

Les Cahiers de droit



Michel VAN DE KERCHOVE et François OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, Presses universitaires de France, Collection « Les voies du droit », 1988, 254 p.

Guy Rocher

Volume 30, numéro 1, 1989

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042948ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042948ar>

[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

Rocher, G. (1989). Compte rendu de [Michel VAN DE KERCHOVE et François OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, Presses universitaires de France, Collection « Les voies du droit », 1988, 254 p.] *Les Cahiers de droit*, 30(1), 275–277. <https://doi.org/10.7202/042948ar>

les juristes à voir des liens fondamentaux de parenté entre les systèmes romano-germaniques, socialistes, de common law et même musulmans qu'habituellement nous opposons les uns aux autres. Nous avons aussi matière à réfléchir sur les problèmes de co-existence du droit écrit moderne et les systèmes juridiques tribaux en Afrique ou amérindiens chez nous.

De même, les travaux de l'auteur permettent de re-situer les discussions actuelles sur l'impact de l'informatique sur le droit. Ils obligent à distinguer entre l'informatique comme réalisation des potentialités intrinsèques de l'écrit, et les particularités propres de cette nouvelle technologie intellectuelle. Souvent, nous confondons les deux réalités. C'est le cas, par exemple, de certaines critiques d'une informatique juridique qui favoriserait la recherche systématique des précédents au détriment du développement de l'argumentation. Goody — comme C. Atias [*Epistémologie juridique*, Paris, P.U.F., 1985.] — démontre que cette tendance serait plutôt le propre du recours à l'écrit. Par ailleurs, la thèse de Goody apporte, à mon avis, une contribution théorique à la réflexion sur une question cruciale : si le droit moderne est tributaire de l'écriture et a émergé définitivement grâce à l'invention de l'imprimerie à caractères mobiles, quelles nouvelles transformations du droit peuvent découler des nouvelles technologies de l'information, notamment dans ses dimensions pratique, institutionnelle et professionnelle.

Bref, *The Logic of Writing* est un essai passionnant quoiqu'un peu éclaté et inégal du fait qu'il présente les fruits d'une réflexion qui n'en est qu'à ses débuts. Son grand mérite est de signaler à quel point l'étude des institutions juridiques en fonction de la logique des moyens et des modes de communication ouvre des perspectives fécondes dans plusieurs domaines des sciences juridiques.

Pierrôt PÉLADEAU
Si-Hippolyte

Michel VAN DE KERCHOVE et François OST,
Le système juridique entre ordre et dés-ordre, Paris, Presses universitaires de France, Collection « Les voies du droit », 1988, 254 p.

Michel Van de Kerchove et François Ost sont deux noms depuis plusieurs années associés. Enseignant l'un et l'autre aux Facultés universitaires Saint-Louis à Bruxelles, ils ont publié ensemble deux ouvrages imposants, de grande qualité et qui ont été remarqués : *Bonnes mœurs, discours pénal et rationalité juridique* (1981) et tout récemment *Jalons pour une théorie critique du droit* (1987). Ils dirigent aussi ensemble une revue de haute tenue, trop peu connue ici : la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*. Ils ont par ailleurs publié des ouvrages chacun de leur côté, et aussi de nombreux articles.

L'axe de leur intérêt est avant tout la théorie du droit. Leur ouvrage *Jalons pour une théorie critique du droit* ouvre sur une question : « Comment faire, aujourd'hui encore, de la théorie du droit ? ». Il semble que ce soit à cette question que tous leurs écrits cherchent à répondre. On peut dire en effet qu'ils explorent diverses avenues dans lesquelles la recherche d'une théorie du droit peut et doit se poursuivre. Après avoir jeté de solides jalons d'une théorie critique, ils ont voulu dans leur ouvrage de 1988 regarder du côté des théories systémiques. Eux-mêmes précisent le fil de leur enquête : « En quel sens précis le droit est-il un système ? Voilà la question centrale que nous posons tout au long des pages qui suivent ». Ils le soulignent tout au long de leur ouvrage : « les modèles ne manquent pas qui prétendent rendre compte de la systématicité du droit ». Et l'on s'en rend compte aisément aux seules notes infrapaginales généreuses dont à peu près aucune page n'est exempte. Comme les auteurs se meuvent à l'aise en allemand, en anglais aussi bien qu'en français, ils peuvent étendre largement le filet et la cueillette est riche.

Deux théoriciens, appartenant à deux traditions différentes, leur servent de points

de départ, à la fois pour s'en inspirer et pour les critiquer. C'est évidemment d'abord Hans Kelsen, « par excellence le théoricien du système juridique » (p. 32) et H.L.A. Hart pour qui « la notion de système juridique occupe une place centrale dans la théorie du droit » (p. 38). En outre de prendre appui sur la pensée de ces deux « précurseurs », Van de Kerchove et Ost se sont aussi inspirés notamment de P. Oriante, S. Romano, J. Raz, D. Dworkin, C. Perelman, N. Bobbio, G. Kalinowski, L.M. Friedmann.

Dans un premier temps, ils commencent par identifier ce qu'ils appellent les « les éléments du système juridique ». Prenant leur distance avec Kelsen et Hart, ils se rangent plutôt avec Oriante et Romano. Les premiers « présentent le point commun de réduire les éléments du système juridique à des règles ou à des normes » (p. 77). Ce faisant, l'un et l'autre ont contribué à une riche analyse en profondeur de ce que l'on peut considérer comme le noyau central du droit. Mais cette prise de position est nécessairement réductrice, puisqu'elle a pour effet de concevoir le droit comme une institution existant et vivant par elle-même, en vase clos, ou en circuit fermé pour utiliser une expression plus moderne. Plutôt que cette conception moniste du système juridique défini comme étant composé exclusivement de normes ou de règles, Van de Kerchove et Ost ont adopté la perspective pluraliste qui tient compte de l'hétérogénéité des éléments composant le système juridique. Celui-ci comprend des « normes sans doute, mais aussi (des) concepts, institutions, branches, principes et valeurs » (p. 235). Adopter cette conception élargie du système juridique permet à Van de Kerchove et Ost de puiser dans le bassin maintenant relativement riche des recherches et des analyses portant sur le droit dans son contexte politique, économique et social.

Et c'est dans cette perspective que, sans refaire ici toute la démarche des auteurs, se situe leur conclusion, qui mérite d'être soulignée : c'est d'ailleurs elle qui donne son sens au titre de l'ouvrage. La thèse qu'ils

cherchent à démontrer est celle d'un dépassement de deux conceptions opposées du droit : d'une part, la conception anti-systématique selon laquelle « le droit se ramènerait à une succession de décisions ponctuelles et arbitraires dépourvues de tout principe de cohésion » ; celle, d'autre part, d'un systématisme dogmatique qui voit dans le droit « un ordre juridique parfaitement systématisé, transparent, cohérent, complet et poursuivant uniformément la réalisation du plus grand intérêt du plus grand nombre » (p. 234). La première conception peut être identifiée à celle du désordre, la seconde, à celle de l'ordre.

En réalité, comme le montrent les auteurs, le droit est à la fois ordre et désordre ; il est le produit de l'un et de l'autre et il est producteur d'ordre et de désordre. Faisant le lien avec les « jalons » qu'ils ont déjà posés d'une théorie du droit, ils en arrivent à la conclusion qu'« une théorie critique devrait déboucher sur une conception à la fois plurielle et relativiste de la systématisme du droit, qui la situe résolument entre l'ordre et le désordre » (p. 235). Plus précisément encore, tout le processus de systématisme du droit, œuvre du législateur, des tribunaux et des juristes, « paraît emprunter tantôt les voies de l'ordre, tantôt celles du désordre » (p. 237). Ainsi, ce qui est voulu comme une progression vers l'ordre peut engendrer le désordre : c'est notamment le cas avec l'inflation des règles qui entraîne leur inefficacité, tout comme on peut aussi connaître le même « effet pervers » avec le mouvement de dérégulation. Les auteurs indiquent là, à n'en pas douter, des voies de réflexion en théorie du droit qui peuvent être fertiles en applications concrètes.

Il ne faut pas le cacher, l'ouvrage de Van de Kerchove et Ost est dense, sa lecture fait appel à une culture étendue en philosophie et en sociologie du droit. La bibliographie qui termine l'ouvrage est abondante et riche. Voici un livre qui s'adresse au juriste qui veut réfléchir *sur* le droit et non seulement *en* droit. Heureusement, il est écrit dans une langue simple, directe, accessible, rompan

avec une certaine mode d'ésotérisme où peut se complaire la théorie du droit.

Guy ROCHER
Université de Montréal

Jacques BÉGUIN, *L'arbitrage commercial international*, Collection de droit comparé, Montréal, Centre de recherche en droit privé & comparé du Québec, 1987, 280 p., ISBN : 0-77-0176-4.

Depuis la fondation à Québec d'un centre national et international d'arbitrage commercial, la formation de personnes compétentes pour exploiter les techniques de l'arbitrage, de la médiation et de la conciliation a acquis une importance substantielle et il est évident que les ouvrages pédagogiques traitant de ce sujet méritent une certaine attention.

Dans son ouvrage, Jacques Béguin présente un aperçu global de l'arbitrage commercial international et des techniques connexes que sont la médiation et la conciliation. Pour le débutant, le livre a un intérêt certain puisque l'auteur y définit et explique nombre d'institutions et de termes formant la trame de fond de toute discussion en la matière : acte de mission, clause compromissoire et compromis d'arbitrage, *lex mercatoria*, la CNUDCI, la Convention de New York de 1958, etc. Ses propos sur la convention d'arbitrage (contenu, forme, reconnaissance) sur l'exécution des sentences étrangères, ainsi que sur les limites de l'arbitrabilité ne manquent pas non plus d'intérêt. Viennent ensuite des descriptions bien documentées sur les droits étatiques et la situation relative de l'arbitrage ; et puisque M. Béguin enseigne à l'Université de Paris I, il enrichit son exposé de maintes comparaisons entre les systèmes juridiques de là et d'ailleurs.

Le lecteur profitera aussi de l'exposé concernant le fonctionnement d'une grande institution arbitrale, la Chambre de commerce internationale, dont l'auteur se sert pour illustrer l'organisation de l'arbitrage, le droit applicable, les règles de procédure, le régime des preuves, la constitution du tribunal arbitral, l'autorité de contrôle, la

nomination et la récusation des arbitres, l'autorité et le pouvoir des arbitres, le déroulement de l'arbitrage, les audiences, la sentence arbitrale, le règlement du litige, l'exécution de la sentence... et, surtout, les frais de l'arbitrage (barème, honoraires et provisions)!

Bien que ce court bilan tende vers le positif, deux mises en garde s'imposent.

Le premier découle du dépassement accéléré de l'ouvrage en raison de l'évolution rapide de l'arbitrage au Canada. En effet, au moment de la rédaction de *L'arbitrage commercial international*, deux pièces législatives d'une importance capitale pour l'arbitrage au Québec et au Canada commençaient à peine à être connues, soit la *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière d'arbitrage* (projet de loi 91) et la *Loi sur l'arbitrage commercial* (dont le livre de M. Béguin ne parle pas). Dans ces circonstances, ce livre ne peut refléter l'état actuel des droits québécois et canadien. Quand on choisit de faire le point sur un sujet en devenir, on ne s'étonnera guère de l'obsolescence prématurée du résultat.

Le deuxième provient de la nature de l'ouvrage : il s'agit d'une introduction à « l'arbitrage commercial international ». Il faut de bonnes introductions et le présent ouvrage en est une. Toutefois, le sujet apparaîtra comme lointain et de ce fait abstrait pour le lecteur local, d'autant plus que la présence de l'arbitrage dans le quotidien du Québec est bien plus réelle aujourd'hui qu'il y a à peine trois ans.

Pour le lecteur averti, pour qui la liste des sujets traités constituent un acquis de longue date, l'intérêt de l'ouvrage a ses limites. Pour aller plus loin, il faudrait reprendre ces considérations en y appliquant les nouveaux paramètres législatifs dans le contexte des organismes québécois d'arbitrage. Puis il restera aux spécialistes à décanter tous ces concepts avec le temps et la pratique.

Wallace SCHWAB
Université Laval