

--> **Voir l'erratum** concernant cet article

LA CLASSIFICATION DES CATÉGORIES JURIDIQUES EN DROIT COMPARÉ - MÉTAPHORES TAXONOMIQUES

Michelle CUMYN

Volume 110, numéro 2, septembre 2008

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1048906ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1048906ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

CUMYN, M. (2008). LA CLASSIFICATION DES CATÉGORIES JURIDIQUES EN DROIT COMPARÉ - MÉTAPHORES TAXONOMIQUES. *Revue du notariat*, 110(2), 1-36. <https://doi.org/10.7202/1048906ar>

LA CLASSIFICATION DES CATÉGORIES JURIDIQUES EN DROIT COMPARÉ – MÉTAPHORES TAXONOMIQUES*

Michelle CUMYN**

INTRODUCTION	3
1. LES CATÉGORIES JURIDIQUES EN DROIT CIVIL ET EN DROIT DE TRADITION ANGLAISE	8
1.1 Une définition commune de la catégorie juridique	8
1.2 Des différences dans la manière de classer les catégories juridiques en droit civil et en droit de tradition anglaise	13
2. LA CLASSIFICATION DES ESPÈCES DANS LES SCIENCES NATURELLES	23
2.1 L'approche phénétique	25
2.2 L'approche phylogénique	32
CONCLUSION	35

* La présente étude a été réalisée dans le cadre d'un projet de recherche sur le rôle des catégories dans le raisonnement juridique en droit civil et en common law, grâce à une subvention du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (CRSH). Elle donne suite à une conférence présentée lors du X^e Congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique à l'Université de Sherbrooke les 25 et 26 octobre 2007, qui avait pour thème la sécurité juridique. L'auteure remercie M^{me} Bonnie Huen, étudiante au baccalauréat à la Faculté de droit de l'Université Queen's, ainsi que M. Jean-Paul Gakwerere, étudiant au doctorat à l'Université Laval, pour les recherches effectuées.

** Professeure agrégée, Faculté de droit, Université Laval.

INTRODUCTION

La classification des catégories juridiques a suscité ces dernières années un intérêt renouvelé, à la suite des déclarations controversées du professeur Peter Birks, qui a insisté sur l'importance de la « taxonomie juridique » et sur la nécessité de procéder à une grande entreprise de systématisation du droit privé britannique. En réponse à ces déclarations, le professeur Geoffrey Samuel a critiqué l'emploi de métaphores taxonomiques, estimant que le droit ne doit pas prendre pour modèle les sciences naturelles et que toute analogie avec la classification des êtres vivants ne peut qu'être trompeuse. Après avoir proposé une définition commune des catégories juridiques, l'auteur décrit les manières différentes dont elles sont classifiées en droit civil et en common law. Les civilistes ont de leurs catégories une représentation fixe ; elles s'ordonnent suivant une structure hiérarchique allant des catégories les plus générales aux plus spécifiques. Pour les common lawyers, les catégories juridiques s'enchaînent au sein d'une structure évolutive qui s'apparente à une généalogie. En taxonomie, on retrouve également deux approches fondamentalement différentes de la classification des espèces, l'approche phénétique et l'approche phylogénétique ou phylogénétique. La première évoque le mode de classification qui domine en droit civil, tandis que la seconde rappelle celui qui tend à prévaloir en common law.

There has been renewed interest in the classification of legal categories in recent years, following Professor Peter Birks's controversial statements about the importance of "legal taxonomy" and on the English private law being in urgent need of systematisation. Responding to Birks, Professor Geoffrey Samuel has been critical of the use of taxonomic metaphors and has insisted that a comparison of law with the natural sciences is ill-founded ; accordingly, any analogy with the classification of living organisms must only lead to error. After proposing a definition of legal categories common to both legal traditions, this paper describes the different ways in which such categories are classified within the civil law and the common law. Civilians tend to view their legal categories as fixed ; such categories are ordered within a hierarchical scheme leading from the more general categories to the more specific. Common lawyers per-

ceive their categories as appearing, disappearing or evolving over time ; such categories are connected to each other within a classificatory scheme that resembles a genealogy. In taxonomy, one also finds two fundamentally different approaches to the classification of species, the phenetic approach and the phylogenic or phylogenetic approach. The first is evocative of the dominant form of classification in the civil law, while the second is reminiscent of the scheme that tends to prevail in the common law.

La sécurité juridique, cette valeur chère aux juristes, est souvent évoquée en rapport avec les catégories juridiques. De l'avis de plusieurs, il appartient en effet à la doctrine d'articuler et d'entretenir ces catégories. Celles-ci exigeraient une attention constante afin qu'elles puissent représenter l'état du droit et répondre ainsi aux besoins de la pratique. Il faudrait, au fil du temps, en retracer les contours et réarticuler les relations qu'elles ont entre elles au sein d'une organisation plus large du champ juridique. Ce travail de la doctrine serait essentiel pour que les catégories assurent au mieux la sécurité juridique¹.

Pour d'autres auteurs plus critiques cependant, les catégories juridiques et leur scientificité apparente détournent les juristes des enjeux réels qui se posent à eux. Une nouvelle division apparaît parmi ces auteurs critiques, entre ceux pour qui les catégories juridiques constituent un carcan trop rigide, qui nuit à la recherche de la solution la plus juste et à l'évolution du droit et ceux pour qui, au contraire, la catégorie juridique est si sujette à manipulation par l'interprète, qu'elle ne fait que voiler l'incertitude du droit et la discrétion judiciaire. Selon les auteurs critiques du premier groupe, les catégories juridiques assurent une *trop grande* sécurité juridique, au détriment d'autres valeurs comme la flexibilité ou la justice. De l'avis des auteurs critiques du second groupe, la sécurité qui semble découler de l'élaboration et de la mise en œuvre des catégories juridiques *ne serait qu'un leurre*. Pour ces derniers, les catégories participeraient à cette grande illusion de l'objectivité et de la rationalité du droit.

1. Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2003, n° 191, p. 221 :

Le système des catégories juridiques permet de discipliner le désordre et l'incertitude des faits sociaux en les saisissant plus aisément sous une qualification claire et des règles déterminées. Pouvoir couler dans « des moules éprouvés par l'expérience » les faits et actes de la vie sociale ayant des caractères communs et leur appliquer un régime connu et objectivement déterminé constitue une garantie d'impartialité et de sécurité juridique. Les catégories juridiques constituent aussi un facteur de simplification du droit.

Notre objectif n'est pas ici de vérifier l'aptitude réelle des catégories à assurer la sécurité juridique ou à servir d'autres fins chères aux juristes telles que l'accessibilité du droit, sa cohérence interne, sa capacité à s'adapter aux changements sociaux ou à promouvoir la justice. L'analyse à laquelle nous nous livrons est toutefois susceptible de contribuer à ce débat plus large. Il s'agit de réfléchir à la classification des catégories juridiques et à la manière dont elle contribue à structurer le droit.

À l'évidence, la catégorie juridique est un élément fondamental de la méthodologie du droit tant dans la tradition de droit civil que dans celle de common law. Ces dernières années, la discussion sur la classification des catégories juridiques a été ravivée en droit de tradition anglaise par le juriste britannique Peter Birks, qui s'est fait l'apôtre de la « taxonomie juridique » et de la nécessité de procéder à une grande entreprise de systématisation des institutions et des règles du droit privé britannique². Cela n'a pas manqué de susciter des réactions assez vives chez d'autres auteurs dans la tradition anglaise qui se sont élevés contre une méthode apparemment inspirée des sciences naturelles et – autre raison de s'en méfier ! – du droit civil.

Une de ces réponses est venue du professeur Geoffrey Samuel dans un article intitulé « Can Gaius really be compared to Darwin ? »³. Dans ce texte, Samuel argue que les formes de logique ou de rationalité propres aux sciences ne conviennent pas au droit. Il affirme que la taxonomie des espèces animales ou végétales ne peut pas servir de modèle pour les juristes, et rejette ce modèle, sans toutefois l'étudier⁴. Samuel est sans doute un peu injuste dans sa

2. Peter BIRKS (dir.), *English Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000 ; Peter BIRKS (dir.), *The Classification of Obligations*, Oxford, Clarendon Press, 1997 ; Peter BIRKS, « Equity in Modern Law : An exercise in Taxonomy », (1996) 26 *U.W.A.L. Rev.* 1.

3. Geoffrey SAMUEL, « Can Gaius really be compared to Darwin ? », (2000) 49 *I.C.L.Q.* 297. L'intitulé de l'article fait allusion à une affirmation de Birks, qui a déclaré que Gaius était le Darwin du droit. Plus tard, Birks a ajouté ceci : « Gaius, the Darwin of the law or, perhaps more accurately, the Linnaeus... » dans *English Private Law*, *op. cit.*, note 2, p. xlv. En effet, comme nous le verrons dans la deuxième partie de ce texte, c'est Linné, un siècle avant Darwin, qui a établi les bases de la taxonomie moderne. Ainsi, la figure de Gaius évoque davantage celle de Linné que de Darwin.

4. Samuel affirme, non sans raison, que « comparisons between legal and zoological taxonomy schemes are an epistemologically dangerous exercise » (*ibid.*, p. 329). Il affirme également :

Darwin would not have despaired about legal taxonomy because he would not have made the mistake of thinking that legal science is analogous to a natural (à suivre...)

critique, lorsqu'il prend à la lettre les allusions taxonomiques de Birks. Lorsque les juristes français se réfèrent au modèle des sciences naturelles au moment d'aborder une réflexion sur la systématisation du droit, il ne s'agit véritablement que d'une métaphore⁵ ; à l'évidence, c'est également le cas pour Birks⁶. Pourrait-on reprocher à Samuel d'avoir pris le parti trop facile de s'attaquer à ce qui n'est finalement qu'une manière de parler ? Sans doute que non, car même sous forme métaphorique, le modèle des sciences naturelles semble bien exercer une attraction sur les juristes. Lors du congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique, le professeur Hugo Cyr a justement montré l'importance des métaphores et de l'influence qu'elles exercent sur la pensée⁷. C'est une invitation à prendre les métaphores du droit plus au sérieux⁸.

En outre, les modèles scientifiques auxquels se réfèrent les juristes sont largement des modèles du passé, soit qu'ils ont été véhiculés par des générations successives d'auteurs après un emprunt initial devenu fort ancien, soit qu'ils se fondent sur une connaissance imparfaite de la science en question. Or, il y a eu des

(...suite)

science like biology. One must never forget that it is in the nature of systems that theory becomes important ; and the nature of systems used by lawyers does not allow itself to be compared with the nature of systems used in the natural sciences (p. 319).

Rien n'indique cependant que Samuel a consulté la littérature scientifique sur la taxonomie avant d'en rejeter toute pertinence pour le droit.

5. Par exemple : Jacques GHESTIN et Gilles GOUBEUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4^e éd. avec le concours de Muriel FABRE-MAGNAN, Paris, L.G.D.J., 1994, n^o 43, p. 35. Le juriste français Léon Husson a toutefois étudié de près la méthodologie des sciences naturelles dans le but d'en tirer des leçons pour le droit : Léon HUSSON, « Les apories de la logique juridique » dans *Annales de la faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse*, t. 15, fascicule 1, Toulouse, Faculté de droit, 1967, 29, p. 51 et s. et *Les transformations de la responsabilité. Étude sur la pensée juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1947, p. 182-205.
6. Il est d'ailleurs regrettable que Birks ne se soit pas penché sur les débats des taxonomistes ; il se contente d'exemples tirés de connaissances générales, comme celui de la baleine, de l'éléphant et du poisson dans *The Classification of Obligations*, *op. cit.*, note 2, p. v-vi ou celui du canari dans « Equity in Modern Law : An exercise in Taxonomy », *loc. cit.*, note 2, 6.
7. Hugo CYR, « La contemplation et trois métaphores constitutives du droit », X^e Congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique, Université de Sherbrooke, 25 octobre 2007 (non publié).
8. Voir aussi Marie-Claude PRÉMONT, *Tropismes du droit. Logique métaphorique et logique métonymique du langage juridique*, Montréal, Liber/Éditions Thémis, 2003. Voir aussi Hubert ROTTLEUTHNER, « Les métaphores biologiques dans la pensée juridique », (1986) 31 *Archives de philosophie du droit* 215.

développements importants en taxonomie dans les dernières décennies. La taxonomie est aux prises avec une vive controverse qui met au jour l'étonnante incertitude et la subjectivité de cet art difficile qui consiste à classer les êtres vivants⁹. Ainsi, il serait peut-être temps pour les juristes de mettre à jour leurs métaphores taxonomiques (ou d'y renoncer, si elles s'avèrent fausses ou trompeuses). Comme nous le verrons, les débats des taxonomistes s'avèrent une source d'inspiration possible pour la méthodologie du droit, surtout lorsque cette dernière est abordée dans une perspective de droit comparé.

À cet égard, il existe une autre raison pour laquelle il est intéressant d'examiner la manière dont les catégories et la classification sont employées et critiquées dans d'autres domaines du savoir que le droit, c'est-à-dire, en l'occurrence, dans les sciences naturelles¹⁰. C'est que les comparatistes sont nombreux à souligner les différences d'ordre culturel et méthodologique entre les traditions de droit civil et de common law et qui seraient même irréductibles, aux dires de certains¹¹. Retrouve-t-on les mêmes écarts culturels, les mêmes obstacles à la compréhension mutuelle, dans les autres domaines du savoir qui ont recours à des méthodes s'apparentant sous certains aspects à celles du droit ?

Nous aborderons en premier lieu le rôle des catégories juridiques en droit civil et en droit de tradition anglaise (1), pour nous aventurer ensuite en dehors du droit, afin de vérifier si la taxonomie n'ouvrirait pas de nouvelles perspectives pour les juristes (2).

-
9. N.R. SCOTT-RAM, *Transformed Cladistics, Taxonomy and Evolution*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, p. 1 : « For over twenty years the world of taxonomy has been riddled with controversy. » L'auteur évoque aussi « taxonomy's methodological disarray ». Voir aussi Richard BLANCHETTE, *Le problème de la classification en zoologie*, thèse de doctorat en philosophie, Université Laval, 2002, Collection « Mémoires et thèses électroniques » [en ligne], [www.theses.ulaval.ca/2002/20168/20168.html] (10 juillet 2008).
 10. Outre la taxonomie, plusieurs disciplines scientifiques sont susceptibles d'apporter un éclairage intéressant sur les catégories juridiques, notamment la philosophie, la sémiotique, l'anthropologie et la psychologie cognitive. Cette dernière a d'ailleurs attiré l'attention de plusieurs juristes. Dans ce texte, nous nous intéressons uniquement aux apports possibles de la taxonomie, au regard de la classification des catégories juridiques.
 11. Voir Pierre LEGRAND, *Le droit comparé*, coll. « Que sais-je ? », Paris, P.U.F., 2006, chapitre 1.

1. LES CATÉGORIES JURIDIQUES EN DROIT CIVIL ET EN DROIT DE TRADITION ANGLAISE

Il convient de poser au départ une définition commune de la catégorie juridique, susceptible de rallier les juristes des deux traditions (1.1). À partir de cette définition commune, certaines différences dans la classification des catégories dans chaque tradition juridique peuvent être mises en lumière (1.2).

1.1 Une définition commune de la catégorie juridique

La catégorie juridique met en relation un ensemble de situations factuelles d'une part, et un ensemble de règles de droit, d'autre part. La catégorie contient donc, sous un aspect, des situations factuelles et, sous un autre aspect, des règles qui constituent le régime juridique leur étant applicable. La catégorie juridique constitue finalement le trait d'union, l'interface entre ces deux ensembles¹².

12. En droit civil, les définitions suivantes de la catégorie juridique ont été proposées par les auteurs. François GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, t. 3, Paris, Sirey, 1921, n° 213, traitant du rôle des catégories réelles dans la technique du droit, affirmait :

En effet, pour qu'un phénomène sorte du chaos de la vie sociale et obtienne les sanctions précises du droit, il faut, avant tout, qu'il soit caractérisé par des traits, qui le mettent à part et l'érigent en institution juridique. Quand ces traits ne consistent pas dans une simple enveloppe formelle, ils ne peuvent être empruntés qu'aux arêtes les plus saillantes du phénomène, représentant ses éléments substantiels, dont on formera les cadres de la catégorie destinée à enfermer les circonstances concrètes, qui méritent le même règlement juridique. Par où l'on voit, qu'issue de la réalité, la catégorie juridique s'en détache, par une abstraction nécessaire, et constitue, en vertu des définitions et des classifications qu'elle implique, comme le centre de toute la technique fondamentale du droit.

Pour Bergel, la catégorie juridique est un ensemble « de droits, de choses, de personnes, de faits ou d'actes ayant entre eux des traits communs caractéristiques et obéissant à un régime commun » (*op. cit.*, note 1, n° 180, p. 209-210). Cet auteur affirme également que « [le] rattachement d'une situation juridique à une catégorie a pour effet de la soumettre aux règles de droit qui régissent celle-ci » (n° 189, p. 219).

Pour Rémy CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1997, n° 31 : « Une catégorie regroupe des phénomènes qui ont des traits communs et qui obéissent ainsi à un régime identique. »

Pour Jacques GHESTIN, Christophe JAMIN et Marc BILLIAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001, n° 56, p. 77, la qualification consiste à « rattacher un cas concret à un concept juridique abstrait reconnu par une autorité normative afin de lui appliquer son régime ». Voir aussi Paul ROUBIER, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1951, p. 15-17 ; Patrick NERHOT, « Le fait du droit », (1986) 31 *Archives de philosophie du droit* 261.

(à suivre...)

La définition proposée conduit à distinguer les catégories juridiques d'autres aspects du raisonnement en droit. Ainsi, les catégories de choses et de situations du monde réel ne constituent pas forcément des catégories juridiques, même si elles sont définies ou employées par le droit. Prenons l'exemple célèbre de H.L.A. Hart, qui traitait des difficultés d'interprétation pouvant survenir dans le cadre de l'application d'une règle aussi simple que « No vehicles in the park »¹³. La notion de véhicule a sans doute été définie ou interprétée à plusieurs reprises et dans plusieurs contextes juridiques différents par les tribunaux ou par le législateur. Il ne s'agit pas pour autant d'une catégorie juridique, dans la mesure où il ne s'agit pas ici de mettre en œuvre un régime juridique propre aux véhicules¹⁴. En revanche, la situation factuelle correspondant à la violation alléguée de la règle « No vehicles in the park » s'insère dans une catégorie juridique d'infractions (vraisemblablement municipales, de responsabilité stricte, etc.) qui se voient appliquer un ensemble de règles déterminant notamment la sanction applicable, le fardeau de la preuve, la procédure à suivre pour poursuivre le contrevenant, ses moyens de défense, et ainsi de suite¹⁵.

Si les catégories factuelles, même employées par le droit, ne constituent pas forcément des catégories juridiques, il en est de même des concepts juridiques, dans la mesure où leur fonction n'est

(...suite)

En droit de tradition anglaise, voir Geoffrey SAMUEL, *Epistemology and Method in Law*, Aldershot, Ashgate, 2003, p. 173 : « legal categories [...] mediate between a factual situation and the law applicable. » Voir aussi Karl LLEWELLYN, *The Case Law System in America*, Chicago, University of Chicago Press, 1989, p. 95-97 ; John FARRAR, *Introduction to Legal Method*, London, Sweet & Maxwell, 1977, p. 42-44.

13. H.L.A. HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals », (1958) 71 *Harvard L. Rev.* 593, 607.
14. *Contra* : G. SAMUEL, *op. cit.*, note 12, p. 126, 197.
15. Voir dans ce sens Oliver Wendell HOLMES, *The Path of the Law, Collected Legal Papers*, New York, Harcourt, Brace and Howe, 1920, 167, p. 196 :
There is a story of a Vermont justice of the peace before whom a suit was brought by one farmer against another for breaking a churn. The justice took time to consider, and then said that he had looked through the statutes and could find nothing about churns, and gave judgment for the defendant. The same state of mind is shown in all our common digests and text-books. Applications of rudimentary rules of contract or tort are tucked away under the head of Railroads or Telegraphs or go to swell treatises on historical subdivisions, such as Shipping or Equity, or are gathered under an arbitrary title which is thought likely to appeal to the practical mind, such as Mercantile Law. If a man goes into law it pays to be a master of it, and to be a master of it means to look straight through all the dramatic incidents and to discern the true basis for prophecy.

pas de coordonner un ensemble de règles appartenant à un même régime juridique. Ainsi, la faute n'est pas une catégorie juridique, non plus que le risque, mais ces notions s'intègrent à des régimes juridiques correspondant à des catégories de responsabilité civile, tout comme elles peuvent aussi jouer un rôle dans d'autres domaines du droit.

Puisque la catégorie juridique suppose la mise en relation d'un ensemble de situations factuelles d'un côté et d'un ensemble de règles formant un régime juridique de l'autre, il découle aussi de cette définition que le raisonnement juridique ne saurait se résumer à la mise en œuvre d'une ou plusieurs catégories juridiques¹⁶. Les difficultés que soulève l'interprétation d'une règle de droit donnée au regard des faits auxquels elle s'applique sont distinctes des difficultés que soulève la qualification juridique. Il s'agit de problèmes différents qui interviennent à des étapes différentes du raisonnement. Un bon exemple nous en est fourni de nouveau par l'application de la règle « No vehicles in the park » aux différentes hypothèses factuelles envisagées par H.L.A. Hart. Cette discussion concerne l'interprétation des lois, mais ne concerne pas la mise en œuvre des catégories juridiques qui, quant à elles, se contentent de lier des situations factuelles et le régime juridique qui leur est globalement applicable¹⁷. L'interprétation des lois intervient plutôt dans un deuxième temps, après que l'on a identifié la catégorie juridique pertinente et les règles qui en découlent. Cette identification se fait toutefois non seulement à partir des faits, mais aussi en fonction du recours juridique recherché par une partie. Il est possible d'illustrer cette observation à l'aide d'un exemple : une personne heurtée et blessée par un cycliste dans un parc désire poursuivre en dommages-intérêts le cycliste ; cette personne invoque la violation de la

16. G. SAMUEL, *loc. cit.*, note 3, 302.

17. Voir Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., 2003, sous « qualification », par Patrick Wachsmann, p. 1275 : Éléments essentiels de la pratique du juriste, la qualification consiste, dans une première approche, à subsumer des faits sous des normes juridiques, en vue de la production d'effets de droit. Elle s'inscrit donc dans un processus de concrétisation du droit dont elle représente une étape indispensable en tant qu'elle assure une circulation entre le monde du *Sollen* (l'univers du symbolique où se situent les textes juridiques destinés à régir la conduite des hommes) et celui du *Sein* (l'univers concret où se déploient les comportements humains). Activité de passage, la qualification n'a pas bénéficié de l'intérêt doctrinal qu'a suscité l'interprétation, sans doute parce que précisément, elle n'est pas un travail portant sur le seul langage.

Voir aussi sur ce sujet : Pascal FRÉCHETTE, *La qualification des contrats*, Mémoire de maîtrise, Faculté de droit, Université de Montréal, 2007 [non publié].

règle « *No vehicles in the park* ». L'avocate consultée par la victime devra expliquer à sa cliente que sa demande se situe dans le champ de la responsabilité civile et non de la responsabilité pénale. La règle dont elle invoque la violation peut certes avoir son importance dans un éventuel recours en responsabilité civile, mais elle ne fait pas partie à proprement parler du régime juridique qui est applicable aux parties, dès lors que les faits sont qualifiés en fonction du recours dont la victime recherche l'application. Il en serait autrement, bien entendu, si le cycliste était poursuivi par la municipalité, cette dernière lui ayant imposé une amende.

La catégorie juridique est associée à deux opérations fondamentales qui sont d'une part la qualification juridique (en anglais, *characterisation*) et, d'autre part, la classification. La *qualification juridique* consiste à subsumer une situation factuelle sous une catégorie juridique donnée, de manière à lui appliquer le régime juridique correspondant. Il s'agit de diagnostiquer les faits en identifiant la catégorie juridique applicable. Le juriste peut avoir recours à deux types de raisonnement pour parvenir à une qualification et justifier celle-ci. D'une part, il peut se référer aux critères formels qui déterminent l'appartenance d'une situation factuelle à une catégorie juridique donnée. Ces critères formels définissent la catégorie dans sa dimension factuelle en identifiant les caractères communs aux éléments de la catégorie, tout en distinguant ces éléments de ceux d'une catégorie voisine¹⁸. D'autre part, le juriste peut se laisser guider par les conséquences juridiques de son choix de subsumer une situation factuelle donnée sous une catégorie plutôt qu'une autre¹⁹. Par un raisonnement de type fonctionnel, il intègre une

18. J.-L. BERGEL, *op. cit.*, note 1, n° 190, p. 219-220 :

L'étude des concepts juridiques ne peut bien se faire qu'en les confrontant les uns aux autres pour rapprocher les diverses espèces du même genre et les opposer à des situations différentes. Pour cela, il faut se référer à des séries de concepts qui se caractérisent « par la réunion de caractères constants et nécessaires ». Ainsi, les notions et les situations juridiques sont regroupées dans des catégories d'après leurs caractères communs, et les diverses catégories se distinguent les unes des autres par les différences entre les traits communs des éléments qui les composent et ceux des autres catégories.

Cet auteur parle également des « critères de liaison » et des « critères de dissociation », ou encore des « ressemblances caractéristiques » et des « différences significatives » (n° 193, p. 223). G. SAMUEL, *op. cit.*, note 12, p. 220 nomme ces critères « *describers* ». Voir aussi Thierry TAURAN, « Les distinctions en droit privé », (2000-02) *R.R.J.* 489.

19. J.-L. BERGEL, *op. cit.*, note 1, n° 206, p. 231 :

Il faut alors, après avoir qualifié un fait, un acte, une institution, une personne ou une chose... et en avoir déduit le régime juridique, se référer à la qualification (à suivre...)

situation factuelle à une catégorie donnée afin de lui appliquer le régime juridique jugé souhaitable dans les circonstances. Le premier type de raisonnement mise sur la cohérence interne des catégories dans leur dimension factuelle et la validité descriptive des critères formels d'appartenance qui leur sont associés. Le deuxième type de raisonnement, en revanche, privilégie la recherche directe de la validité normative de l'attribution d'une situation factuelle à une catégorie donnée²⁰.

La *classification*, quant à elle, concerne l'ordonnement des différentes catégories juridiques entre elles, à savoir si elles s'excluent mutuellement, si elles s'emboîtent les unes dans les autres, bref quels sont leurs rapports hiérarchiques, à la fois horizontaux²¹ et verticaux²². Il est ainsi possible que plusieurs catégories juridiques soient regroupées au sein d'une catégorie de niveau supérieur, par exemple la catégorie de contrats regroupant les différents contrats nommés et innomés. La classification permet de réaliser des économies dans l'énonciation des règles juridiques, puisque des règles établies pour des catégories plus générales n'ont pas à être réitérées au sein de chacune des catégories plus étroites qui y sont regroupées. La classification joue également un rôle important dans l'organisation du savoir juridique, notamment pour

(...suite)

opposée pour en déduire le régime juridique correspondant. Cela sert de contre-raisonnement, de « preuve par neuf », et permet de confirmer, d'infirmier ou d'atténuer la solution obtenue. Ainsi, on qualifiera successivement la même personne de simple associé et de dirigeant de fait d'une société pour en déduire sa responsabilité. On traitera tel contrat de contrat d'entreprise, de contrat de travail ou de mandat puis de contrat civil et commercial, pour apprécier les conséquences respectives de ces qualifications et leur adéquation à la situation envisagée. Cette méthode oriente le choix définitif des classifications et des règles retenues et permet d'écarter des solutions trop inadaptées ou inéquitables.

20. Comme le souligne Arthur A. LEFF, « Contract as Thing », (1970) 19 *Am. U. L. Rev.* 131, 134, l'organisation du droit en catégories juridiques est d'autant plus utile que l'application des critères formels d'appartenance est plus facile que la mise en œuvre directe du but recherché par la classification :

Identification criteria for class membership are frequently different from, and easier to use than, the purposive aim which the classification was formed to serve. In the coal example, for instance, the purposive criterion might be burnability, but the recognition criteria would initially (and sufficiently for most purposes) be grossly sensory. Briefly, one knows what coal looks like and also that coal burns ; hence to find out if that lump will burn one has only to look at it, not to light it.

21. Il s'agit des catégories cumulatives, alternatives ou hybrides : J.-L. BERGEL, *op. cit.*, note 1, n° 200, p. 227.
 22. Il s'agit des catégories équivalentes ou hiérarchisées : J.-L. BERGEL, *op. cit.*, note 1, n° 201, p. 228.

l'enseignement et la recherche²³. Dans les pages qui suivent, nous allons surtout nous consacrer à une réflexion sur la classification des catégories juridiques. Nous espérons revenir à la qualification juridique dans une étude ultérieure.

Les catégories juridiques semblent bien tenir encore – jusqu'à nouvel ordre – un rôle fondamental en droit civil comme dans le droit de tradition anglaise. Elles se présentent toutefois différemment dans la méthodologie propre à chacun, en particulier du point de vue de leur classification.

1.2 Des différences dans la manière de classer les catégories juridiques en droit civil et en droit de tradition anglaise

Dans les pays civilistes de tradition française, les catégories juridiques sont largement construites à partir de la loi²⁴. La doctrine et parfois la jurisprudence peuvent créer de nouvelles catégories et

23. Bien entendu, il existe d'autres systèmes de classification ou d'ordonnement du savoir juridique que celui des catégories juridiques. Ainsi, les bibliothèques nord-américaines placent les ouvrages sur les rayons en suivant la classification établie par la Library of Congress. Les dictionnaires et encyclopédies juridiques permettent d'accéder au savoir juridique à travers la définition de concepts et de mots, classés dans l'ordre alphabétique et mis en relation les uns avec les autres par un système de renvois. Les répertoires de jurisprudence et de doctrine se fondent sur une classification par mots-clés. Enfin, les banques de données informatiques ne font plus nécessairement appel à une quelconque classification mais permettent à l'utilisateur de rechercher et trier des documents suivant une multitude de techniques et de critères. Elles permettent le repérage direct de règles, de jurisprudence et de doctrine à partir de mots-clés tels que « chute » et « trottoir ». Ces exemples mettent en relief la spécificité de la catégorie juridique qui comprend à la fois un ensemble de situations factuelles et le régime juridique qui leur est applicable, la fonction de la catégorie juridique étant précisément de lier ces deux aspects. Mais ils permettent aussi de remettre en question l'utilité des catégories juridiques en tant qu'outil d'organisation du savoir des juristes. Sont-elles indispensables ? Serait-il possible d'imaginer un droit qui se passerait de catégories juridiques ? Question intéressante, à laquelle nous ne tenterons cependant pas de répondre ici. Au sujet des autres méthodes de classification et de repérage des règles juridiques, voir Richard DELGADO et Jean STEFANCIC, « Why Do We Tell the Same Stories ? Law Reform, Critical Librarianship, and the Triple Helix Dilemma », (1989) *Stanford L. Rev.* 207 ; Lenore RAPKIN, *A Civil Law Lexicon for Library Classification*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1998.

24. Il arrive cependant qu'elles soient presque entièrement jurisprudentielles, comme c'est le cas en droit administratif français. Voir à ce sujet : Jean RIVERO, « Apologie pour les « faiseurs de systèmes » » *D. chron.*, 1951, p. 23 ; Marcel WALINE, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? » dans *Mélanges Jean Dabin*, Paris, Sirey, 1963, p. 359.

en préciser le régime juridique propre²⁵, mais le plus souvent, la doctrine se contente de mettre en relief les catégories légales et de les classer, classification qui se déduit parfois, elle aussi, du cadre fixé par la loi. En droit privé, ce travail de définition des catégories juridiques, puis d'articulation de leurs rapports hiérarchiques à la fois horizontaux et verticaux, se fait à partir du code civil, dont les dispositions sont déjà regroupées en sections ou chapitres se rapportant à une catégorie juridique donnée. Il arrive aussi assez fréquemment que la doctrine mette en lumière une catégorie transversale n'apparaissant pas en tant qu'ensemble distinct de règles dans l'architecture du code (par exemple, l'abus de droit). Dès lors que de telles catégories doctrinales permettent de mettre en relation certaines situations factuelles avec un régime juridique qui leur est propre, elles répondent à la définition de catégorie juridique. La doctrine extrapole également du code lorsqu'elle met en lumière l'articulation des catégories entre elles, en montrant que certaines catégories s'excluent mutuellement, tandis que d'autres connaissent nécessairement certains recoupements, et que d'autres encore doivent être conçues comme s'emboîtant l'une dans l'autre. Les lecteurs de ce texte étant probablement déjà bien au fait de la méthodologie du droit civil, qu'il nous soit permis d'insister plutôt sur la manière dont s'articulent les catégories dans le droit de tradition anglaise.

En droit de tradition anglaise, certaines lois sont également à l'origine de catégories dont elles fixent le régime juridique²⁶. La jurisprudence est à l'origine de nombreuses catégories juridiques qui sont relevées et articulées par la doctrine ou dans la jurisprudence elle-même. Malgré la présence de régimes législatifs, ce sont essentiellement les catégories jurisprudentielles qui confèrent sa structure au droit de tradition anglaise, du moins au Canada, où ce droit demeure peu codifié.

Avant les grandes réformes du 19^e siècle, le droit de tradition anglaise se fondait sur un nombre limité de brefs ou formes d'action, qui permettaient au demandeur d'obtenir un recours donné s'il répondait aux exigences du bref. Il est possible d'affirmer que ces brefs ou formes d'action (ainsi que les sous-ensembles que la juris-

25. Mélanie PAINCHAUD, « La qualification *sui generis*. L'inqualifiable peut-il devenir catégorie ? », (2004) 3 R.R.J. 1567.

26. P. ex. : *Loi sur la vente d'objets*, L.R.O. 1990, c. S.1 ; *Loi sur les lettres de change*, L.R.C. (1985), c. B-4 ; *Loi sur les sûretés mobilières*, L.R.O. 1990, c. P.10.

prudence y avait aménagés, par exemple *trespass on the case*, puis *assumpsit*) constituait autant de catégories juridiques. Au 19^e siècle, le système de brefs, jugé trop formaliste, fut aboli par le *Common Law Procedure Act*²⁷. Depuis lors, le demandeur doit démontrer qu'il a une cause d'action, c'est-à-dire qu'il se trouve dans une situation factuelle, laquelle lui donne droit à un recours : « A cause of action is simply a factual situation the existence of which entitles one person to obtain from the court a remedy against another person »²⁸. Libéré du carcan rigide imposé par le système des brefs, le droit anglais poursuit son évolution à travers la ramification des causes d'action existantes et la reconnaissance graduelle de nouvelles causes d'action. Au Royaume-Uni²⁹ comme aux États-Unis³⁰, la doctrine travaille pendant plusieurs décennies à proposer une nouvelle systématisation du droit à l'aide de catégories juridiques axées davantage sur le droit substantiel que sur les recours. Dans la jurisprudence, la règle du précédent prend le relais du système de brefs en permettant une évolution contrôlée du droit de tradition anglaise.

Tentons une démonstration, à partir d'un exemple précis, de la manière spécifique dont les catégories jurisprudentielles sont formées et mises en application dans le droit de tradition anglaise depuis la réforme du droit de la procédure. Une illustration particulièrement éclairante nous en est fournie par l'évolution du délit de négligence à travers une série de décisions célèbres, à commencer par celle rendue en 1932 par la Chambre des lords dans l'affaire *Donoghue c. Stevenson*³¹. Rappelons tout d'abord que dans la tradition anglaise, le droit de la responsabilité civile regroupe une multitude de délits, chacun avec ses conditions d'ouverture propres

27. *Common Law Procedure Act 1854* (R.U.), c. 125. Cette loi a été reçue dans les provinces canadiennes. À propos de cette réforme, Vinogradoff affirme : « On the whole these changes make for an increase in substantial justice. But it must be admitted that they have lessened the hold of pure logic on the administration of the law, in as much as they have removed many of the firm pegs from which compelling deductions could be started » : Paul VINOGRADOFF, *Outlines of Historical Jurisprudence*, London, Oxford University Press, 1923, p. 10.

28. *Letang c. Cooper*, [1965] 1 Q.B. 232, p. 242-243 (C.A., Lord Diplock).

29. A. W. Brian SIMPSON, « The Rise and Fall of the Legal Treatise : Legal Principles and the Forms of Legal Literature », (1981) 48 *U. Chicago L. Rev.* 632.

30. Voir notamment : Thomas C. GREY, « Langdell's Orthodoxy », (1983) 45 *U. Pitt. L. Rev.* 1 ; Thomas C. GREY, « Holmes and Legal Pragmatism », (1989) *Stanford L. Rev.* 871 ; G. Edward WHITE, *Tort Law in America : An Intellectual History*, New York, Oxford University Press, 1980, ch. 2, « The Impact of Legal Science on Tort Law, 1880-1910 », p. 20 et s.

31. [1932] A.C. 562.

(autant de catégories juridiques). De tous ces délits, c'est le délit de négligence qui s'apparente le plus au régime civiliste de la responsabilité fondée sur la faute. C'est également ce délit qui a connu la plus forte expansion au 20^e siècle, en raison de sa large portée. Il n'en demeure pas moins qu'il n'existe pas, dans le délit de négligence, de devoir général de ne pas nuire à autrui, au contraire du droit civil. L'obligation de diligence ou devoir de prudence (*duty of care*) donnant ouverture au délit de négligence est admise seulement dans des situations factuelles précises, entre des personnes ayant un certain type de rapport déjà reconnu à ce titre par le droit. Les actions en négligence se situant à l'extérieur de l'un des types de rapports reconnus se heurtent à un obstacle préalable qui fait échec au recours, avant même que le tribunal ne se penche, comme en droit civil, sur l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice.

L'arrêt *Donoghue c. Stevenson* est célèbre notamment parce que dans cet arrêt, Lord Atkin a articulé dans des termes très généraux en quoi consiste l'obligation de diligence :

You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who, then, in law is my neighbour ? The answer seems to be – persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question.³²

Ce serait toutefois méconnaître la méthodologie propre au droit de tradition anglaise que de voir dans ce passage la reconnaissance d'une catégorie juridique de portée générale dont les caractéristiques énoncées (la relation directe et la prévisibilité du dommage) sont susceptibles d'application directe aux faits. En effet, dans les passages qui précèdent celui que nous venons de citer, Lord Atkin a précisé ainsi le sens de son propos :

To seek a complete logical definition of the general principle is probably to go beyond the function of the judge, for the more general the definition the more likely it is to omit essentials or to introduce non-essentials. [...] At present I content myself with pointing out that in English law there must be, and is, some general conception of relations giving rise to a duty of care, of which the particular cases in the books are but instances. [...] [A]cts or omissions which any moral code would censure cannot in a practical world be treated so as to give a

32. *Ibid.*, 580.

right to every person injured by them to demand relief. In this way rules of law arise which limit the range of complainants and the extent of their remedy.³³

Bien des années plus tard, dans l'arrêt *Dorset Yacht* rendu par la Chambre des lords en 1970³⁴, Lord Diplock a rappelé que le principe du prochain énoncé par Lord Atkin n'était pas destiné à être appliqué directement aux faits d'une espèce afin d'y découvrir une obligation de diligence :

Used as a guide to characteristics which will be found to exist in conduct and relationships which give rise to a legal duty of care, [Lord Atkin's] aphorism marks a milestone in the modern development of the law of negligence. But misused as a universal it is manifestly false.³⁵

Lord Diplock présente ensuite la manière dont il faut procéder pour admettre de nouvelles catégories de négligence :

Public policy may call for the immediate recognition of a new sub-category of relations which are the source of a duty [...], but further experience of actual cases would be needed before the time became ripe for the coalescence of sub-categories into a broader category [...], such as was effected with respect to the duty of care of a manufacturer of products in *Donoghue v. Stevenson*. Nevertheless, any new sub-category will form part of the English law of civil wrongs and must be consistent with its general principles.³⁶

L'énoncé de Lord Atkin n'était donc pas posé comme un principe juridique devant servir directement à définir quels types de rapports peuvent donner lieu à une obligation de diligence et ainsi à l'ouverture d'un recours en vertu du délit de négligence. Il s'agissait seulement d'une expression très générale du fondement commun à tous les cas où ce devoir est reconnu par le droit. Il n'est pas question de mettre de côté l'approche méthodologique typique de la common law, qui consiste à admettre de manière progressive de nouvelles catégories de situations factuelles qui donnent lieu à l'obligation de diligence. C'est donc graduellement que de nouvelles catégories de négligence ont continué à faire leur apparition dans la jurisprudence au fil du temps.

33. *Ibid.*

34. *Dorset Yacht Co. c. Home Office*, [1970] A.C. 1004.

35. *Ibid.*, 1060.

36. *Ibid.*, 1064.

Une approche différente fut toutefois introduite par la Chambre des lords dans l'arrêt *Anns*, rendu en 1978³⁷. Dans cet arrêt, Lord Wilberforce a voulu proposer un test qui permettrait, par une application directe aux faits de l'affaire, d'y déceler ou non l'existence d'une obligation de diligence :

[T]he position has now been reached that in order to establish that a duty of care arises in a particular situation, it is not necessary to bring the facts of that situation within those of previous situations in which a duty of care has been held to exist.³⁸

Cette fois, il s'agissait bien de définir une démarche abstraite et générale permettant de reconnaître ou non l'existence d'une obligation de diligence dans un cas précis :

[T]he question has to be approached in two stages. First one has to ask whether, as between the alleged wrongdoer and the person who has suffered damage there is a sufficient relationship of proximity or neighbourhood such that, in the reasonable contemplation of the former, carelessness on his part may be likely to cause damage to the latter – in which case a *prima facie* duty of care arises. Secondly, if the first question is answered affirmatively, it is necessary to consider whether there are any considerations which ought to negative, or to reduce or limit the scope of the duty or the class of person to whom it is owed or the damages to which a breach of it may give rise.³⁹

À noter qu'à la première étape du test, la découverte de l'obligation de diligence *prima facie* se fonde sur deux critères cumulatifs, la prévisibilité du dommage et la proximité ou le lien étroit entre l'auteur du dommage et la victime. L'application du critère de prévisibilité a posé relativement peu de problèmes dans la jurisprudence subséquente, tandis que le critère de proximité s'est avéré d'une application beaucoup plus difficile et controversée. Il est intéressant qu'à la deuxième étape du test de l'arrêt *Anns*, la Chambre des lords ait pris soin de réserver la possibilité pour les tribunaux d'écartier ou de circonscrire la portée d'une obligation de diligence *prima facie* en fonction de considérations de politique.

Le test de l'arrêt *Anns*, qui fut accueilli en droit canadien par la Cour suprême dans l'affaire *Kamloops*⁴⁰, a suscité un certain

37. *Anns c. Merton Borough Council*, [1978] A.C. 728.

38. *Ibid.*, 751-752.

39. *Ibid.*

40. *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2.

malaise au Royaume-Uni comme au Canada. Il s'est avéré difficile en pratique pour les juristes de travailler à partir d'une catégorie juridique aussi générale et aux critères d'appartenance aussi abstraits. En définitive, la jurisprudence a continué à se développer dans le cadre de sous-catégories du délit de négligence au sein desquelles l'existence d'une proximité suffisante était établie de différentes manières par les tribunaux suivant les différents contextes factuels où ils étaient appelés à se prononcer⁴¹. Le critère de « proximité suffisante » de l'arrêt *Anns* désignait parfois une proximité géographique entre la victime et l'auteur du dommage⁴², elle pouvait être établie en raison de la nature du préjudice susceptible d'être causé (préjudice matériel à la personne ou aux biens de la victime)⁴³, elle se fondait dans certains cas sur la relation de confiance qui liait les parties⁴⁴ ou, encore, sur l'existence d'une obligation légale⁴⁵. Au Royaume-Uni, la Chambre des lords a fait marche arrière en 1990 dans l'affaire *Murphy*, désavouant expressément l'arrêt *Anns* et imposant le retour à l'approche traditionnelle, dite « par catégories » ou « incrémentielle » :

It is preferable [...] that the law should develop novel categories of negligence incrementally and by analogy with established categories, rather than by a massive extension of a prima facie duty of care restrained only by indefinable « considerations which ought to negative, or to reduce or limit the scope of the duty or the class of person to whom it is owed ».⁴⁶

Ainsi, la Chambre des lords a jugé préférable de retourner à la méthode traditionnelle d'évolution contrôlée de la common law. Celle-ci consiste à reconnaître progressivement, à la fois en établissant des analogies avec des catégories existantes et en se laissant

41. Voir *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, 553.

42. P. ex. *Dorset Yacht c. Home Office*, précité, note 34.

43. « Dans le contexte d'une action pour négligence causant des dommages matériels, il suffit de déterminer si le préjudice causé au demandeur pouvait raisonnablement être prévu par le défendeur, pour décider s'il existe un lien étroit au sens du premier volet du critère des arrêts *Anns* et *Kamloops*, parce que la loi en est venue à reconnaître (même si ce n'est qu'implicitement) [...] [qu'il] est toujours raisonnable que le demandeur s'attende à ce que le défendeur prenne un soin raisonnable de ses biens et de sa personne » : *Hercules Management Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165, 189.

44. P. ex. *Hercules Management Ltd. c. Ernst & Young*, *ibid.*

45. P. ex. *Cooper c. Hobart*, précité, note 41 ; *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, [2001] 3 R.C.S. 562.

46. *Murphy c. Brentwood District Council*, [1990] 2 All E.R. 908, 914-915 (Lord Keith, citant le juge Brennan de la Haute cour d'Australie).

guider par des principes plus larges comme ceux énoncés dans *Donoghue*, des catégories bien circonscrites de types de relations où l'existence de l'obligation de diligence est établie⁴⁷. Les tribunaux de première instance peuvent se fonder en toute sécurité sur les catégories déjà reconnues pour traiter de cas semblables, tandis que les tribunaux d'appel peuvent continuer à admettre de nouvelles catégories de négligence lorsque le besoin s'en fait sentir – ou encore, comme c'est le cas à l'occasion, abolir une catégorie précédemment établie.

Au Canada, l'arrêt *Anns* continue d'être appliqué, n'ayant pas été écarté par la Cour suprême du Canada, mais la Cour combine désormais l'application du test en deux étapes avec une approche par catégories. Ainsi, dans l'affaire *Cooper c. Hobart*, la Cour suprême affirme ceci :

[L]a jurisprudence utilise généralement le mot « proximité » pour décrire le genre de lien susceptible de donner lieu à une obligation de diligence. [...] [L]'utilisation des catégories permet de déterminer quels sont les liens suffisamment étroits. Le nombre des catégories n'est pas limité et il est possible d'introduire de nouvelles catégories de négligence. Mais, de façon générale, la proximité est établie par renvoi à ces catégories. Cela confère de la certitude au droit relatif à la diligence tout en permettant à celui-ci d'évoluer pour répondre aux besoins créés par des cas nouveaux.⁴⁸

L'évolution du délit de négligence illustre bien, à notre point de vue, certaines des différences dans la manière dont se constituent les catégories juridiques dans la tradition anglaise et en droit civil. Qu'il nous soit permis d'insister sur un aspect en particulier, qui concerne la classification, c'est-à-dire le mode d'ordonnement des catégories entre elles.

En droit de tradition anglaise, les catégories juridiques d'origine jurisprudentielle gravitent autour d'un arrêt qui, le premier, a reconnu ou défini une nouvelle catégorie. Les décisions rendues à la suite de cet arrêt, et qui s'en réclament en tant que précédent, précisent progressivement les contours de la catégorie, c'est-à-dire les situations factuelles qu'elle recouvre et les règles qui en constituent le régime. Or, cette articulation progressive des catégories par la jurisprudence, avec l'aide de la doctrine, leur confère un caractère

47. Il s'agit en définitive d'un retour à l'approche suivie par Lord Diplock dans *Dorset Yacht*, précité, note 34.

48. *Cooper c. Hobart*, précité, note 41, 551.

nettement évolutif. Comme l'affirme un auteur, « the classification changes as the classification is made »⁴⁹. Par ailleurs, l'ordonnement des catégories tend à se dégager des divers courants jurisprudentiels qui leur ont donné naissance, suivant une structure de type généalogique. Les arrêts se rattachant à un même précédent forment des agrégats (*clusters*) – les catégories juridiques – qui se ramifient et dont les contours seront redéfinis au fil du temps⁵⁰.

À la différence du droit de tradition anglaise, la classification civiliste de tradition française offre une résistance au passage du temps, dont elle occulte les effets. Elle ne met pas en évidence la genèse et les transformations successives des catégories et n'oriente pas de manière visible leur évolution future. La doctrine et la jurisprudence civilistes parviennent néanmoins à faire évoluer le droit sous la forme d'une clarification ou d'une mise en cohérence, voire d'une redéfinition des catégories juridiques existantes. Elles « découvrent » à l'occasion une nouvelle catégorie, mais prennent soin de montrer que cette catégorie était déjà présente – quoique de manière latente – dans le droit positif.

S'agissant de la classification des catégories juridiques reconnues et de leur mise en cohérence, les civilistes jouissent d'une liberté que ne partagent pas au même degré les juristes dans la tradition anglaise : les lignées jurisprudentielles qui structurent le droit au sein de cette dernière – et en affirment le caractère évolutif – font obstacle à la synthèse et au regroupement au sein d'une même catégorie, de règles et de recours semblables, mais qui relèvent de différentes lignées. Ainsi, la *common law* et l'*Equity* se côtoient encore aujourd'hui à travers des règles et des recours présentés comme distincts, même s'ils sont susceptibles de s'appliquer de manière complémentaire ou convergente à une même situation factuelle et ce, en dépit du fait que la fusion de la *common law* et de l'*Equity* a été prononcée par voie législative au 19^e siècle⁵¹ ! En droit de tradition anglaise, il arrive d'ailleurs assez fréquemment que des

49. Edward H. LEVI, *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago, University of Chicago Press, 1948, p. 3.

50. Voir Mathieu DEVINAT, *La règle prétorienne en droit civil français et dans la common law canadienne. Étude de méthodologie juridique comparée*, Aix-en-Provence, PUAM, 2005, p. 349 et s.

51. *Supreme Court of Judicature Act, 1873* (R.U.), 35 & 36 Vict., c. 66 ; voir aussi P. BIRKS, « Equity in the Modern Law », *loc. cit.*, note 2 ; « Definition and Division : A Meditation on Institutes 3.13 » dans P. BIRKS (dir.), *The Classification of the Law of Obligations*, *loc. cit.*, note 2, 1 aux pages 14-17. Voir aussi Paul M. PERELL, *The Fusion of Law and Equity*, Toronto, Butterworths, 1990.

régimes juridiques analogues se développent de manière parallèle à partir de lignées jurisprudentielles distinctes⁵². Le réflexe du civiliste, dans un tel cas, serait de synthétiser ces régimes juridiques pour les réduire à un seul régime unifié, se rapportant à l'ensemble des situations factuelles envisagées, ou encore, si certaines différences entre les régimes juridiques considérés semblent le justifier, de délimiter soigneusement leurs champs d'application respectifs en les rattachant à des catégories juridiques distinctes⁵³. Le droit de tradition anglaise offre une résistance structurelle à ces procédés, puisque les catégories que l'on voudrait synthétiser ou reconfigurer de la sorte ne peuvent être aussi facilement dégagées de leurs antécédents historiques et des limites fixées par ces derniers⁵⁴. C'est à travers l'élargissement progressif d'une première catégorie, et l'abandon de la seconde, qu'il est généralement le plus facile de parvenir indirectement à une systématisation du droit. À titre d'exemple, l'élargissement progressif du champ d'application du délit de négligence s'est accompagné de la disparition de plusieurs délits nommés, ce qui a permis d'atteindre une systématisation accrue du droit de la responsabilité civile.

Pour résumer, il serait possible d'affirmer que la représentation mentale que se font les civilistes de la classification des catégories juridiques correspond à un modèle hiérarchique qui part des catégories les plus générales pour se diriger vers les catégories de plus en plus particulières qui leur sont subordonnées. La représentation mentale que se font les common lawyers de la classification des catégories juridiques s'apparente plutôt à une généalogie, les catégories plus anciennes s'étant transformées et ramifiées au fil du temps, pour donner lieu aux catégories telles qu'elles existent aujourd'hui⁵⁵.

52. Voir P. BIRKS, « Equity in the Modern Law : An Exercise in Taxonomy », *loc. cit.*, note 2, 5-6 et G. SAMUEL, *loc. cit.*, note 3, 316 et s.

53. Jean-Louis BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », (1984) *R.T.D. civ.* 225.

54. Voir Stephen WADDAMS, *Dimensions of Private Law. Categories and Concepts in Anglo-American Legal Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, « Introduction : the mapping of legal concepts », p. 2 et s.

55. M.-C. PRÉMONT, *op. cit.*, note 8, p. 25 et s., met en lumière l'importance de la métaphore de l'arbre pour évoquer l'ordonnancement des règles juridiques, sans relever toutefois de différences dans l'emploi de cette métaphore par le droit civil et le droit de tradition anglaise. Or, il nous semble que l'arbre du droit revêt pour les civilistes un caractère figé – une arborescence –, tandis qu'il est bien vivant pour les common lawyers – *a living tree*. Voir René SÈVE, « Introduction », (1986) 31 *Archives de philosophie du droit* 1.

Quelles sont les vertus attendues d'une classification des catégories juridiques : doit-elle se faire le reflet de l'évolution du droit ? Doit-elle représenter sous une forme synthétique et organisée l'état actuel du droit en faisant abstraction de l'histoire ? Nous verrons qu'à peu de choses près, c'est là l'objet d'un important débat chez les taxonomistes depuis Darwin, s'agissant de la classification des espèces vivantes.

2. LA CLASSIFICATION DES ESPÈCES DANS LES SCIENCES NATURELLES

La comparaison du droit et des sciences de la nature n'est pas sans dangers et nous reconnaissons d'emblée qu'il faut avancer sur ce terrain avec prudence⁵⁶. Il importe tout d'abord de souligner la différence de nature entre les objets qu'il s'agit de classer, un organisme vivant dans un cas, une situation factuelle rattachée à un régime juridique dans l'autre. D'ailleurs le droit, à la différence des sciences naturelles, construit dans une très large mesure l'objet à classer⁵⁷. Enfin, le droit a une vocation normative, que n'ont pas les sciences naturelles (même si l'on y a parfois évoqué l'existence de « lois de la nature »).

Il faut ensuite se rappeler que le droit n'atteint jamais (et ne cherche pas à atteindre) l'idéal auquel s'astreint la taxonomie d'une classification univoque, étanche, complète et hiérarchisée de ses catégories. En droit, une même situation factuelle est susceptible de plusieurs qualifications, parce que coexistent plusieurs classifications qui se chevauchent. À titre d'exemple, la classification civiliste des différents contrats nommés ou innomés côtoie celle des contrats synallagmatiques ou unilatéraux, à titre onéreux ou gratuit, d'adhésion ou de gré à gré, etc. Une situation factuelle de nature contractuelle se verra par ailleurs classifiée dans des catégories propres aux obligations en général lorsqu'elle met en jeu le paiement, la compensation, la prescription, etc. C'est donc la question posée, l'enjeu de la consultation ou du litige, qui dirige le juriste vers la classification pertinente afin de susciter l'application du régime juridique approprié. Les professeurs Bergel et Samuel ont bien mis en lumière ces propriétés de la classification juridique⁵⁸.

56. Voir G. SAMUEL, *loc. cit.*, note 4.

57. *Ibid.* ; voir aussi G. SAMUEL, *loc. cit.*, note 3, 312 et s.

58. J.-L. BERGEL, *op. cit.*, note 1, n^{os} 200 et s., p. 227 et s. ; G. SAMUEL, *op. cit.*, note 12, p. 219, 251 et s. Voir aussi S. WADDAMS, *op. cit.*, note 54, p. 230-231 ; (à suivre...)

Même en dépit de ces différences fondamentales entre le droit et les sciences de la nature, il s'avère intéressant, à notre avis, pour les juristes de se pencher sur les débats méthodologiques qui opposent les taxonomistes. C'est ce que nous espérons montrer dans les pages qui suivent.

Le non-initié peut rester sous l'impression que les espèces animales ou végétales se distinguent nettement les unes des autres et qu'il est facile de les différencier au moyen de critères objectifs qui s'imposent d'eux-mêmes à l'observateur attentif. Cependant, il existe des variations au sein d'une même espèce dont il est difficile de déterminer si elles sont significatives et si elles appellent la reconnaissance d'une nouvelle espèce⁵⁹. Certains organismes vivants (en particulier les micro-organismes comme les bactéries) évoluent rapidement, ce qui rend la définition des espèces difficile et instable. Ensuite, la classification des espèces au sein de la hiérarchie très élaborée mise au point par les taxonomistes est loin de faire l'unanimité, et c'est sur cet aspect que nous insisterons ici.

En taxonomie, les espèces sont regroupées au sein de sections, puis de genres, de tribus, de familles, d'ordres, de classes, de divisions et de royaumes – et d'autres regroupements intermédiaires sont ajoutés au besoin⁶⁰. Les espèces elles-mêmes peuvent faire l'objet de divisions en sous-espèces ou variétés⁶¹.

Il existe deux grandes approches possibles à la classification des espèces, qui fondent, à des degrés divers, les principales écoles

(...suite)

Ch. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », (1966) 11(17) *Archives de philosophie du droit* 27, 38.

59. L'espèce constitue l'unité de base de la taxonomie. Or, la définition de l'espèce demeure controversée. Pour les espèces animales, c'est la capacité pour deux individus d'une même espèce de se reproduire ensemble qui permet d'en définir les contours. Cependant, ce critère ne s'applique pas avec certitude dans tous les cas. Ainsi, il peut arriver qu'un individu d'une sous-espèce A puisse se reproduire avec un individu de la sous-espèce B, et que ce dernier individu puisse se reproduire avec un individu de la sous-espèce C, alors que des individus de A et de C sont incapables de se reproduire ensemble. A, B et C forment-elles alors une même espèce ?
60. Cette classification présentée par Alphonse de CANDOLLE, *Lois de la nomenclature botanique*, 2^e éd., Paris, Baillière, 1867 fut adoptée par le Congrès international de botanique tenu à Paris en août 1867.
61. La division d'une espèce en sous-espèces ou variétés permet de mettre en lumière des variations qui ne remettent pas en cause l'unité de l'espèce.

en taxonomie. Ce sont elles qui retiennent particulièrement l'attention, parce qu'elles évoquent l'opposition entre les orientations fondamentales de la classification en droit civil et en droit de tradition anglaise, telles que mises en lumière dans la première partie de ce texte. Il s'agit de l'approche phénétique, d'une part (2.1), et de l'approche phylogénique, de l'autre (2.2).

2.1 L'approche phénétique

On considère généralement que c'est le botaniste suédois Linné qui a établi les bases de la taxonomie moderne dans son ouvrage *Systema naturae*, publié en 1758. Linné mit au point la nomenclature binomiale encore en usage aujourd'hui (nom latin à deux termes, dont le premier terme désigne le genre et le deuxième, un attribut du premier, permet d'identifier l'espèce, par exemple *ursus arctos*)⁶². La classification des espèces proposée par Linné comportait sept niveaux : royaume, division, classe, ordre, famille, genre et espèce⁶³. Le système de Linné fut développé dans les décennies qui suivirent par des botanistes tels que Augustin-Pyramus de Candolle, à qui l'on attribue le premier usage du terme « taxonomie », ainsi que Cuvier, qui jeta les bases de la zoologie et de la classification des animaux. Les naturalistes du 18^e siècle, stimulés par les voyages d'exploration qui firent découvrir aux Européens une multitude de plantes et d'animaux jusque-là inconnus, s'intéressèrent également à l'histoire naturelle, c'est-à-dire l'histoire de la Terre et des espèces vivantes⁶⁴.

Influencés par la philosophie d'Aristote, les pionniers de la taxonomie moderne cherchèrent à déterminer quelle était la nature essentielle de chaque espèce à classer. Ils voulurent identifier, pour chaque espèce, un ou plusieurs caractères permettant de la différencier avec certitude d'une espèce voisine. Ils s'attachèrent ensuite à regrouper ces espèces au sein de catégories plus larges, elles aussi définies par un caractère essentiel les distinguant de catégories voisines, et ainsi de suite. Influencés par la théologie chrétienne, ils affirmaient leur conviction que chaque espèce avait

62. Voir George G. SIMPSON, *Principles of Animal Taxonomy*, New York, Columbia University Press, 1961, p. 12-13.

63. *Ibid.*, p. 16.

64. Voir Lois A. ABBOTT, Frank A. BISBY et David J. ROGERS, *Taxonomic Analysis in Biology : Computers, Models and Databases*, New York, Columbia University Press, 1985, p. 11.

été créée par Dieu, suivant un ordre qu'il leur incombait de découvrir⁶⁵.

L'ensemble de cette démarche se fondait sur une observation minutieuse des êtres vivants à classer, et ce, sous plusieurs aspects : morphologie, habitat, comportement. Cet examen tenait compte des différents stades de développement et des caractéristiques des deux sexes des organismes étudiés. Une telle approche, fondée sur l'observation des caractères de l'être vivant à identifier, dans le but tout d'abord de le rattacher à une espèce existante ou à définir, puis ensuite de parvenir à la classification de cette espèce au sein des catégories plus larges du système taxonomique, est désignée comme *l'approche phénétique*⁶⁶.

Les premiers taxonomistes s'émerveillèrent de découvrir à la fois tant de diversité et de régularité dans la nature et de parvenir, malgré quelques difficultés, à classer les nouvelles espèces découvertes au sein des catégories plus larges qu'ils avaient constituées. Ce travail permettait de mettre en lumière les parentés entre diverses espèces provenant, dans certains cas, des quatre coins du monde⁶⁷. Plusieurs d'entre eux croyaient découvrir le plan magistral de l'œuvre divine de création. Même le grand public était fasciné par les travaux et les découvertes des taxonomistes des 18^e et 19^e siècles⁶⁸.

En 1859, dans son œuvre célèbre *On the Origin of Species*, Darwin s'attaqua directement à la thèse de la création divine des

65. Mark RIDLEY, *Evolution and Classification. The Reformation of Cladism*, London, Longman, 1986, p. 98 et s.

66. L.A. ABBOTT, F.A. BISBY et D.J. ROGERS, *op. cit.*, note 64, p. 417 et s.

67. Par exemple A. de CANDOLLE, *op. cit.*, note 60, affirmait au milieu du 19^e siècle qu'on « peut croire que [...] nous sommes ainsi assez près de connaître tous les genres qui existent. Évidemment, rien n'est plus rare aujourd'hui qu'un genre nouveau proposé, et surtout admis, dans les flores de l'hémisphère boréal hors des tropiques. Il y aura encore quelque temps des remaniements, surtout des transformations de genres en sections ou de sections en genres mais si l'on en juge d'après les flores d'Europe, ces mutations auront aussi un terme. Par là une grande source de synonymes d'espèces sera tarie ».

68. Voir Edward LURIE, « Editor's Introduction », dans Louis AGASSIZ, *Essay on Classification*, Cambridge, Harvard University Press, 2004. Agassiz était un naturaliste suisse, étudiant de Cuvier et protégé de von Humboldt, qui quitta l'Europe pour les États-Unis où il connut une brillante carrière. Il s'opposa à la théorie de Darwin en réaffirmant avec force la thèse créationniste dans *Essay on Classification*, un ouvrage qui fut publié en 1859, la même année que l'ouvrage célèbre de Darwin. Agassiz était très apprécié du grand public américain et compta même Oliver Wendell Holmes parmi ses admirateurs.

espèces⁶⁹. Il montra que les espèces étaient toujours le résultat d'une évolution et que le cours de cette évolution était déterminé par la sélection naturelle. Même les espèces existantes aujourd'hui sont appelées demain à évoluer ou à disparaître. Pour Darwin, la théorie de l'évolution apportait une explication autrement plus convaincante aux découvertes des naturalistes que la thèse de la création divine. Cette théorie venait d'ailleurs corroborer la validité des meilleures méthodes mises au point par les taxonomistes pour identifier et classer les êtres vivants. À noter que Darwin n'entendait pas remettre en question de manière générale la taxonomie telle qu'elle était pratiquée à son époque, ni la validité des classifications établies. Il s'est plutôt attaché à démontrer que la théorie de l'évolution permettait d'expliquer pourquoi cette classification avait été possible et quels étaient la cause et le sens véritables des régularités observées⁷⁰. D'ailleurs, Darwin n'a pas été le premier à proposer une théorie de l'évolution des espèces : plusieurs aspects de celle-ci avaient été décrits avant lui, notamment par les naturalistes français Buffon et Lamarck.

Comme on sait, la théorie de l'évolution allait recevoir l'adhésion de la communauté scientifique dans son ensemble. Cependant, cette théorie allait aussi placer les taxonomistes devant un dilemme possiblement insurmontable. En effet, ils seraient divisés dorénavant sur la question de savoir si la classification des êtres vivants doit avant tout représenter les ressemblances et les différences observées chez les espèces, suivant l'approche phénétique décrite précédemment, ou si elle doit se faire le reflet fidèle de l'évolution, suivant une deuxième et nouvelle approche, dite *phylogénique*. Nous reviendrons plus en détail sur l'approche phylogénique dans la prochaine partie. Précisons néanmoins dès maintenant quelles sont les sources des conflits qui sont apparus entre ces deux appro-

69. Charles DARWIN, *The Origin of Species by Means of Natural Selection, or, The Preservation of Favoured Races in the Struggle for Life*, New York, New American Library, 1958.

70. *Ibid.*, p. 355 :
All the forgoing rules and aids and difficulties in classification are explained, if I do not greatly deceive myself, on the view that the natural system is founded on descent with modification ; that the characters which naturalists consider as showing true affinity between any two or more species, are those which have been inherited from a common parent, and, in so far, all true classification is genealogical ; that community of descent is the hidden bond which naturalists have been unconsciously seeking, and not some unknown plan of creation, or the enunciation of general propositions, and the mere putting together and separating objects more or less alike.

ches, et pourquoi certains taxonomistes continuent d'adhérer à l'approche phénétique, sans pour autant remettre en question la validité de la théorie de l'évolution.

Comme l'a fait observer Darwin, une même espèce peut évoluer différemment dans des milieux différents, ce qui conduit éventuellement à l'apparition de nouvelles espèces dérivées de la première, qu'on dit alors apparentées⁷¹. L'une de ces espèces peut à son tour donner naissance à de nouvelles espèces, et ainsi de suite. L'approche phylogénique conduit à privilégier une classification permettant de regrouper, au sein d'une catégorie de niveau supérieur, les deux espèces qui partagent l'ancêtre commun le plus rapproché. Les espèces qui partagent un ancêtre commun plus éloigné seront classifiées ensemble dans une catégorie de niveau encore supérieur, et ainsi de suite⁷². Le but de l'approche phylogénique est ainsi de s'assurer que la classification établie reflète l'origine et l'évolution des espèces.

Dans bien des cas, les approches phénétique et phylogénique permettent d'établir la même classification, car des espèces apparentées sont plus susceptibles de partager les mêmes caractères que des espèces non apparentées. C'est pourquoi la classification établie suivant l'approche phénétique a pu être largement validée par Darwin et par les taxonomistes qui, après Darwin, ont adhéré à l'approche phylogénique⁷³.

Deux phénomènes, d'ailleurs décrits par Darwin, sont toutefois à l'origine de conflits entre l'approche phénétique et l'approche phylogénique : il s'agit d'une part de l'adaptation convergente d'espèces non apparentées et, d'autre part, de l'évolution divergente d'espèces apparentées à des rythmes différents⁷⁴. L'*adaptation convergente* se produit lorsque des espèces non apparentées, c'est-à-dire éloignées l'une de l'autre du point de vue de leurs origines, partagent un même milieu de vie, et que cela entraîne chez ces deux espèces des adaptations au terme desquelles elles en viennent

71. C. DARWIN, *op. cit.*, note 69, p. 385.

72. « In a phylogenetic system, the various categories could be defined in relation to the various degrees of remoteness of this common ancestral species, measured in years or in generations ; it is, in fact, the only type of classification which offers the possibility of really objective criteria for supra-specific categories » : Roy A. CROWSON, *Classification and Biology*, Toronto, Heinemann Educational, 1970, p. 95.

73. Voir G.G. SIMPSON, *op. cit.*, note 62, p. 4 ; R.A. CROWSON, *ibid.*, p. 97.

74. M. RIDLEY, *op. cit.*, note 65, p. 4-5.

à posséder plusieurs caractères communs. Dans ce cas, l'approche phénétique tend vers une classification qui rapproche ces deux espèces au sein d'une même catégorie d'ordre supérieur, afin de mettre en lumière leurs caractères communs, tandis que l'approche phylogénique tend plutôt vers une classification qui sépare ces deux espèces, se faisant ainsi le reflet de la diversité de leurs origines.

Le deuxième phénomène qui donne lieu à un conflit entre l'approche phénétique et l'approche phylogénique concerne des espèces apparentées dont *l'évolution divergente ne se poursuit pas au même rythme*. L'une des espèces connaît une évolution beaucoup plus rapide que celle à laquelle elle est apparentée, ce qui entraîne sa différenciation beaucoup plus marquée de leur ancêtre commun. Dans cette situation, il est possible que l'espèce qui a évolué plus rapidement et celle avec laquelle elle partage l'ancêtre commun le plus rapproché comportent moins de caractères communs que n'en ont l'espèce qui a évolué plus lentement et une autre espèce avec laquelle ces deux premières partagent un ancêtre commun plus éloigné. Illustrons cette situation à l'aide d'un exemple souvent cité dans la littérature, et qui concerne le groupe des serpents et lézards (*squamata*), celui des crocodiles (*crocodylia*) et celui des oiseaux (*aves*). Il a été établi que ce sont les crocodiles et les oiseaux qui partagent l'ancêtre commun le plus rapproché. Cet ancêtre commun est lui-même issu d'un ancêtre commun avec les serpents et lézards. Or, tant les serpents et lézards que les crocodiles ont connu une évolution relativement lente, ce qui explique leur très grande proximité au plan phénétique. Ils ont d'ailleurs été classifiés ensemble par les taxonomistes dans la classe des reptiles (*reptilia*), alors que les oiseaux forment une classe à part (*aves*). En effet, les oiseaux, ayant connu une évolution divergente comparativement plus rapide et importante, sont plus éloignés, du point de vue phénétique, des crocodiles que ces derniers ne le sont des serpents et lézards. Pourtant, au plan phylogénique, les oiseaux sont plus proches des crocodiles, que les crocodiles ne le sont des serpents et lézards. Suivant l'approche phylogénique, il faudrait donc classier les crocodiles avec les oiseaux plutôt qu'avec les serpents et lézards. Chaque approche conduit à une classification différente de ces trois groupes les uns par rapport aux autres⁷⁵.

Sans remettre en cause la validité de la théorie de l'évolution, plusieurs taxonomistes contemporains rejettent la prétention vou-

75. R.A. CROWSON, *op. cit.*, note 72, p. 96.

lant que la taxonomie doit se faire le reflet fidèle de l'évolution et préconisent le maintien au moins partiel de l'approche phénétique, en faisant valoir les arguments suivants. Tout d'abord, l'évolution des espèces n'est pas connue avec certitude, loin de là. Pour cette raison, la classification risque d'être instable, si elle doit être adaptée sans cesse aux dernières théories sur l'évolution⁷⁶. En deuxième lieu, la taxonomie établie sur une base phénétique peut contribuer à confirmer ou mettre en doute les théories mises de l'avant par les chercheurs qui travaillent sur l'évolution. À l'inverse, une classification des espèces qui ne ferait que se mouler sur les dernières hypothèses en matière d'évolution ne pourrait plus jouer ce rôle et risquerait d'enfermer les scientifiques dans une démarche circulaire⁷⁷. En troisième lieu, les partisans de l'approche phénétique soulignent que la taxonomie permet de regrouper et de systématiser l'ensemble des connaissances disponibles sur tous les êtres vivants afin de répondre aux besoins de plusieurs branches de la biologie, et non seulement à ceux des biologistes qui étudient l'évolution⁷⁸. L'approche phénétique permet à la taxonomie de refléter les caractéristiques actuelles des espèces vivantes, de la manière la plus exacte et systématique possible. Une taxonomie qui suit cette approche serait plus polyvalente et riche en information ; ainsi, elle répondrait davantage aux besoins de l'ensemble des biologistes, et notamment à ceux des écologistes et des agronomes⁷⁹.

En revanche, l'approche phénétique a été critiquée pour son manque d'objectivité. Selon les caractères sélectionnés par le taxonomiste pour définir chaque espèce et chaque groupe de niveau supérieur, la classification est susceptible de changer. À ce titre, il est intéressant de noter que même avant Darwin, les taxonomistes avaient identifié certains caractères comme étant plus significatifs que d'autres, parce que plus stables⁸⁰. Les caractères susceptibles

76. L.A. ABBOTT, F.A. BISBY et D.J. ROGERS, *op. cit.*, note 64, p. 17.

77. M. RIDLEY, *op. cit.*, note 65, p. 14-16, fait état de cette critique, sans toutefois y adhérer.

78. L.A. ABBOTT, F.A. BISBY et D.J. ROGERS, *op. cit.*, note 64, p. 12 et s. Pour une réponse à cet argument : M. RIDLEY, *op. cit.*, note 65, p. 84 : « The classification may have high information content, but it is not informative : it is ambiguous : you cannot extract the information that was put in. » Voir aussi G.G. SIMPSON, *op. cit.*, note 62, p. 26-27.

79. L.A. ABBOTT, F.A. BISBY et D.J. ROGERS, *op. cit.*, note 64, p. 14 et s. ; voir aussi N.R. SCOTT-RAM, *op. cit.*, note 9, p. 15, qui fait état de ce point de vue sans y adhérer.

80. Ainsi, l'apparente similarité des ailes de la chauve-souris et de celles de l'oiseau est très peu significative, alors qu'il en est tout autrement de la morphologie (à suivre...)

de variations importantes, comme la couleur de la fleur ou la dimension de l'organisme à classer, avaient été écartés ou relégués au second rang. Les caractères qui présentaient une forte corrélation avec d'autres caractères propres à l'espèce ou au groupe étaient, quant à eux, jugés plus significatifs. Or, les caractères plus stables et ceux présentant une forte corrélation avec d'autres caractères typiques de l'espèce sont également ceux qui sont jugés les plus pertinents suivant l'approche phylogénique, car ce sont généralement des caractères plus anciens qui permettent de mettre en lumière les liens de parenté entre les espèces. C'est ainsi qu'avant même la réception de la théorie de l'évolution, le système de classification mis au point par les taxonomistes suivant une approche essentiellement phénétique intégrait inconsciemment des éléments de l'approche phylogénique⁸¹. À cet égard, le dilemme que pose le phénomène de convergence décrit ci-dessus trouve dans plusieurs cas sa résolution au profit de l'approche phylogénique, parce que même les taxonomistes partisans de l'approche phénétique sont susceptibles d'écartier comme moins pertinents les caractères adaptatifs provenant d'une évolution convergente, ces derniers étant jugés moins stables et moins « typiques » de l'espèce étudiée.

À partir des années 1950, l'informatique a ouvert de nouvelles possibilités pour la taxonomie, puisqu'il est maintenant possible de coder chacun des caractères, puis de mesurer le degré de ressemblance entre les espèces à partir d'un grand nombre de caractères présents chez un grand nombre d'espèces. Certains taxonomistes ont alors proposé de classer les espèces sur la base d'une approche phénétique pure, en tenant compte de tous les caractères qu'il est possible de recenser dans un ensemble d'espèces donné, sans effectuer de discrimination entre ces caractères, et ce, dans le but d'écartier toute subjectivité dans le choix des caractères et l'importance qui leur est attribuée⁸².

(...suite)

semblable de l'aile de la chauve-souris et de la main de l'homme. Cet exemple est souligné par Darwin, citant les travaux de Geoffroy St-Hilaire (*op. cit.*, note 69, p. 364).

81. Comme l'affirmait Darwin, « [t]he terms used by naturalists of affinity, relationship, community of type, paternity, morphology, adaptive characters, rudimentary and aborted organs, etc., will cease to be metaphorical, and will have a plain signification » (*op. cit.*, note 69, p. 395). Voir aussi M. RIDLEY, *op. cit.*, note 65, p. 98 et s.

82. Il s'agit de la taxonomie numérique, une méthode mise de l'avant par Robert R. SOKAL et Peter H.A. SNEATH, *Principles of Numerical Taxonomy*, San Francisco, (à suivre...)

Plusieurs taxonomistes sont néanmoins d'avis que la seule classification véritablement objective serait celle qui refléterait, le plus exactement possible, l'évolution des espèces⁸³.

2.2 L'approche phylogénique

Une école a largement dominé la taxonomie durant le siècle qui a suivi la parution du célèbre ouvrage de Darwin : il s'agit de l'école des taxonomistes dits évolutionnistes⁸⁴. Pour les tenants de cette école, il faut corriger la classification mise en place par les taxonomistes pré-darwiniens en tenant compte des données disponibles sur l'évolution des espèces. La classification devrait tendre dorénavant à refléter cette évolution. Cela ne signifie pas, comme nous venons de le voir, que toute considération des caractères propres à chaque espèce est exclue. Bien au contraire, il convient de déterminer, parmi ces caractères, ceux qui sont le meilleur indicateur de l'évolution et fonder la classification sur de tels caractères, en excluant les autres de l'analyse⁸⁵. Ainsi, le problème de convergence se trouve écarté, puisque les caractères issus d'une adaptation convergente sont de mauvais indicateurs de l'évolution qu'il convient de ne pas prendre en considération⁸⁶.

En revanche, les taxonomistes évolutionnistes ont traditionnellement tranché le second conflit, occasionné par l'évolution divergente d'espèces apparentées à des rythmes différents, en faveur de l'approche phénétique. En effet, ces taxonomistes trouvaient plus significatif, au regard même de la théorie de l'évolution, que la classification reflète l'évolution rapide et la forte différenciation

(...suite)

W.H. Freeman, 1963. Voir aussi L.A. ABBOTT, F.A. BISBY et D.J. ROGERS, *op. cit.*, note 64. Cette école est critiquée notamment par R.A. CROWSON, *op. cit.*, note 75, p. 196 et s., ainsi que M. RIDLEY, *op. cit.*, note 65, p. 13 et 35 et s.

83. Par exemple R.A. CROWSON, *op. cit.*, note 72, p. 95.

84. Voir N.R. SCOTT-RAM, *op. cit.*, note 9, p. 4. Deux des ouvrages classiques de cette école sont Ernst MAYR, *Principles of Systematic Zoology*, New York, McGraw-Hill, 1969 et G.G. SIMPSON, *op. cit.*, note 62.

85. « From the point of view of Aristotelean [phenetic] classification, an important character is easily defined as one, similarities or differences in respect of which are correlated with similarities or differences in respect of many other characters, but this definition is not always a satisfactory measure of importance from the point of view of phylogenetic classification. For the phylogenetist, an important character would better be defined as one, a change in respect of which characterised an important step in evolutionary history » : G.G. SIMPSON, *op. cit.*, note 62, p. 75. Voir aussi M. RIDLEY, *op. cit.*, note 65, p. 7.

86. G.G. SIMPSON, *op. cit.*, note 62, p. 113 ; R.A. CROWSON, *op. cit.*, note 75, p. 22.

d'une espèce par rapport aux espèces voisines, que leurs degrés de parenté respectifs⁸⁷.

Même s'il existe plusieurs sources d'information qui permettent de retracer les étapes de l'évolution conduisant à l'apparition des espèces telles qu'elles existent aujourd'hui – notamment les données révélées par la paléontologie et celles révélées par la génétique – la première source d'information à ce sujet demeure l'étude minutieuse des caractères que présentent les espèces vivantes et de leurs corrélations. L'observation des espèces suivant l'approche phénétique constitue donc toujours un aspect essentiel pour les biologistes qui étudient l'évolution⁸⁸.

Même en supposant une connaissance parfaite de l'évolution (qui n'existe pas à ce jour), l'approche phylogénique suppose de construire une classification des espèces *actuelles* à partir des données sur leur évolution *passée*. La manière dont il faut calquer la première sur les données de la seconde n'est pas sans poser certaines difficultés d'ordre méthodologique⁸⁹. Par ailleurs, l'évolution agit en réalité sur les individus et non sur les espèces. Encore là, il y a certaines difficultés à vouloir traduire l'évolution telle qu'elle affecte les individus par la classification d'espèces dont la composition se renouvelle sans cesse. En somme, il ne semble pas possible d'affirmer que l'approche phylogénique donne lieu à une seule classification possible.

Dans les années 1970, plusieurs taxonomistes ont néanmoins adhéré à une forme d'approche phylogénique pure, en proposant

87. M. RIDLEY, *op. cit.*, note 65, p. 29 :

Evolution has two aspects : the order of splitting and the rate of divergence. [...] If splitting and divergence both take place at approximately constant rates, there is no difficulty. [...] The paradox arises if divergence and splitting do not take place at constant rates. [...] Classification by order of splitting puts a crocodile with a bird ; classification by degree of divergence separates the bird from the group of crocodile and lizard. [...] When the different aspects of evolution disagree, evolutionary taxonomists have to decide which to represent. They have indeed decided. They have consistently chosen to classify groups according to their degree of divergence, not order of splitting.

Il ajoute, à la page 30 : « The difficulty with this argument is that it applies as strongly to convergence as it does to differential divergence : for convergence is a real part of evolution too. »

88. R.A. CROWSON, *op. cit.*, note 75, p. 98.

89. Voir Alec L. PANCHEN, *Classification, Evolution and the Nature of Biology*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, ch. 2, « Patterns of Classification » ; N.R. SCOTT-RAM, *op. cit.*, note 9, p. 13 et s. ; R.A. CROWSON, *op. cit.*, note 72, p. 98, 247 et s.

que seuls les embranchements successifs de la création progressive des espèces soient représentés par la classification, sans tenir compte d'aucune façon de la proximité phénétique entre les espèces⁹⁰. L'informatique a ouvert de nouvelles possibilités aux partisans de cette école. À l'aide de modèles informatiques qui tiennent compte de la corrélation de différents caractères et de leur présence ou absence chez diverses espèces, il serait possible d'identifier les caractères les plus anciens, puis de reconstituer les liens de parenté les plus probables entre les espèces. Cette méthode met également à contribution les données génétiques.

En conclusion, il existe en taxonomie deux grandes approches à la classification des espèces qui sont en partie convergentes, mais qui sont également source de conflits irréductibles dans certaines hypothèses. Les écoles les plus classiques, soit l'école des taxonomistes pré-darwiniens et celle des taxonomistes évolutionnistes qui lui a succédé, combinent, à des degrés divers, ces deux approches en réglant les situations de conflit tantôt dans un sens, tantôt dans l'autre. Les taxonomistes de ces deux écoles avaient le souci que la classification obtenue soit la plus « naturelle » possible, c'est-à-dire qu'elle se fasse le reflet de la réalité dans ses aspects les plus significatifs aux yeux de ces taxonomistes⁹¹. Il s'est avéré que cette « réalité » dont il s'agissait de rendre compte comporte deux aspects jugés dignes d'intérêt : les régularités ou discontinuités observées chez les espèces étudiées et les données sur leur évolution passée⁹².

90. Il s'agit de l'école systématique phylogénétique ou cladisme. Cette école se fonde sur les travaux de Willi HENNIG (*Phylogenetic Systematics*, Chicago, University of Illinois Press, 1966). Voir M. RIDLEY, *op. cit.*, note 65, p. 46 et s. et R.A. CROWSON, *op. cit.*, note 75, qui adhèrent à cette école.

91. « In specific instances it can well be questioned whether the order so achieved is an objective characteristic of the phenomena or is an artefact constructed by the scientist. [...] Nevertheless, the most basic postulate of science is that nature itself is orderly. In taxonomy as in other sciences the aim is that the ordering of science shall approximate or in some estimable way reflect the order of nature » : G.G. SIMPSON, *op. cit.*, note 62, p. 5.

92. M. RIDLEY, *op. cit.*, note 65, p. 14, oppose ainsi les taxonomistes qui s'attardent au *pattern* et ceux qui s'intéressent au *process*. R.A. CROWSON, *op. cit.*, note 72, considère quant à lui qu'il existe deux approches fondamentalement différentes aux sciences de la nature : *natural philosophy* et *natural history* (p. 3 et s.). Geoffrey SAMUEL, « Classification of obligations and the impact of constructivist epistemologies », (1997) 17 *L.S.* 448, a affirmé pour sa part : « The diachronic (historical and evolutionary) versus the synchronic (direct and timeless) is a central debate in epistemology and it is by no means a simple dichotomy to resolve. »

Par ailleurs, plusieurs taxonomistes contemporains, en quête d'une plus grande objectivité et désirant se prévaloir des possibilités nouvelles offertes par la génétique et l'informatique, ont proposé de mettre au point des méthodes de classification découlant soit d'une approche phénétique pure (à partir du codage de tous les caractères, sans discrimination), soit d'une approche phylogénique pure (discrimination entre les caractères et simulation de la différenciation progressive des espèces).

Pour en revenir au droit, il faut bien admettre que les juristes, à la différence des taxonomistes, ont peu réfléchi aux objectifs et aux enjeux de la classification des catégories juridiques, aux approches qui pourraient être suivies, ainsi qu'aux difficultés méthodologiques rencontrées⁹³. De prime abord, pour recourir à une métaphore taxonomique, il semble bien qu'une approche « phénétique » soit plus naturelle en droit civil, tandis qu'une approche « phylogénique » le soit davantage en common law⁹⁴. Cependant, cela n'enlève rien à la pertinence que peut revêtir, en droit civil, l'étude historique des catégories juridiques afin d'en expliquer les contours actuels⁹⁵, ni à l'importance pour le droit de tradition anglaise de surmonter à l'occasion les contraintes découlant de l'évolution passée pour parvenir à une meilleure systématisation du droit actuel⁹⁶. Il serait intéressant que les juristes des deux traditions réfléchissent aux mérites respectifs de ces deux grandes approches et à la manière dont elles peuvent être exploitées en droit⁹⁷.

CONCLUSION

Toutes les sciences vivent leurs incertitudes, mais parviennent généralement à projeter au dehors une impression d'objectivité (à l'exception notable de la philosophie, qui se refuse au dehors à de telles prétentions), procurant ainsi un faux sentiment de sécurité au profane qui se fonde sur ces sciences pour diriger ses actions.

93. Voir pourtant : Roscoe POUND, « Classification of Law », (1924) *Harv. L. Rev.* 933.

94. Voir C. GREY, *loc. cit.*, note 30, 29-30.

95. P. ex. Michelle CUMYN, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002.

96. P. ex. : Frederick POLLOCK, « Divisions of Law », (1894) 8 *Harvard L. Rev.* 187 ; Stephen A. SMITH, « Review Article. Taking law seriously », (2000) *U.T.L.J.* 241.

97. Dans ce sens : Geoffrey SAMUEL, « Ex Facto Ius Oritur », (1989) 8 *C.J.Q.* 53 ; Christian ATIAS, *Épistémologie juridique*, Paris, P.U.F., 1985 ; George P. FLETCHER, « Truth in Codification », (1998) 31 *U.C. Davies L. Rev.* 745.

Le droit n'échappe pas à ce constat. Certains non-juristes sont à ce point convaincus de la certitude du droit, qu'ils sont étonnés d'apprendre que le droit puisse même constituer un objet de recherche universitaire. Il semblerait bien qu'à force de travail et d'imagination, il soit possible d'accroître la certitude du droit et, par le fait même, la sécurité des justiciables, sans que ces objectifs ne puissent jamais être atteints dans l'absolu. La méthodologie juridique mérite toute notre attention, parce qu'il y a encore beaucoup à faire pour mieux comprendre et cerner la dynamique complexe du raisonnement juridique. À cet égard, la méthodologie juridique comparée est riche en enseignements, comme l'est également, nous espérons l'avoir montré, l'exploration de la méthodologie des autres sciences.