'il s'agit de déterminer la compétence des tribunaux administratifs et celle des tribunaux ordinaires, mais son emploi relativement au droit matériel trouble la vision sur l'importance de nombreux concepts intermédiaires¹²³ : la création d'exigences prudentielles adressées aux acteurs des marchés financiers qui se superposent aux rapports contractuels, par exemple, ou la mise à contribution croissante, par le législateur, des acteurs privés dans la réalisation de buts liés à l'intérêt général, illustrée par le rôle hybride des codes de gouvernement d'entreprise ou des normes internationales de comptabilité.

La dichotomie Sujet de droit (civil)/Objet de droit (civil), connue au moins depuis l'époque des Romains¹²⁴, représente un autre exemple : son

prudence a de plus en plus renoncé à l'usage de valeurs limites à cet égard. Voir par ex. l'arrêt de la Cour fédérale en date du 9 juillet 1996 – 1 StR 511/95.

122. Voir, spécialement du point de vue féministe, M.-C. BELLEAU, « La dichotomie droit privé/droit public dans le contexte québécois et canadien et l'intersectionnalité identitaire », *Les Cahiers de droit*, vol. 39, n° 1, 1998, p. 177 (182 et suiv.). Voir aussi la critique fondamentale chez H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1^{re} éd., Leipzig et Vienne 1934, n° 45, p. 110, parlant de « la signification idéologique du dualisme entre le droit public et le droit privé ».
123. Voir, il y a déjà longtemps, U. SCHEUNER, dans sa recension du livre de VON HIPPEL, *Zur Gesetzmäßigkeit juristischer Systembildung* (Berlin 1930), *Archiv des öffentlichen Rechts* – N.F. 23.1933 = 62.1933, p. 123 (124 et suiv.) : « Est-ce que c'est juste que le législateur, sur le plan politique, se trouve toujours devant le choix entre un ordre de droit, où la vie sociale est réglée par l'État sur tous les points et un ordre de droit privé qui confie le règlement au choix des sujets de droit ? N'y a-t-il pas, entre ces deux possibilités d'ordre juridique des affaires individuelles [...], la possibilité d'une sphère individuelle qui n'est pas limitée par l'État mais par des groupes sociaux ou d'autres créations intermédiaires ? La simplification logique suscite toujours des dangers par rapport à la diversité historique. » [ma traduction].
124. Voir par ex. H. HONSELL et Th. MAYER-MALY, *Rechtswissenschaft: eine Einführung in das Recht und seine Grundlagen*, 6^e éd. 2015, p. 233 (se référant à GAIUS).

maintien crée un obstacle à la reconnaissance des animaux comme sujets de droit¹²⁵, car, en l'absence d'un *tertium*, il n'est pas possible que quelque chose puisse être en même temps un objet de droit et un sujet de droit.

Enfin, les fausses dichotomies constituent la structure de base des mécanismes d'inclusion et d'exclusion sociales et d'une pensée répressive¹²⁶. L'approche féministe du droit critique la dichotomie entre les hommes et les femmes¹²⁷, mais aussi d'autres dualismes comme Actif/Passif, Objectif/Subjectif, Abstrait/Concret et Public/Privé dans la mesure où les deux notions de toutes ces paires seraient associées intuitivement à des sexes différents et que cette différenciation aboutirait à une discrimination des femmes¹²⁸. Même la distinction du dommage moral et du dommage matériel dans le domaine de la responsabilité civile aurait un motif discriminatoire¹²⁹. Indépendamment

-
125. Voir la critique de S. GUTWIRTH, « Penser le statut juridique des animaux avec Jean-Pierre Marguenaud et René Demogue : plaidoyer pour la technique juridique de la personnalité », *RJE* 4/2014, p. 67, 69 : « [...] Il est intéressant de constater que des travaux de natures différentes, par ex. en éthologie ou en sciences politiques semblent bien moins embêtés par ce genre de dichotomies catégoriques et mutuellement exclusives [...] Bien plus que de clashes massifs entre catégories antinomiques, c'est d'articulations singulières et complexes, de situations produites et d'événements qu'il s'agit, et c'est elles, selon eux, qui demandent à être reçues avec créativité, flexibilité en ouverture ». Voir aussi la critique fondamentale du concept du sujet de droit chez H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1^{re} éd., Leipzig et Vienne 1934, n° 20, p. 41 et suiv. : « idéologie ».
126. Voir ST. MÜLLER, « Herausforderungen einer sozialwissenschaftlichen Theorie des Widerspruchs », dans ST. MÜLLER, *Jenseits der Dichotomie*, 2013, p. 7 (du point de vue des sciences sociales). L'auteur ajoute : « Les citoyen(ne)s et les non-citoyen(ne)s peuvent être différencié(e)s (avec les conséquences les plus importantes), et c'est trop facile pour le ressentiment de distinguer entre bon et méchant. » [ma traduction].
127. Par ex. E. V. SPELMAN, « Deceptive Dichotomies », 35 *N. Y. L. Sch. L. Rev.* 1990, p. 343 et suiv. ; M.-C. BELLEAU, « La dichotomie droit privé/droit public dans le contexte québécois et canadien et l'intersectionnalité identitaire », *Les Cahiers de droit*, vol. 39, n° 1, 1998, p. 186 : L'auteure constate que « la situation du Québec dans les arrangements constitutionnels canadiens, jumelée à la division entre le droit civil et la common law, rend difficile la critique féministe fondamentale de la dichotomie privé/public pour les Québécoises ».
128. Voir U. SACKSOFSKY, « Was ist feministische Rechtswissenschaft? », *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2001, p. 412, 415 (« déconstruction de dualismes » – *Dekonstruktion von Dualismen*) ; F. OLSEN, « Das Geschlecht des Rechts », *Kritische Justiz* 1990, 303 (303). Selon l'auteure, les termes en couple ne seraient pas équivalents, mais conçus de manière hiérarchisée. Dans chaque couple, le terme attribué au sexe masculin (actif, objectif, abstrait) serait supérieur par rapport à l'autre.
129. Voir M. CHAMALLAS et L. K. KERBER, *Women, Mothers, and the Law of Fear: A History*, 88 *Mich. L. Rev.* 1989-1990, p. 814 (816 et suiv.), citant des exemples de la jurisprudence anglaise et américaine.

de son côté discriminatoire, la dichotomie entre femmes et hommes est tout simplement mal adaptée en cas d'ambiguïté sexuelle¹³⁰.

5.3 Les dichotomies passe-partout

L'ordre et l'argumentation juridiques sont abondamment marqués par les dichotomies passe-partout (voir sous 2.2). Empruntées le souvent au langage de tous les jours et opérant comme des « lieux » (*topoi*¹³¹) d'argumentation bien établis et utilisés dans des contextes les plus divers, elles détiennent un potentiel rhétorique considérable¹³².

Par leur notoriété et leur familiarité, ces dichotomies profitent d'une plausibilité inhérente¹³³, renouant avec des intuitions de la pensée en langage normal¹³⁴, et se passent de justification, se situant parfois à la limite du lieu commun¹³⁵. Comme toutes les dichotomies, les dichotomies passe-partout laissent croire qu'elles sont complètes et qu'elles couvrent tout le champ des possibles. Croyant reconnaître la distinction, on a tendance à l'accepter sans la critiquer,

-
130. Voir, relativement à l'Allemagne, la réforme de la Loi relative au changement du prénom et de la désignation du sexe dans des cas de transsexualisme (*Transsexuellengesetz*) de 2013. Depuis, le sexe n'a plus besoin d'être noté au registre de l'état civil en cas d'ambiguïté sexuelle. Voir aussi la décision du TGI de Tours (2^e chambre civile) en date du 20 août 2015 selon laquelle, pour des raisons biologiques, la mairie de Tours doit inscrire à l'acte de naissance d'une personne âgée de 64 ans la mention « sexe neutre » au lieu de « sexe masculin ».
131. Voir CH. NIERHAUVE, « Rechtsklugheit, Topik und Rhetorik », *ZDRW* 2/2016, p. 106 : Selon l'auteur, un *topos* (littéralement : lieu) offrirait « des schémas d'argumentation générant de la plausibilité » ; il pourrait être considéré « comme une sorte de schéma de conviction » capable de créer de la conviction.
132. Les dichotomies passe-partout font penser aux « couples philosophiques » tels qu'ils ont été décrits par Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca). Mais dans le couple philosophique, contrairement à la dichotomie, l'une des notions est subordonnée à l'autre (par ex. individu/groupe). L. OLBRECHTS-TYTECA, « Les couples philosophiques : une nouvelle approche », *Revue internationale de philosophie* 1979, p. 81 (82).
133. Voir Ch. RÖHL et K. RÖHL, « Juristisches Denken mit Versatzstücken », dans J. BROCKMANN, J.-H. DIETRICH, A. PILNIOK, *Methoden des Lernens in der Rechtswissenschaft*, Baden-Baden 2012, p. 251 : Justement à cause de leur familiarité, ces couples seraient clairs et faciles à retenir dans la mémoire (*eingängig und merkfähig*), sans induire en erreur dans le contexte juridique.
134. Voir CH. NIERHAUVE, « Rechtsklugheit, Topik und Rhetorik », *ZDRW* 2/2016, p. 106, relativement aux *topoi* en général : Pour être capables de convaincre, les opinions devaient être « interconnectées » dans le discours avec des motifs. Les *topoi* feraient « mouvoir la dynamique de l'interconnexion » d'une certaine manière.
135. Cf. pourtant Ch. RÖHL et K. RÖHL, « Juristisches Denken mit Versatzstücken », dans J. BROCKMANN, J.-H. DIETRICH, A. PILNIOK, *Methoden des Lernens in der Rechtswissenschaft*, Baden-Baden 2012, p. 251 : les auteurs ne voient apparemment pas le danger d'être induit en erreur (voir note 133).

même lorsqu'elle apparaît dans un contexte nouveau. Comme elle est employée dans des contextes variés, elle tend à transporter des stéréotypes d'un contexte à un autre¹³⁶.

Regardons de plus près maintenant, à titre d'exemple, la dichotomie passe-partout *Directe/Indirecte*. En voici plusieurs exemples d'utilisation, et la liste est loin d'être complète :

- la possession directe et indirecte de la chose
- les impôts directs et indirects
- le préjudice direct ou indirect
- la causalité directe et indirecte
- la violation directe et la violation indirecte du droit d'auteur
- le commerce électronique direct et indirect¹³⁷
- la donation directe et indirecte
- la représentation directe et indirecte (*cf.* art. 1736 C.c.B.C.)
- le salaire direct et indirect
- la participation directe et indirecte dans une société
- l'acquisition directe et indirecte des droits dans les biens administrés (art. 325, al. 1 C.c.Q.)
- la vente ou l'achat directs et indirects des valeurs mobilières (art. 382.1(1) du *Code criminel canadien*)
- les bénéficiaires directs et indirects d'une assurance (art. 2499 C.c.Q.)
- la commission directe et indirecte d'une infraction pénale (*cf.* art. 222(1) du *Code criminel canadien*)
- l'annonce directe ou indirecte du fait d'être assureur (art. 1, par. a de la *Loi québécoise sur les assurances*)
- l'engagement direct ou indirect envers une autre personne (art. 1, par. a de la *Loi sur les assurances*)

136. Voir P. SCHLAG, « Cannibal Moves – An Essay on the Metamorphoses of the Legal Distinction », 40 *Stan. L. Rev.* 1987-1988, p. 943 : « sort of multi-referential meaning of the split ».

137. Voir *Lexique des termes juridiques 2014*, 21^e éd., Dalloz, 2013, p. 186 (« Commerce électronique »).

- le droit de vote direct et indirect (art. 43, al. 1 de la *Loi sur les assurances*)
- l'intérêt direct ou indirect dans quelque chose (cf. art. 93.86 de la *Loi sur les assurances*)
- les recettes directes et indirectes tirées par le breveté (cf. art. 88 (1), par. b de la *Loi canadienne sur les brevets*)
- la discrimination directe et indirecte (par ex. au sens de la *Charte des droits et libertés de la personne*)

Une analyse sommaire de cette liste laisse déjà apparaître plusieurs types de critères auxquels l'adjectif « indirect » fait référence :

- un lien d'attribution (causalité, préjudice, violation d'un droit, infraction),
- une action ou une relation effectuée par l'intermédiaire d'une tierce personne (possession, imposition, participation, acquisition/achat, vente, réception des bénéfices, engagement, exercice d'un droit de vote, intérêt dans une chose),
- un résultat économique ou social (donation, salaire, recettes, discrimination)

Tandis que le critère « lien d'attribution » est marqué d'un *continuum* entre sa réalisation directe et indirecte, les critères « intermédiation par une tierce personne » et « résultat économique ou social » ne le sont pas. Ainsi, l'inclusion de la réalisation indirecte dans le champ d'application de la norme ne s'impose peut-être pas de la même façon dans ces différents cas. Normalement, on n'y pense pas. Quand la juriste expérimentée rencontre le couple Direct/Indirect, elle a l'impression de bien le connaître. Et quand elle entend l'argument « On ne peut pas faire indirectement ce qu'il est interdit de faire directement », elle s'y opposera avec difficulté. La validité du procédé est pourtant loin d'être acquise : une action directe n'est pas égale à une action indirecte, et l'argument précité contient une prémisse cachée, à savoir l'assertion que c'est seulement le résultat qui compte, et non le moyen par lequel ce résultat est atteint.

Reprenons, pour terminer, le concept de la discrimination indirecte (aussi appelé : discrimination de fait) : celui-ci est bien établi en matière de droits de la personne, y compris dans le cas des quatre libertés économiques (libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux) qui représentent la colonne vertébrale du marché intérieur de l'Union européenne. Nombreux sont ceux qui

critiquent la jurisprudence débordante de la Cour européenne des droits de l'homme (Strasbourg) et de la Cour de justice de l'Union européenne (Luxembourg) à cet égard. D'habitude, la discrimination indirecte est définie par un comportement *a priori* neutre ou dénué de toute intention discriminatoire, mais qui est néanmoins capable d'entraîner de fait un effet exclusif sur une certaine catégorie de personnes et qui n'est pas fondé sur des critères objectifs et raisonnables¹³⁸. Au critère subjectif de l'intention discriminatoire de la discrimination *directe* se trouve donc substitué, lorsqu'il est question de discrimination *indirecte*, un contrôle judiciaire objectif du caractère approprié de la mesure en question. Ce contrôle peut aller très loin, comme la jurisprudence l'a montré. Ici n'est pas l'endroit pour une critique détaillée; qu'il suffise de souligner que le passage de la discrimination directe à la discrimination indirecte représente un saut important, sans doute davantage que celui de la causalité directe à la causalité indirecte. Avec les dichotomies passe-partout, la prudence est donc de mise!

6. CONCLUSION

Le droit et la morale, le légal et l'illégal, le droit et l'obligation, les conditions d'ouverture et les effets, le droit public et le droit privé, le droit absolu et le droit relatif, la discrimination directe et la discrimination indirecte: les exemples abondent de l'utilisation des dichotomies en droit. Le droit, le discours du droit et le discours sur le droit sont caractérisés par de nombreux, voire d'innombrables couples de termes antonymiques (dichotomies). Certaines dichotomies, qu'on appelle ici des dichotomies passe-partout, sont construites selon un schéma universel, un gabarit passe-partout.

Ce constat suscite la question de savoir pourquoi les dichotomies sont si présentes en droit et dans quelle mesure cela tient à la nature du droit. Notamment, on pourrait supposer l'existence d'un rapport avec le code binaire du système juridique (Légal/Illégal), avec le fait que le résultat de la qualification des faits sous une règle de droit ne

138. Voir COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, communication n° 976/2001, *Derksen c. Pays-Bas*, du 1^{er} avril 2004, doc. ONU CCPR/C/80/D/976/2001 (2004), par. 9.3. (cité selon O. DE SCHUTTER, *Commentaire de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, document de travail, 2007, p. 11, <<http://cridho.uclouvain.be/documents/Working.Papers/WP-REFGOV-FR-11.pdf>>); cf. aussi M. ZOPPEL, *Europäische Diskriminierungsverbote und Privatrecht*, Tübingen, 2015, p. 13.

peut être que oui ou non et avec l'observation que le droit, au bout du compte, se résout le plus souvent en relations entre deux personnes.

Pourtant, l'étude a montré qu'à elles seules, ces dichotomies fondamentales n'expliquent qu'en partie la préférence du droit pour les dichotomies. Celle-ci ne découle pas de manière impérative de la nature du droit, elle semble plutôt s'expliquer par les fonctions *utiles* qu'elles occupent dans la construction et l'application du droit : la fonction classificatoire, la fonction esthétique et la fonction rhétorique. La *fonction classificatoire* consiste à mettre de l'ordre dans la saisie, la description et la construction de la réalité sociale. La division bipartite est celle qui apporte la plus grande clarté, tout en évitant les chevauchements de catégories. Dans la mesure où les dichotomies apportent de la clarté à la structure des catégories et de l'argumentation juridiques, elles remplissent également une *fonction esthétique* et une *fonction rhétorique* qui favorisent à leur tour l'atteinte d'un consensus. La popularité du plan en deux parties dans le monde juridique français l'illustre bien.

L'inconvénient des classifications binaires, c'est qu'elles induisent à des simplifications, là où le critère de distinction n'est pas de nature à garantir l'exclusion mutuelle des catégories ou lorsqu'il existe encore d'autres catégories appartenant à l'extension du terme générique ou lorsqu'il existe même un *continuum* entre les deux pôles (fausses dichotomies). Le danger des dichotomies passe-partout est lié au fait que celles-ci sont des « lieux » (*topoi*) d'argumentation. Par leur notoriété, elles profitent d'une plausibilité inhérente et se passent de justification, se situant parfois à la limite du lieu commun.

Ainsi, les dichotomies jouent un rôle *fondamental* dans la construction et l'argumentation juridique, mais il y a lieu de prendre garde à leur *double nature* : instrument raisonnable d'un côté et instrument partial et stratégique de l'autre¹³⁹.

139. F. MACAGNO et D. WALTON, «Dichotomies and Oppositions in Legal Argumentation», *Ratio Juris*, vol. 23, No. 2, June 2010, p. 229.

Les nouveaux chantiers de la doctrine juridique

**Actes des 4^e et 5^e Journées d'étude
sur la méthodologie et
l'épistémologie juridiques**

Sous la direction de Georges Azzaria

ÉDITIONS YVON BLAIS

© 2016 Thomson Reuters Canada Limitée

MISE EN GARDE ET AVIS D'EXONÉRATION DE RESPONSABILITÉ : Tous droits réservés. Il est interdit de reproduire, de mémoriser sur un système d'extraction de données ou de transmettre, sous quelque forme ou par quelque moyen que ce soit, électronique ou mécanique, photocopie, enregistrement ou autre, tout ou partie de la présente publication, à moins d'en avoir préalablement obtenu l'autorisation écrite de l'éditeur, Éditions Yvon Blais.

Ni Éditions Yvon Blais ni aucune des autres personnes ayant participé à la réalisation et à la distribution de la présente publication ne fournissent quelque garantie que ce soit relativement à l'exactitude ou au caractère actuel de celle-ci. Il est entendu que la présente publication est offerte sous la réserve expresse que ni Éditions Yvon Blais, ni l'auteur (ou les auteurs) de cette publication, ni aucune des autres personnes ayant participé à son élaboration n'assument quelque responsabilité que ce soit relativement à l'exactitude ou au caractère actuel de son contenu ou au résultat de toute action prise sur la foi de l'information qu'elle renferme, ou ne peuvent être tenus responsables de toute erreur qui pourrait s'y être glissée ou de toute omission.

La participation d'une personne à la présente publication ne peut en aucun cas être considérée comme constituant la formulation, par celle-ci, d'un avis juridique ou comptable ou de tout autre avis professionnel. Si vous avez besoin d'un avis juridique ou d'un autre avis professionnel, vous devez retenir les services d'un avocat, d'un notaire ou d'un autre professionnel. Les analyses comprises dans les présentes ne doivent être interprétées d'aucune façon comme étant des politiques officielles ou non officielles de quelque organisme gouvernemental que ce soit.

Catalogage avant publication de Bibliothèque et Archives nationales du Québec et Bibliothèque et Archives Canada

Journée d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridiques (4^e : 2014 : Université Laval)

Les nouveaux chantiers de la doctrine juridique : actes des 4^e et 5^e Journées d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridiques

Journées d'études tenues à l'Université Laval le 9 mai 2014 et le 16 octobre 2015.

Comprend des références bibliographiques.


ISBN 978-2-89730-274-0

1. Droit - Étude et enseignement - Congrès. I. Gutwirth, Serge. II. Azzaria, Georges, 1967- . .
III. Journée d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridiques (5^e : 2015 : Université Laval). IV. Titre.

K100.A3 2014

340.07

C2016-942184-8

 Nous reconnaissons l'appui financier du gouvernement du Canada.

Dépôt légal : 4^e trimestre 2016
Bibliothèque et Archives nationales du Québec
Bibliothèque et Archives Canada
ISBN : 978-2-89730-274-0



THOMSON REUTERS®

Éditions Yvon Blais, une division de Thomson Reuters Canada Limitée

75, rue Queen, bur. 4700
Montréal (Québec) H3C 2N6
Canada

Service à la clientèle :
Téléphone : 1-800-363-3047
Télécopieur : 450-263-9256
Site Internet : www.editionsyvonblais.com

TABLE DES MATIÈRES

Présentation	
George Azzaria	ix
Le droit n'est pas une science, mais la science juridique existe bel et bien	
Serge Gutwirth	1
La recherche et l'enseignement en faculté de droit: le cœur juridique et la périphérie interdisciplinaire d'une discipline éprouvée	
Violaine Lemay et Michelle Cumyn	39
La volonté dans le savoir juridique: l'influence de la métaphysique sur la méthode des juristes	
François Colonna d'Istria	93
Essai sur la nature de la raison juridique et sur l'ambiguïté des liens entre le droit et la science	
Charles Tremblay Potvin	127
La recherche en droit au Québec: jalons pour une approche sociologique	
Julie Paquin	149
Les juristes et la connaissance empirique du monde social: éclairages exploratoires à partir d'une étude de cas multiples	
Geneviève Brisson et Hélène Zimmermann	169
Assumer son engagement en recherche juridique: entre évidence, nécessité et expérience	
Emmanuelle Bernheim et Richard-Alexandre Laniel	197
Mobilisation du droit: formes et vecteurs	
Christine Vézina	227

Épistémologie de la production scientifique: une mise en scène de soi?	
Pag-yendu M. Yentcharé	257
Les juristes produisent-ils trop de textes?	
Sylvette Guillemard	285
Le plan en deux parties et deux sous-parties	
Jean-Pierre Relmy	293
Le tournant contextuel en droit: la prise en compte du contexte par la théorie de l'interprétation législative	
Stéphane Bernatchez	305
L'École de Bruxelles: origines, méthodes et chantiers	
Gregory Lewkowicz et Arnaud Van Waeyenberge	353
L'interdisciplinarité comme « contextes »: quels usages de l'Autre?	
Louise Lalonde	373
Les dichotomies en droit	
Günter Reiner	405
Éléments pour une analyse juridique du numérique	
Olivier Charbonneau	457
Exporter le droit: l'exemple de la pédagogie	
Louis Emond	479
Le développement de la théorie juridique à l'appui de la recherche empirique en droit: une étude de cas au Brésil	
Camila Silva Nicácio	503
Being Bjarne Melkevik: par-delà l'interprétation, l'argumentation et la compréhension	
Stéphane Bernatchez	529