

## Les Cahiers de droit



J .C. SMITH, *Legal Obligation*, University of Toronto Press, Toronto and Buffalo, 1976, 256 pages.

Maurice Tancelin

Volume 18, numéro 4, 1977

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042202ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042202ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer ce compte rendu

Tancelin, M. (1977). Compte rendu de [J .C. SMITH, *Legal Obligation*, University of Toronto Press, Toronto and Buffalo, 1976, 256 pages.] *Les Cahiers de droit*, 18(4), 949–950. <https://doi.org/10.7202/042202ar>

## Chronique bibliographique

---

J.C. SMITH, *Legal Obligation*, University of Toronto Press, Toronto and Buffalo, 1976, 256 pages.

Il est plus facile de mettre en évidence les insuffisances des théories du droit que d'en proposer une satisfaisante. Le professeur J.C. Smith a entrepris la tâche ambitieuse de donner une explication théorique de la notion d'obligation juridique, à partir des critiques connues contre les théories des École du droit naturel, du positivisme, du normativisme et du réalisme. Rejetant également la justification sociologique de Hart, monsieur Smith commence sa démonstration par une analyse du terme obligation : que ce soit en matière juridique ou non juridique, la notion d'obligation conduit toujours à poser la question « pourquoi ? ». Sa fonction est téléologique, c'est-à-dire qu'elle sert à émettre des jugements de valeur par opposition à de simples jugements de fait (p. 42), ce qui conduit l'auteur à condamner résolument toute forme de positivisme (p. 53).

Mais alors, si l'obligation ne peut jamais exister du seul fait de la force, d'où lui vient son caractère « obligatoire » ? Cette question amène l'auteur à constater la similitude des sources de la force obligatoire des obligations morales et légales : c'est la nécessité de respecter l'attente des autres, la réciprocité, le bien-être de la société et l'idée même de vie sociale (p. 74).

Ce qui caractérise l'obligation juridique, c'est qu'elle a une logique interne par rapport aux finalités du système juridique. C'est le caractère de jugement de valeur inhérent à toute obligation qui lui donne sa consistance en droit par rapport à l'ordre juridique, comme l'obligation morale a sa nécessité par rapport à un ordre moral donné. Comme la notion est intrinsèquement la même dans les deux ordres, l'au-

teur est amené à dépasser l'analyse des jusnaturalistes pour ne pas retomber dans leurs approximations.

Au principe d'universalité virtuelle (*universalizability*) de la morale, monsieur Smith substitue en matière juridique le principe de justice formelle. Tout jugement impliqué dans une obligation juridique est l'illustration d'une règle de droit (pp. 89 et s.). C'est la base de la règle du précédent. À ce propos, l'auteur évoque la déviation de cette règle, ce qu'il appelle le précédent au sens faible (pp. 91 et 92) connu aussi sous le nom de jurisprudence automatique, cette triste réalité dont les recueils d'arrêts témoignent si souvent. L'auteur explique plus loin que ce qui manque à cette activité pseudo-juridique, c'est l'élément additionnel (*further input*, p. 174), tirant sa source de l'ordre juridique lui-même, à savoir la prise en compte des facteurs téléologiques constitués par les fins communes supérieures de la société, par opposition au recours à la boîte magique (*the little black box*) de la discrétion judiciaire. Monsieur Smith est persuadé que ces règles supérieures ne doivent pas être d'origine législative (p. 175). C'est donc au juge qu'il fait confiance, comme c'est prévisible de la part d'un juriste de *common law*. Cette position est d'ailleurs également concevable dans un système de droit écrit, où le rôle du juge ne doit pas être mis, de façon simpliste comme c'est trop souvent le cas, en opposition avec celui du juge de *common law*. Cependant il nous semble purement illusoire d'attendre une amélioration de la situation actuelle des droits, tant écrits que coutumiers, de la seule action des juges, sans un apport législatif conçu précisément en fonction du rôle éminent de ces derniers, pour ne pas être « phagocité », comme c'est souvent le cas des réformes législatives mal venues.

Sur la question de l'égalité devant le droit (chapitre VII), monsieur Smith livre des réflexions d'un intérêt tout particulier dans le débat sur la langue. Après avoir rappelé que le principe d'égalité devrait s'appliquer *avant* même d'envisager le contenu d'une obligation, d'une loi ou d'une règle, pour éviter la discrimination (p. 114), il examine les difficultés propres aux lois destinées à corriger les injustices du passé fondées sur des critères raciaux (p. 126).

Sur ces longues prémisses, monsieur Smith expose sa conception de l'obligation juridique. Dans le chapitre IX, écrit en collaboration avec le professeur S.C. Coval, il montre que le droit se compose uniquement de règles et non de règles et de principes, ces derniers n'étant, en réalité, ou ne devant être que des règles au second degré, générées par la mise en œuvre des règles au premier degré. Dans cette auto-construction du droit, les tribunaux, qui ont un rôle essentiel à jouer, sont amenés à introduire des considérations téléologiques qui font partie intégrante du droit. Ce que Gény appelait la finalité et qu'il opposait à la technique.

La dynamique de cette formation des règles au second degré fait l'objet du chapitre X, consacré au fonctionnement de la règle du précédent, où l'auteur démontre l'influence déterminante des facteurs de politique juridique sur le critère de pertinence (*relevancy*), qui sous-tend la technique des distinctions.

En lisant ces chapitres, on mesure l'inanité du refus de reconnaître le rôle créateur du juge dans l'interprétation.

En fin de compte, la règle juridique d'où dérive l'obligation juridique a une structure imposée par sa fonction. La connaissance de la règle passe par celle de sa fonction qui est double, fonction d'organisation (*planning*) et fonction de solution des litiges (*litigation*). L'auteur vérifie son assertion aussi bien dans le droit des contrats que dans celui des délits et des biens. Il entrevoit une théorie générale de l'obli-

gation, amorcée par les droits romano-germaniques en matière de « droits personnels », mais qui engloberait aussi les « droits réels » puisque les relations juridiques relatives aux biens pourraient, elles aussi, être conçues en termes d'obligations (p. 227). Si les conceptions anglaises du droit des biens sont démodées, à plus forte raison la conception romaine qui afflige toujours les droits écrits.

La démonstration n'aurait pas été complète si les droits fondamentaux n'avaient pas, eux surtout, été rapatriés dans le droit pour échapper au statut de « principes » que les jusnaturalistes leur octroyaient, avec les résultats que l'on sait . . .

L'ouvrage de J.C. Smith est une manifestation du besoin de dépasser les dangereuses simplifications du positivisme sans retomber dans les insuffisances du jusnaturalisme. Il fait honneur à la science juridique canadienne, en contribuant à faire sortir le droit de la fausse alternative dans laquelle il a été longtemps enfermé. Le genre d'ouvrage qui devrait être mis obligatoirement au programme des études de droit.

Maurice TANCELIN

Serge GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, Bibliothèque de droit privé, Tome 145, L.G.D.J., Paris, 1976, 429 pages.

L'affectation est un procédé technique original d'utilisation des biens. Monsieur Guinchard arrive à cette conclusion au résultat d'une étude systématique qui fait passer cette notion du stade de fondement d'autres institutions, telles que le patrimoine et la subrogation réelle à celui d'une institution autonome. Pour y parvenir, il part d'une notion fonctionnelle de l'affectation : « affecter veut dire soumettre un bien à un usage déterminé » (p. 15). « Tout repose donc sur la notion d'usage ». Le domaine de l'institution est indiqué par la