

LA BONNE FOI EN DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL UNIFORME À LA LUMIÈRE DU PARADIGME CULTUREL DU DÉVELOPPEMENT

Louis Marquis

Volume 26, numéro 2, 1996

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1108143ar>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12868>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)

2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Marquis, L. (1996). LA BONNE FOI EN DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL UNIFORME À LA LUMIÈRE DU PARADIGME CULTUREL DU DÉVELOPPEMENT. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 26(2), 247–299. <https://doi.org/10.17118/11143/12868>

**LA BONNE FOI EN
DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL UNIFORME
À LA LUMIÈRE DU PARADIGME CULTUREL
DU DÉVELOPPEMENT**

par Louis MARQUIS*

SOMMAIRE

INTRODUCTION	249
I- MOTIVATIONS ET MÉTHODOLOGIE	250
a) Motivations	250
b) Orientations méthodologiques	257
II- LA PENSÉE DU DROIT UNIFORME	260
a) le contexte de découverte	260
i) une pensée métaphysique : l'argument de la bonne foi	261
ii) une pensée analytique : l'autonomie de la volonté	265
iii) une pensée simplificatrice : la convergence juridique	269
b) le contexte de justification	273
III- DROIT UNIFORME ET CONCEPTION CULTURELLE	280
a) Description du paradigme	280
b) Les lacunes de la pensée du droit uniforme et les bases de sa révision	285
i) une pensée dialectique	285
ii) une pensée systémique	286

*. Vice-doyen à la recherche à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

iii)	une pensée complexe	287
iv)	une pensée finaliste	289

IV-	UNE NOUVELLE REPRÉSENTATION DU DROIT UNIFORME	290
a)	le contexte de découverte	290
i)	la pensée dialectique : l'argument du relationnalisme	290
ii)	la pensée systémique : l'argument du bien commun	292
iii)	la pensée complexe : l'argument du «monde» .	294
b)	le contexte de justification	295
	CONCLUSION	297

INTRODUCTION

À l'instar d'autres domaines, le droit commercial international uniforme¹ est actuellement le lieu d'une recherche des idées qui pourraient expliquer et justifier l'existence de la bonne foi. Cette poursuite du sens de la bonne foi s'avère légitime en raison de l'importance, du moins en apparence, accordée au principe.

Les idées mises de l'avant dans la recherche du sens de la bonne foi prennent à peu près l'allure des exemples suivants, qui concernent l'article 7 de la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*.² Pour un, V. Heuzé comprend la bonne foi «comme une invitation à introduire une certaine souplesse dans l'application des règles conventionnelles, un peu à la manière de ce qu'autorise, en droit français, la théorie de l'abus de droit».³ B. Audit voit dans la bonne foi un principe particulièrement pertinent dans les cas de déséquilibre contractuel.⁴ B. Bonnell favorise une interprétation dite large de la bonne foi, élaborée «in the light of the special conditions and requirements of international trade».⁵ De leur côté, F. Enderlein et D. Maskow réservent un rôle restreint à la bonne foi. Selon ces derniers, «*observance of the principle of good faith means to display such conduct as is normal among businessmen*».⁶ Ils ajoutent que «no exaggerated demands can be made, and observance of good faith does in no way necessarily include the establishment of material justice between the contracting parties».⁷ Enfin, G. Flécheux affirme, dans une étude sur les obligations à la charge de l'acheteur,

-
1. Ci-après appelé «droit uniforme».
 2. 11 avril 1980, Doc. NU A/CONF.97/18, Annexe I (1980). Ci-après appelée, Convention de Vienne ou C.v.i.m.
 3. V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, Paris, GLN Joly, 1992 à la p. 79.
 4. B. Audit, *La vente internationale de marchandises. Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, Paris, L.G.D.J., 1990 à la p. 49.
 5. M.J. Bonnell, «Interpretation of Convention» dans *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milan, Giuffrè, 1987 à la p. 87.
 6. F. Enderlein et D. Maskow, *International Sales Law*, New York, Oceana, 1992 à la p. 56.
 7. *Ibid.*

qu'«il restera toujours l'obligation de bonne foi»,⁸ laissant de la sorte sous-entendre qu'il ne s'agit pas là d'un principe marginal.

Le but de ce texte est de contribuer à cette poursuite du sens de la bonne foi. J'entends cependant réaliser cette contribution d'une façon et dans une perspective différentes de celles des auteurs mentionnés précédemment. Quant à la façon, mon objectif consiste à mettre en lumière les principes de *pensée* qui sous-tendent le droit uniforme. Cette mise en lumière part de la conviction que le sens de la bonne foi ne saurait vraiment se construire sans la prise en compte de considérations qui appartiennent à ce qui pourrait être appelé la «conscience» ou «l'esprit» du droit uniforme. Quant à la perspective, je désire la mettre à l'enseigne de l'étonnement et du questionnement. En l'occurrence, étonnement et questionnement à l'égard du droit uniforme seront inspirés du paradigme culturel du développement. C'est ainsi que, dans une première partie, j'expliquerai les motivations et les orientations méthodologiques à la base de ma contribution (I). Par la suite, je procéderai à une reconstitution de la pensée du droit uniforme (II), et en exposerai les lacunes (III). Cela me permettra, finalement (IV), de proposer une nouvelle représentation du droit uniforme et de mesurer la place qu'elle réserve à la bonne foi pour l'avenir.

I- MOTIVATIONS ET MÉTHODOLOGIE

a) Motivations

D'entrée de jeu, je soumets que le moment est venu d'intégrer la bonne foi et le droit uniforme dans une réflexion plus globale et fondamentale. Cette réflexion, qui consisterait à définir une conception du bien destinée à répondre aux aspirations des temps actuel et futur, s'impose pour des raisons d'ordre général et d'autres plus spécifiques à la commercialité.

De façon générale, la nécessité d'une définition du bien provient des questions nouvelles suscitées par des problématiques au sujet desquelles les sciences humaines apparaissent quelque peu démunies. Ces questions nouvelles

8. G. Flécheux, «Les obligations de l'acheteur» dans *La Convention de Vienne sur la vente internationale et les Incoterms*, Paris, L.G.D.J., 1989 à la p. 141.

concernent à la fois les rapports de l'être humain envers lui-même et ses semblables, ainsi que les rapports entre l'être humain et la nature.⁹

La première problématique provient de la prise de conscience que l'action humaine dispose désormais d'un champ de possibilités quasi illimité. Cette liberté résulte de l'effet cumulatif des progrès scientifiques et technologiques et de l'accroissement de la richesse matérielle. Elle permet à l'être humain de créer, avec une intensité et une rapidité inégalées, du savoir. Mais celui-ci est-il maîtrisé, bon, ou correct? La question appelle des réponses pour le moins controversées. Dans un contexte où même les frontières du possible sont en voie de dépassement ou de pouvoir l'être, la controverse n'est pas quelque chose d'anormale. Indépendamment de l'issue, il y est cependant acquis que l'action humaine ne peut ménager ses efforts afin d'identifier les repères qui lui permettront de s'orienter et d'établir des priorités.

La seconde problématique provient, notamment, des conséquences incontrôlées de certaines facettes de l'action humaine telle qu'elle se réalise actuellement. Une évidence, inédite dans le temps et l'espace, s'impose : le savoir et le pouvoir acquis par l'être humain afin de satisfaire ses besoins et d'assurer son bonheur sont progressivement devenus des menaces potentielles à sa survie ou, à tout le moins, à son sain épanouissement. D'une part, l'accroissement de la connaissance semble aller de pair avec celui du désir de posséder des choses, autant matérielles qu'immatérielles. En fait, connaissance et sphère des désirs s'activent réciproquement. Il en résulte une interaction dont le résultat va bien au-delà du simple comblement des besoins vitaux. D'autre part, ce savoir se dresse en face à face avec la nature, une confrontation rendue possible par la scission cartésienne entre la faculté pensante de l'être humain et le restant de son univers. Cela permet à l'humain, d'abord, de s'exclure du système naturel et, ensuite, de s'en approprier le contenu. Si la conjonction des éléments précédents a pu constituer une forme de progrès dans le passé, les abus qu'elle a engendrés ne laissent d'autre choix que de la réorienter vers des avenues de *développement plus durable*.

9. Pour un propos fort éclairant sur le sujet, voir J.A. Wojciechowski, «La modernité et le progrès du savoir», communication présentée au Colloque intitulé *Ruptures de la modernité. Les imaginaires du temps présent*, Département de sociologie, Université Paul Valéry, Montpellier, 15-17 décembre 1994. Une synthèse apparaît à L'agora, octobre 1995, 19.

En somme, le monde d'aujourd'hui appelle à une réinvention d'humanisme et d'harmonie avec la nature. Il s'agit bel et bien d'une réinvention car, comme le déclare H. Jonas, «nulle éthique antérieure n'avait à prendre en considération la condition globale de la vie humaine et (...) l'existence de l'espèce elle-même».¹⁰ Une recherche du bien qu'il faut donc assumer par l'entremise d'une réflexion à la mesure des enjeux actuels. Or, si l'on se fie à l'atmosphère idéologique dominante ou officielle au crépuscule de ce siècle, d'aucuns diraient que cette mesure est économique. Qu'en est-il vraiment ?

La conception économique qui prévaut à l'heure actuelle pourrait être qualifiée de vision de l'opulence. Suivant cette conception, le développement consiste essentiellement en un processus de croissance économique. Sur le plan de l'analyse, cela se traduit par la prise en compte de facteurs et d'indicateurs tels la montée de la production, l'essor de la productivité et l'augmentation du revenu par habitant. Une analyse qui est, par ailleurs, orientée par trois tendances. D'abord, une tendance qui adhère à une vision linéaire et mécanique de l'évolution. Une vision linéaire, de telle sorte que les sociétés franchiraient un parcours d'étapes identiques vers l'atteinte de la croissance économique souhaitée.¹¹ Et mécanique, ce qui procure aux étapes une nature quantitative permettant de les mesurer, de les calculer et de les prévoir. Ensuite, une tendance qui associe une dimension unidirectionnelle aux moyens assurant la croissance économique. L'unique direction consisterait, pour chaque société, à privilégier les moyens préconisés par les sociétés plus développées. Enfin, une tendance qui réserve aux valeurs un rôle utilitaire. Le questionnement au sujet des valeurs prendra cette forme : favorisent-elles ou freinent-elles l'économie? Elles constitueront donc prioritairement des instruments à utiliser ou à éviter, et non des éléments intrinsèquement estimés et valorisés.

Par un concours de circonstances, la vision de l'opulence a réussi à ériger le commerce et l'argent en fins. Commerce et argent ne sont plus seulement des techniques de répartition de biens et de services, ils sont devenus le

10. H. Jonas, *Le principe responsabilité*, trad. par J. Greisch, Paris, Éditions du Cerf, 1991.

11. Pour un exemple de cette vision, voir W.W. Rostow, *The stages of economic growth : a non-communist manifesto*, 3^e éd., Cambridge, Cambridge U. P. ,1990.

coeur des destinées individuelle et collective.¹² Ainsi, les grandes questions du jour se laissent-elles gagnées par des critères de quantité et d'efficacité : il devient normal d'aborder l'État, l'égalité, la liberté et la justice sous le couvert de la richesse des nations et de leur compétitivité. Est-ce là une voie prometteuse et fiable ? Divers indices laissent à penser que l'économie de l'opulence ne porte pas en elle-même les fondements de la conception du bien recherchée. Les raisons d'ordre général mentionnées précédemment pour justifier une réinvention du bien pourraient être invoquées à cet égard. En effet, il n'y a pas lieu de croire que le commerce et l'argent sont étrangers aux deux problématiques qui frappent notre époque et que j'ai résumées plus haut. Cependant, d'autres motifs plus spécifiques à la commercialité s'avèrent également pertinents.

Le premier motif concerne la dimension théorique de l'économie. Au-delà de ses priorités et de ses buts, la théorie économique s'était targuée de certitude quant à la réalisation de ses énoncés. Même si, avec le temps, elle s'est parfois fait plus modeste à ce sujet, il reste que le décalage fréquent entre la réalité et l'abstraction économique (prédictions, explications) a suscité la méfiance. L'écart entre les faits tels qu'ils évoluent et les lois censées s'y appliquer a aussi déçu, particulièrement lorsque sont mis en relief certains problèmes qui affligent même les sociétés développées. Le second motif fait le pont avec l'expansion mondiale de l'économie de marché libérale. L'invitation sous-jacente à cette expansion de confier à une «main invisible», celle du marché, le rôle de gardienne de la liberté de commerce et de promotrice de l'opulence, laisse songeur. Dans ce contexte assez simpliste, il est difficile de déterminer quand et comment les choses évolueront. Il semble inévitablement y avoir beaucoup plus de place pour le scepticisme et le relativisme que pour un effort honnête et sérieux de définition du bien. En effet, à partir du moment où l'analyse méconnaît les données autres que quantitatives, toute argumentation sur le bien apparaît malaisée. C'est que la quantité ne possède pas de limites intrinsèques; elle ouvre plutôt la croissance à l'infini, une ouverture dans laquelle le désir du «plus encore» place les valeurs dans une position toujours précaire. Le troisième motif se manifeste par une sensation d'amertume

12. G. Berthout, *Vers une anthropologie générale : modernité et altérité*, Genève, Draz, 1992 à la p. 243. L'auteur utilise l'image ironique du «doux commerce» pour caractériser cette domination du commerce et de l'argent.

ressentie envers la commercialité. Ce ressentiment est éprouvé sur un double plan. Premièrement, les principaux intéressés par l'action humaine que sont l'individu, sa société et sa civilisation, sont marginalisés par rapport aux transformations qui les concernent. L'importance de ces intéressés s'apprécie avant tout sur la base des fonctions et des rôles qu'ils peuvent assumer. Autrement dit, le comment l'emporte sur le pourquoi. L'être humain est amené à réfléchir pour trouver les façons de s'adapter à un environnement dont il est, à la limite, l'objet plutôt que le sujet. Deuxièmement, un courant déterminant de la doctrine commercialiste est en voie de façonner et de conforter un type d'univers dit globalisé, lequel est reflété par les propos suivants du juriste K. Yelapaala :

«In (the) new world economy, resources and markets have ceased to have the indelible national identity of the past. (...) To the more visionary global enterprises, the world is but a borderless environment with homogeneous consumers...»¹³

Ces prémisses ne correspondent en rien au principe émis par N. Frye suivant lequel «a society enriches itself by what it includes; it defines itself by what it excludes».¹⁴ Est implicite dans ce principe l'idée que la différence et la diversité, correctement comprises et imaginées, constituent des sources de vitalité et d'épanouissement socialement indispensables. À côté des prémisses posées par Frye, le «McWorld»¹⁵ homogénéisé et homogénéisant tracé par Yelapaala apparaît plutôt insipide.

Pour toutes ces raisons, il importe donc de pousser la réflexion sur le bien vers un cadre de référence autre que celui de la conception de l'opulence. Plusieurs avenues émergent présentement. Les rapports de l'être humain envers lui-même et ses semblables, les rapports entre l'être humain et la nature, la réintégration de la philosophie et de la morale dans la théorie économique,

13. K. Yelapaala, «Strategy and Planning in Global Product Distribution - Beyond the Distribution Contract» (1993) 25 Law & Pol'y Int'l Bus. à la p. 23. Pour un portrait saisissant de la globalisation commerciale, voir R.J. Barnet et J. Cavanagh, *Global Dreams. Imperial Corporations and the New World Order*, New York, Touchstone, 1994.

14. N. Frye, *The Critical Path : An Essay on the Social Context of Literary Criticism*, Bloomington, Indiana U.P., 1973 à la p. 71.

15. L'expression est de Benjamin Barber, *Jihad vs. McWorld*, New York, Times Books, 1995.

l'approfondissement de la théorie libérale internationale et le développement d'un nouvel universalisme fondé à la fois sur les intérêts convergents et le respect des différences constituent autant de thèmes générateurs d'une pensée destinée à rompre avec l'idée que nous sommes dans le siècle de l'argent, comme J. Verne l'avait anticipé.¹⁶

Parmi ces avenues en émergence figure le paradigme culturel du développement. Tel que je l'indiquais en introduction, c'est en fonction de cette nouvelle façon de concevoir le bien que j'entends procéder à l'analyse de la bonne foi et du droit uniforme. Pour l'instant, un premier contact avec le paradigme suffira, un contact établi par un renvoi à la définition très générale mais aussi très riche et porteuse élaborée par A. Sen et la Commission mondiale de la culture et du développement de l'Unesco. Pour eux, le développement est «un processus qui accroît la liberté effective de ceux qui en bénéficient de poursuivre toute activité à laquelle ils ont des raisons d'attacher de la valeur».¹⁷

La pertinence d'une analyse centrée sur le droit commercial international uniforme se comprend ainsi. D'une part, le commerce et l'internationalisation (ou la globalisation) représentent deux facettes caractéristiques de la mouvance actuelle qui logent, par ailleurs, au coeur du droit uniforme. Dès lors, il s'avère normal que cette branche du droit soit interpellée, au même titre que peuvent l'être l'économie politique, la théorie du développement et les autres disciplines qui s'intéressent également à ces deux facettes. D'autre part, sur le plan juridique, le droit uniforme constitue une référence incontournable en raison de l'amplitude que lui prête et de la confiance que lui accorde une doctrine florissante. Ainsi, certains voient dans la Convention de Vienne, pour s'en tenir à cet exemple, la pierre angulaire de la création d'un droit privé international.¹⁸ D'autres, sur la base de la théorie développée par T. Kuhn dans *The Structure of Scientific Revolution*,¹⁹

16. J. Verne, *Paris au XX^e siècle*, Paris, France Loisirs, 1994.

17. «Notre diversité créatrice», Rapport de la commission mondiale de la culture et du développement, UNESCO, 1995, à la p. 17. Voir aussi, Mahbub ul Haq, *Reflections on Human Development*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1995.

18. J.A. Spanogle, «The Arrival of International Private Law» (1991) 25 Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ. 477.

19. T.S. Kuhn, *The structure of Scientific Revolution*, vol. 2, 2^e éd., Chicago, University of Chicago Press, 1962.

l'interprètent comme le signe de la naissance d'un nouveau paradigme sous-jacent aux transactions commerciales internationales.²⁰ Enfin, A. Kassis affirme qu'elle constitue le germe d'une fusion à venir de tous les droits de la vente,²¹ alors que V. Heuzé en parle en termes d'avancement «remarquable».²²

Pour les fins de ma contribution, je m'en remettrai principalement à deux versions de droit uniforme.²³ La première est consacrée sous l'appellation de *lex mercatoria*.²⁴ Elle postule l'existence de règles transnationales faites d'usages et de principes. Ceux-ci constitueraient un véritable ordre juridique spécifique aux opérateurs du commerce international. La seconde version résulte de la codification pluri-étatique d'un seul et unique droit commercial international.²⁵ Cette codification est destinée à mettre fin au phénomène de diversité des régimes juridiques nationaux. La Convention de Vienne, qui comporte un ensemble de dispositions substantielles en matière de vente de marchandises, figure parmi ses expressions les plus achevées. C'est elle qui, en l'occurrence, incarnera en majeure partie la seconde version.

20. K.C. Randall et J.E. Norris, «A New Paradigm for International Business Transactions» (1993) 71 Wash. U. L.Q. 599.

21. A. Kassis, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, L.G.D.J., 1993 à la p. 559 et s.

22. Heuzé, *supra*, note 3 à la p. 367.

23. Je laisse donc de côté, pour les fins de mon analyse, les «Principes relatifs aux contrats du commerce international» de Unidroit. Pour une introduction, voir L. O. Baptista, «The Unidroit Principles for International Commercial Law Project : Aspects of International Private Law» (1995) 69 Tul. L. Rev. 1209; aussi, A. Giardina, «Les Principes UNIDROIT sur les contrats internationaux» [1995] J.D.I. 547.

24. L'article suivant est souvent vu comme l'assise du mouvement : B. Goldman, «Frontières du droit et "lex mercatoria"» (1964) 9 Archives de philosophie du droit 177. Pour une analyse récente, voir F. de Ly, *International Business Law and Lex Mercatoria*, North Holland, Elsevier Science, 1992.

25. Ci-après appelé «droit étatique».

b) Orientations méthodologiques

La méthode à la base de ce texte consiste en deux démarches.

La première s'inspire de l'approche préconisée par M. Koskenniemi dans *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*.²⁶ Dans cet ouvrage, Koskenniemi désire procéder à «an exposition and critical discussion of the assumptions which control modern discourse about international law». ²⁷ D'après lui, ces «assumptions» dérivent d'une théorie politique libérale. Cela explique qu'il émette l'opinion «that it is neither useful nor ultimately possible to work with international law in abstraction from descriptive theories about the (...) character of social life among States and on the desirable forms of such life». ²⁸ Pour réaliser cette démonstration, Koskenniemi utilise une méthode qu'il résume comme suit :

«The approach followed here is one of “regressive analysis”. I shall attempt to investigate discourse about international law by arguing back to the existence of certain conditions without which this discourse could not possess the kind of self-evidence for professional lawyers which it has. In other words, I shall argue, as it were, “backwards” from explicit arguments to their “deep-structure”, the assumptions within which the problems which modern lawyers face, either in theory or in doctrine, are constituted.»²⁹

Il importe donc, selon Koskenniemi, de débrouiller les «*explicit arguments*» afin d'accéder à la «*deep-structure (assumptions)*» car cette dernière détermine «*the conditions of what can acceptably be said within (the arguments), or what it is possible to think or believe in (them)*». ³⁰ L'opération se double d'un regard critique car en atteignant les considérations de fond «which controls the production of particular arguments within discourse», ³¹ il devient

26. M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The structure of International Legal Argument*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus, 1989.

27. *Ibid.* à la p. xvi.

28. *Ibid.* à la p. xiii.

29. *Ibid.* à la p. xvii.

30. *Ibid.* aux pp. xxi et xxii.

31. *Ibid.* à la p. xxii.

possible de savoir plus exactement pourquoi ces arguments donnent tel ou tel résultat. De même, «it opens up a possibility for alternative descriptive - and simultaneously normative - characterizations of the world in which»³² nous vivons et voulons vivre. À défaut d'agir de la sorte, les juristes sont confinés à vivre «with the prevalent routine of interpretative intuitionism»³³ et donc, d'éprouver des difficultés «to integrate their descriptive and normative commitments into analytical studies about the content of the law».³⁴ L'ensemble de l'analyse se déroule donc sous la forme d'un triptyque débrouillage - critique - reformulation.

J'appliquerai ce triptyque adapté et synthétisé ainsi :

- le droit uniforme est perçu sous l'angle d'un discours, c'est-à-dire d'une trame comprenant divers moyens d'expression et de persuasion;
- ces moyens sont représentés par des arguments, des concepts qui forment, si on les envisageait en perspective, la surface ou le premier plan du droit uniforme. L'argument de la bonne foi, avec d'autres arguments, en font présentement partie;
- le sens de ces arguments dépend d'un arrière-plan du droit uniforme, lequel est constitué de principes de pensée - des façons d'entrevoir et de capter la réalité - et d'un contenu normatif - des valeurs - qui permettent d'apprécier cette réalité. Ce sont ces principes de pensée, contribuant au sens de l'argument de la bonne foi et aux autres, qui m'intéressent ici;
- l'arrière-plan du droit uniforme constitue un tout qui ne se dissémine pas de façon exclusive et définitive entre les divers arguments. Cela implique que le sens d'un argument donné est lié à celui présent dans les autres arguments existants et qu'il est possible d'utiliser différents arguments pour en arriver à un même résultat.³⁵ Il devrait donc être admis que le sens de

32. *Ibid.* à la p. xxiii.

33. *Ibid.* à la p. xxiv.

34. *Ibid.* à la p. xiii.

35. J.C. Smith, «Action Theory and Legal Reasoning» dans K. Cooper-Stephenson et E. Gibson, dir., *Tort Theory*, North York, Captus U. P., 1993, 104.

l'argument de la bonne foi dépend de celui présent dans les autres arguments, de même qu'il ne lui est pas pré-déterminé non plus que définitivement acquis;

- l'atteinte de l'arrière-plan est indispensable pour l'examen des qualités et des défauts du droit uniforme, une critique dont le prolongement est la soumission d'avenues nouvelles.

La seconde démarche consiste à intégrer, dans le cadre de ce triptyque, une distinction entre le *contexte de découverte* et le *contexte de justification* de la pensée du droit uniforme. D'un strict point de vue littéral, ces deux expressions furent établies, en philosophie des sciences, par H. Reichenbach pour marquer la différence entre la description de l'origine ou de la genèse d'une idée, d'une proposition ou d'un argument (contexte de découverte), et la preuve ou la démonstration de cet argument (contexte de justification). Il s'explique comme suit :

«L'acte de la découverte échappe à l'analyse logique; il n'y a pas de règles logiques qui pourraient être appliquées à la construction d'une "machine à découvrir" assumant la fonction créatrice du génie. Mais ce n'est pas la tâche du logicien d'expliquer les découvertes scientifiques; tout ce qu'il peut faire, c'est analyser la relation entre des faits donnés et une théorie qu'on lui présente et qui prétend en donner l'explication. En d'autres termes, la logique ne s'occupe pas du contexte de justification [sic]». ³⁶

Pour Reichenbach, l'analyse philosophique de la science et les théories scientifiques elles-mêmes appartiennent au contexte de justification. Quant aux facteurs qui expliquent pourquoi des scientifiques ont privilégié certaines approches au détriment d'autres et comment ils sont parvenus à créer une théorie, ils relèveraient notamment de la psychologie et de l'histoire et, donc, du contexte de découverte. La distinction correspond à une conception particulière de la science dans laquelle le type de vérité recherchée prend la forme de lois spatio-temporelles universelles, constituées par l'observation de faits présumés neutres et extérieurs à la pensée humaine. Pour ses défenseurs, elle présente

36. H. Reichenbach, *L'avènement de la philosophie scientifique*, trad. par G. Weill, Paris, Flammarion, 1955 à la p. 199. Du même auteur, *Experience and Prediction : An Analysis of the Foundations and Structure of Knowledge*, Chicago, University of Chicago Press, 1961 aux p. 6-7.

l'avantage de doter la philosophie des sciences d'une vision transcendantale, c'est-à-dire où les raisons justifiant un argument ne sauraient être qu'universellement admises.³⁷

J'entends prêter une nature différente à la distinction afin de l'adapter à l'optique discursive, prônée en l'espèce, du droit uniforme et la fonder sur la hiérarchie des considérations normatives qui caractérise le droit uniforme. Cela implique que le contexte de découverte et le contexte de justification seront tous les deux considérés comme des instances délibératives qui permettent de peser le pour et le contre entre des arguments reflétant divers intérêts et convictions économiques, culturelles, politiques et morales. Il devrait être admis qu'idéalement, la confrontation des arguments permettra d'en augmenter la précision, la cohérence et le caractère réfléchi. La différence entre les deux contextes ne réside donc pas dans la façon dont se déroule l'argumentation. La différence tient plutôt au degré d'importance des motifs ou des critères qui expliquent pourquoi une préférence a été accordée à certains arguments et non à d'autres. C'est ainsi qu'appartiendraient au contexte de justification les seuls motifs ou critères qui jouent un rôle supérieur et décisif dans l'allure et la clôture d'une délibération.

II- LA PENSÉE DU DROIT UNIFORME

a) le contexte de découverte

Le contexte de découverte qui entoure le droit uniforme repose sur le composé de trois types de pensée : métaphysique, analytique et simplificatrice. Dans chaque type de pensée s'insère un argument discursif essentiel à la cohérence du droit uniforme. Ces arguments discursifs sont respectivement la bonne foi, l'autonomie de la volonté et la convergence juridique.

37. Pour un tour d'horizon des débats actuels, voir R. Nadeau, «La philosophie des sciences après Kuhn» (1994) XXI *Philosophiques* 159.

i) une pensée métaphysique : l'argument de la bonne foi

Le type métaphysique prend d'abord appui dans la recherche d'un état de la bonne foi qui demeure vrai peu importe les constituantes de cette dernière. C'est la recherche de l'*identité* de la bonne foi. La *lex mercatoria* et le droit étatique expriment, chacun à leur façon, cette préoccupation. Dans le premier cas, la présence de la composante identitaire du type métaphysique se retrouve dans ces idées que la bonne foi constitue une source permanente et continue de droit, ou encore qu'elle possède une transcendance lui permettant de dépasser, en importance, toutes les autres catégories, tous les autres principes juridiques. Ces caractéristiques ressortent, notamment, d'une synthèse magistrale de la *lex mercatoria* réalisée par F. Osman.³⁸ Dans les premières pages de son étude, Osman dépeint la bonne foi comme un «dénominateur commun des principes généraux dégagés par la jurisprudence arbitrale»,³⁹ «une clef de voûte du système arbitral»,⁴⁰ «un principe supérieur». ⁴¹ Il reprend les affirmations de R. Vouin à l'effet qu'elle est «toujours identique à elle-même ... Son efficacité juridique peut croître ou diminuer, elle reste toujours la même, (...) parfaitement définie et constante»⁴² et de M. Horsmans qui en fait «une règle d'interprétation et le guide de toute action comme de tout jugement». ⁴³ Ce faisant, Osman livre des propos qui reprennent, implicitement, les idées de permanence, de continuité et de supériorité. Le droit étatique partage cette préoccupation identitaire par sa volonté de fixer la bonne foi.⁴⁴ Dans ce second cas, il s'agit d'établir *un* état *déterminé* de la bonne foi à partir de raisonnements fondés sur des considérations de compatibilité, d'homogénéité et de communauté. Ainsi, l'identité de la bonne foi est articulée sous le couvert d'un concept (i) qui peut s'accorder avec les systèmes économiques, sociaux, politiques et juridiques existants, (ii) qui devrait être constitué d'éléments de même ou de semblable nature et (iii) dont

38. F. Osman, *Les principes généraux de la Lex Mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Paris, L.G.D.J., 1992.

39. *Ibid.* à la p. 18.

40. *Ibid.*

41. *Ibid.* à la page 19.

42. *Ibid.*

43. *Ibid.*

44. À ce sujet, voir les commentaires de G. Lefebvre, «La bonne foi dans la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises» (1993) 27 R.J.T. 563 à la p. 570 et s.

la viabilité et l'efficacité juridiques dépendent de ce qu'il a de commun à l'égard de tous ceux qui lui sont assujettis. Ces raisonnements s'opposent à d'autres qui laisseraient cours à une interprétation de la bonne foi soucieuse de la différence pouvant exister quant au statut des contractants, ou qui admettraient l'idée de variabilité de la bonne foi suivant les cultures plutôt que de préférer ignorer ou nier cette réalité. Les deux stratégies, la permanence et la fixation, produisent le même effet généralisateur propre à l'identité. La bonne foi est : cela permet d'en faire un principe «universel en son essence» selon la *lex mercatoria*, ou d'en standardiser l'interprétation quant à la forme, la substance et les résultats suivant le droit étatique.

Cette dimension identitaire se trouve confortée par une autre à caractère isolationniste. En effet, *l'isolement* précise l'identité en traduisant le fait qu'une chose ne peut pas en être une autre. Autrement dit, une chose possède invariablement une existence et une autonomie propres. En l'occurrence, cela conduit à un cloisonnement de la bonne foi dans une sphère spécifique, celle du commerce. À cet égard, la *lex mercatoria* exprime une volonté très ferme de cloisonnement. Une première cloison résulte de l'argument voulant que les règles et principes de la *lex mercatoria* aient une origine institutionnelle, qu'elles soient imputables à une forme d'autorité. Cela apparaît nécessaire, pour les tenants de la *lex mercatoria*, afin que cette dernière puisse se qualifier d'ordre juridique. Dans le langage caractéristique de cette version de droit uniforme, l'expression de «communauté des opérateurs du commerce international» et d'autres de ce genre, personnifient l'institution permettant à la bonne foi de ne pas évoluer dans un vide juridique. La seconde cloison consiste à réunir les différents membres de cette communauté autour «(d)'une même fin, (d)'un idéal marchand unique : répondre aux besoins du commerce international». ⁴⁵ L'unité institutionnelle des opérateurs est ainsi assurée, une unité dont l'universalisme va au-delà de la multiplicité des pratiques et des regroupements qui existent sur une base factuelle. En somme, origine et raison d'être de la bonne foi appartiennent toutes deux à la commercialité. Quant au droit étatique, l'isolement de la bonne foi est d'abord simplement formel en ce sens qu'il résulte d'un champ d'application réservé à certaines activités commerciales. Mais il s'avère aussi potentiellement plus profond. La raison tient à ceci. Le préambule de la Conven-

45. F. Osman, *supra* note 38 à la p. 409.

tion de Vienne contient trois énoncés de principe. Les deux premiers sont à forte consonance normative. On y fait référence aux «objectifs généraux inscrits dans les résolutions relatives à l'instauration d'un nouvel ordre économique international», et au fait «que le développement du commerce international sur la base de l'égalité et des avantages mutuels est un élément important dans la promotion de relations amicales entre les États». Et le troisième énoncé mentionne «que l'adoption de règles uniformes favorisera le développement du commerce international». Selon moi, ce préambule devrait être compris comme une invitation, sinon une contrainte à apprécier le droit uniforme à la lumière de sa contribution à l'amélioration de la qualité de vie en général et à l'interpréter en conséquence. Autrement dit, de faire du droit uniforme - y compris, il va de soi, la bonne foi - un ensemble ouvert sur les autres réalités qui l'entourent. Or, et cela est particulièrement frappant dans le cas de la bonne foi, le seul énoncé qui soit pleinement reçu est le troisième, relatif à l'uniformisation juridique commerciale. C'est seulement avec difficultés ou peu d'intérêt que la bonne foi est rapprochée de facettes qui n'appartiennent pas strictement au commerce, mais qui s'avèrent indubitablement pertinentes vu leur caractère fondamental. En conséquence, l'univers de la bonne foi est réduit à l'enjeu, à la limite technique, d'en façonner une version uniforme à des fins commerciales.

À la suite de l'identité et de l'isolement, l'idée de *non-contradiction* vient à son tour caractériser la bonne foi. La non-contradiction se fonde sur l'unité interne des choses et des êtres. Sur le plan de la pensée, la conviction sous-jacente à cette idée est que la nécessaire description juste et précise des choses et des êtres exige que ceux-ci soient perçus comme dépourvus de composantes contradictoires et antinomiques. En s'en tenant au droit étatique, l'idée de non-contradiction se manifeste tout d'abord dans le rôle de principe général d'interprétation confié à la bonne foi, autour duquel doivent s'articuler les autres normes de la Convention de Vienne. L'article 7(1) C.v.i.m., partie au chapitre II intitulé «Dispositions générales», prévoit, en effet, que «(p)our l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte (...) de la nécessité (...) d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international». À ce titre, la bonne foi constitue un agent d'unité et de convergence à l'égard des normes placées sous sa dépendance. Jusqu'à maintenant, cependant, cette première manifestation a été dépassée, en intensité, par une deuxième. Effectivement, s'avère plus révélatrice de l'idée de non-contradiction la tendance à considérer la bonne foi sous l'angle du «grand nombre de dispositions substantielles (qui en) font

directement application»⁴⁶ ou qui sont susceptibles d'en être influencées. Le droit du vendeur de remédier à une délivrance imparfaite lors d'une livraison anticipée, le principe de non-responsabilité du vendeur si l'acheteur connaissait ou ne pouvait ignorer un défaut de conformité au moment de la conclusion du contrat, la règle de la mitigation des dommages et d'autres dispositions sont ainsi associées à des applications ou des formulations spécifiques de la bonne foi. Par ailleurs, l'acceptation tardive d'une offre, la remise, par le vendeur à l'acheteur, de documents relatifs aux marchandises et la quantité de marchandises livrée représentent autant de situations qui permettent à la bonne foi de se particulariser et de se faire mieux comprendre. En décomposant la bonne foi de la sorte, on traduit une volonté d'accéder à une description juste et précise de celle-ci.

Enfin, le droit uniforme intègre l'argument de la bonne foi dans un *dualisme*. Cette vision pose la coexistence de deux ordres ou principes de nature différente. Elle consacre l'idée du *tiers exclu*, qui présente l'avantage méthodologique de faciliter les classifications. En matière de droit uniforme, le dualisme réfère à la coexistence des ordres national et international (ou la classification national - international), étant entendu que la *lex mercatoria* et le droit étatique se définissent comme appartenant à l'ordre international. C'est ainsi que, en dépit de ses emprunts matériels et de sa subordination à certains égards aux droits nationaux, la *lex mercatoria* revendique une autonomie et une indépendance sur les plans de la création et de la sanction d'un droit destiné aux différents secteurs du monde *international* des affaires. Principalement sous l'impulsion de l'arbitrage, s'élabore, d'après T. Carbonneau, «un corps de principes juridiques gouvernant le droit commercial international (...), une common law des transactions internationales»⁴⁷ qui se place à côté des droits nationaux et qui renforce la fort courante classification générale national-international. Quant à lui, le droit étatique justifie le principe de l'irréductibilité de sa nature internationale à une nature nationale de deux façons. Premièrement, il recourt à la thèse de la spécificité des transactions commerciales internationales par rapport à leur équivalent sur le plan interne. La sphère

46. B. Audit, *supra* note 4 à la page 49.

47. T. Carbonneau, «Étude historique et comparée de l'arbitrage : vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences» [1984] R.I.D.C. 727 à la p. 774.

internationale serait le lieu de circonstances (éloignement des parties, possibilité d'incompréhension entre elles, etc.) inexistantes ou qui se présentent autrement au niveau national, lesquelles impliqueraient l'élaboration d'un régime juridique particulier. Deuxièmement, le droit étatique fait valoir l'impératif de l'uniformisation. Il en ressort actuellement la position très largement répandue à l'effet que l'interprétation du droit uniforme à la lumière d'une correspondance de droit national ou suivant des techniques nationales risque de compromettre l'uniformité. Pour éviter de courir ce risque, le mot d'ordre est simplement que le droit uniforme soit perçu en fonction d'une mentalité internationaliste.

ii) **une pensée analytique : l'autonomie de la volonté**

Le type analytique repose d'abord sur une règle d'*évidence* relativement au principe de l'autonomie de la volonté. L'évidence, qui suppose la certitude comme état accessible à la pensée, consiste à douter de tout pour éviter l'erreur et parvenir, par élimination, à une vérité indubitable. Le droit uniforme emprunte à cette forme de raisonnement, un emprunt particulièrement frappant dans le cas de la Convention de Vienne. D'une part, le processus de réflexion ouvert au doute, qui constitue la première phase de l'évidence, se reconnaît dans l'ampleur de l'analyse doctrinale consacrée à l'ensemble des règles, hormis l'autonomie de la volonté, qui régissent un aspect ou un autre du contrat de vente internationale. Ces règles sont discutées et débattues longuement. Elles ne s'imposent pas totalement d'elles-mêmes, c'est-à-dire de leur seule énonciation expresse dans le texte de la Convention. Certains juristes envisagent ouvertement, d'ailleurs, leurs propos et commentaires dans l'optique d'une discussion et d'un débat, allant même, parfois, jusqu'à caractériser ces derniers. C'est le cas de J. Honnold, qui plaide en faveur d'un «continuing dialogue, spanning legal and economic backgrounds».⁴⁸ Dans ce contexte, le doute constitue bel et bien ce qu'il est convenu d'appeler un outil de connaissance. D'autre part, en amont du doute ainsi exprimé se situe un principe empreint de certitude, celui de l'autonomie de la volonté. Les composantes de la Convention de Vienne peuvent être plus ou moins admises, plus ou moins stables, il reste

48. J.O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Deventer, Kluwer, 1991 à la p. 9.

que l'autonomie de la volonté est le seul élément qui ne peut être mis en doute ou contesté relativement à la formation et à l'exécution du contrat de vente. Primauté de la volonté des parties, autonomie comme source première du contrat de vente sont autant d'expressions dont la forte présence rendent compte de cette certitude. Mais il y a encore davantage : le fait qu'en comparaison avec les autres données du régime juridique de la vente internationale, le principe de l'autonomie de la volonté soit si peu examiné, sinon simplement énoncé à l'occasion. Si l'on accepte l'affirmation du rôle premier et fondamental du principe, une conclusion paraît logiquement acceptable. L'autonomie de la volonté s'impose avec une telle vigueur qu'elle n'a besoin d'aucune preuve : c'est une évidence.

Si la façon dont l'autonomie de la volonté et les autres composantes du droit uniforme sont articulées repose sur la règle d'évidence, l'observation de la façon dont elles sont structurées atteste de la seconde dimension de la pensée analytique qu'est le *morcellement*. Cette attitude intellectuelle vise à décomposer, à diviser les concepts et les difficultés en unités plus petites. Le rapetissement ainsi obtenu permettrait une meilleure étude des concepts et une résolution facilitée des difficultés qu'ils engendrent. En apparence, la *lex mercatoria* peut sembler assez indifférente à ce type de démarche. Comme l'ont soulevé plusieurs critiques, la généralité inhérente à la *lex mercatoria* s'opposerait, même, à une définition précise de son contenu. À preuve, ces critiques soulèvent le vague, le manque d'organisation et le nombre insuffisant de ses principes. Toutefois, en considérant la *lex mercatoria* telle qu'elle est conçue et sans préjuger de sa validité juridique, elle m'apparaît véritablement engagée dans une démarche de morcellement de l'autonomie de la volonté. Il importe de réaliser, en effet, que ce «système corporatif indépendant des États»⁴⁹ n'aurait pu voir le jour et se développer sans le principe de l'autonomie de la volonté. Il y a donc là un authentique fondement. Cependant, probablement afin de générer «un corps de règles suffisamment accessibles et certaines pour permettre la conduite efficace des transactions commerciales»,⁵⁰ la *lex mercatoria* a progressivement morcellé ce fondement. En réalité, elle a tissé, à

49. P. Kahn, «La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises» [1991] J.D.I. 951 à la p. 961.

50. M. Mustill, «The New Lex Mercatoria. The First Twenty-five Years» dans *Études Wilberforce*, Oxford, 1987 à la p. 180.

partir d'une méthode qui lui est propre, un entrelacement indéfini de règles susceptibles de fournir les normes juridiques pertinentes à tout litige. De son côté, le droit étatique fait du morcellement l'un de ses principaux attributs dans la poursuite de l'objectif de faire des transactions commerciales internationales un milieu plus stable et prévisible. Derrière un régime juridique comme celui de la Convention de Vienne se profile la prémisse que la prévisibilité et la sécurité des transactions dépendent de son degré de précision. C'est dans cette optique que la Convention de Vienne établit un régime juridique compartimenté (sa structure suit la hiérarchie partie - chapitre - section - article) et détaillé sur la base d'une intention présumée des parties. Cela permet ainsi de considérer isolément différents aspects particuliers (offre, livraison, etc.) de la vente.

S'ajoute à l'évidence et au morcellement, l'intégration de l'autonomie de la volonté dans un raisonnement de nature causale. La *causalité* sous-entend que des lois existent et qu'il faut les identifier pour parvenir à l'indispensable explication des phénomènes. Dans la sphère du droit uniforme, l'autonomie de la volonté représente cette raison fondamentale explicative du contrat. Le courant de crise qui secoue, d'après plusieurs auteurs, le droit des contrats, et qui contribue à repenser, voire à remplacer cette raison explicative de l'autonomie de la volonté, n'atteint donc pas le droit uniforme. On n'y retrouve pas ces analyses critiques pour lesquelles «contract law is one or more of the following : indeterminate, legitimating, dead, simple, unsuitable, or irrelevant». ⁵¹ Des propos de J. Honnold, au sujet de la Convention de Vienne, en témoignent éloquemment. Pour lui, «[t]he dominant theme of the Convention is the role of the contract». ⁵² Cette domination résulte du fait que la Convention «in two fundamental ways responds to the power of agreement». ⁵³ D'abord, «[t]he Convention itself was produced by agreement», c'est-à-dire que «States from all parts of the world, through collaboration (...), reached consensus». ⁵⁴ Ensuite, «[c]onsistent with these origins, the Convention does not interfere with

51. R.A. Hillman, «The Crisis in Modern Contract Theory» (1988) 67 Tex. L. Rev. 103 à la p. 103.

52. Honnold, *supra* note 48 à la p. 47.

53. *Ibid.* à la p. 48.

54. *Ibid.*

the freedom of sellers and buyers to shape the terms of their transactions». ⁵⁵ À la lumière de ce qui précède, Honnold conclut :

«A highly respected legal scholar in a rhetorical flourish (later modified) announced the “Death of Contract”. At least for international sales this report (as Mark Twain said of a report that he had died) is grossly exaggerated». ⁵⁶

Ce point de vue domine largement, d’aucuns diraient complètement, en droit uniforme. Par conséquent, la meilleure raison pour expliquer la naissance, la formation et la fin du contrat demeure que les parties en aient voulu ainsi.

Finalement, la liaison du droit uniforme à une pensée analytique ressort de l’*exhaustivité* quasi totale du principe de l’autonomie de la volonté. En l’occurrence, l’*exhaustivité* s’apprécie surtout sur le plan de la contribution du principe à la légitimité du droit uniforme. Deux éléments sont au centre de cette contribution. Le premier réfère à l’omniprésence reconnue par la doctrine et la jurisprudence à l’autonomie de la volonté. Pour un, P. Lalive affirme qu’il «s’agit d’un principe si généralement reconnu dans tous les systèmes de droit international privé qu’on peut le tenir pour une coutume internationale ou pour un principe général de droit reconnu par les nations civilisées». ⁵⁷ Dans le même sens, la sentence arbitrale Topco-Calasiatic contient le passage suivant :

«Tous les systèmes juridiques, quels qu’ils soient, appliquent le principe de l’autonomie de la volonté aux contrats internationaux. Quant au fond, tous les systèmes juridiques consacrent ce principe, qui apparaît dès lors comme universellement admis ...» ⁵⁸

Le deuxième élément se fonde sur une confiance dans une double capacité des commerçants internationaux : générer, d’eux-mêmes, des valeurs fondamentales conformes aux aspirations des individus et des nations, ou

55. *Ibid.*

56. *Ibid.*

57. P. Lalive, «Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international» [1986] *Rev. arb.* 329 aux pp. 351-352.

58. *Topco Calasiatic c. Gouvernement Libyen*, rapportée à [1977] *J.D.I.* à la p. 350.

simplement voir à les intégrer dans leurs pratiques. Cette conviction serait celle des commerçants, certes, mais aussi des États. D'après Lalive, ceux-ci «ont choisi, et jugé conforme à leurs intérêts, de faire du commerce international»⁵⁹ en laissant, notamment, «un large pouvoir d'auto-régulation à la communauté internationale des commerçants».⁶⁰ L'importance concédée au principe va jusqu'à justifier la prise en considération de l'ordre public «par la nature des choses (mais aussi par) la volonté même ou l'attente légitime des parties».⁶¹ Porté par son omniprésence et l'adhésion qu'il suscite, l'autonomie de la volonté constitue donc un argument exhaustif car il s'impose parmi tous les moyens possibles pour favoriser et légitimer le développement du commerce international.

iii) une pensée simplificatrice : la convergence juridique

Initialement, la convergence juridique s'inscrit dans une recherche d'*ordre*, tel qu'il appert de l'affirmation de B. Bonell à l'effet que l'unification du droit répond au besoin «almost too evident (...) to assure the most orderly and secure development possible of commercial life».⁶² L'ordre permettrait de soumettre l'activité commerciale à un ensemble de règles qui présentent «the essential characteristics of practicality, simplicity and clarity, free of legal shorthand, free of complicated legal theory, and which (are) easy for the businessperson to understand».⁶³ Essentiellement, la recherche d'ordre s'imposerait comme un antidote au phénomène qualifié de «nationalisation du droit international privé» par R. David.⁶⁴ En vertu de ce phénomène, le régime juridique applicable aux rapports commerciaux internationaux serait constitué d'instruments nationaux, c'est-à-dire élaborés par les législateurs étatiques. Avec le temps, la nationalisation se serait érigée en obstacle au commerce

59. P. Lalive, *supra* note 57 à la p. 370.

60. *Ibid.*

61. *Ibid.* à la p. 371.

62. M.J. Bonell, «Introduction to the Convention» dans *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, *supra* note 5 à la p. 3.

63. E.P. Mendes, «The U. N. Sales Convention & U. S. - Canada Transactions; Enticing the World's Largest Trading Bloc to Do Business under a Global Sales Law» (1988) 109 J.L. & Com. 109 à la p. 121.

64. R. David, *Le droit du commerce international : réflexions d'un comparatiste sur le droit international privé*, Paris, Économica, 1987 à la p. 10 et s.

international. Pour un, David insiste sur la diversité des règles de conflit de lois et des règles matérielles nationales qui mettrait en péril la sécurité juridique des transactions, alors que A. Kassis endosse le «concert des lamentations sur les infirmités»⁶⁵ de la méthode conflictuelle. Bref, il s'avèrerait manifeste et patent que «national laws are the international merchants and traders worst enemy».⁶⁶ L'établissement d'une relation intelligible entre ce qui constituerait autrement une pluralité désordonnée et maladaptée de droits nationaux emprunte deux avenues. La première, celle de la fusion, caractérise le processus d'élaboration du droit étatique. Elle consiste à réunir divers éléments propres aux différentes cultures juridiques et d'autres inédits, et de combiner le tout le plus finement possible de façon à créer un nouvel ensemble irréductible à ses composantes. La seconde avenue, qui est sous-jacente à la *lex mercatoria*, relève plutôt de la spontanéité. Ici, les commerçants sont réputés générer, de leur propre initiative, un régime juridique conforme aux exigences nées naturellement du commerce. Ils sont vus comme agissant d'eux-mêmes, sans contrainte extérieure (surtout pas étatique), à l'égard d'une activité commerciale qui fait partie de l'ordre des choses.

La fusion et la spontanéité représentent des stratégies de premier niveau pour mettre de l'ordre dans le droit commercial international et, ainsi, favoriser la convergence juridique. À un deuxième niveau, chacune se trouve appuyée par cette autre composante du type simplificateur qu'est la *linéarité*. Comme mode d'accession à la connaissance, la linéarité se caractérise par la recherche de procédés, de règles et de principes dépourvus d'ambiguïté et permettant de prédire la survenance des phénomènes. En toutes matières, l'absence d'ambiguïté et la capacité de prédiction devraient conduire à n'accepter qu'un seul point de vue pour décrire et comprendre le monde, les choses et les êtres. C'est précisément vers ces attributs et cette unicité que se tourne le droit uniforme. D'une part, l'idée suivant laquelle «the key objectives of stability, safety and foreseeability (...) are essential for international trade law»⁶⁷ fait partie intrinsèque de la conception du droit uniforme que se font la vaste

65. A. Kassis, *supra* note 21 à la p. 559.

66. E. P. Mendes, *supra* note 63 à la p. 112.

67. H.G. Naon, «The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods» dans N. Horn et C. M. Schmitthoff, dir., *The Transnational Law of International Commercial transactions*, Deventer, Kluwer, 1982, 89 à la p. 92.

majorité des juristes. Dans plusieurs cas, elle s'avère même prioritaire, voire exclusive. D'autre part, la solution la plus simple à ces impératifs réside dans l'ébauche et le perfectionnement d'une forme d'unicité juridique. Divers fondements idéologiques ont servi d'assise, dans le passé, à la promotion de l'unicité du droit commercial international.⁶⁸ L'idéalisme (l'unité du genre humain et l'harmonie planétaire), le pragmatisme (la valeur pratique, dans la vie commerciale courante, de disposer d'un seul régime de droit) et l'historicisme (la persistance ou le retour d'un *jus commune*) ont, tour à tour, servi à la justifier. Mais, plus récemment, H. Berman a proposé une justification globale qu'il a conceptualisée sous l'expression de «world law». Berman réfère à tous les domaines d'activités (sports, littérature, commerce ...), à tous les types de règles de conduite (lois, coutumes, usages ...) et à toutes les facettes de la vie humaine (histoire, humanisme, société ...) pour démontrer que «for the first time in the history of the human race, most of the peoples of the world have been brought into more or less continual relations with each other».⁶⁹ Il en conclut que «the right name for the new era is “emerging world society”, and the right name for the law by which it is governed is world law».⁷⁰

Tenir pour acquis que le droit uniforme incarne le «seul point de vue» légitimé par la linéarité est une chose. Cependant, le droit uniforme va encore plus loin dans son intégration de la pensée simplificatrice en recourant au principe de *déterminisme*. L'objectif consiste à identifier les conditions, les circonstances ou les données qui assureront une constance et une persistance dans la convergence ou l'uniformité du droit. Pour ce faire, la *lex mercatoria* s'en remet à un déterminisme de type global et qui s'apprécie dans le temps. Autant les analyses doctrinales que la jurisprudence issues de la *lex mercatoria* révèlent un mode de raisonnement fondé sur le raccrochement et l'enchaînement d'un très large éventail de sources. Et même si plusieurs données de l'éventail ne possèdent pas toujours formellement une valeur juridique, elles acquièrent une autorité de par la pratique auto-référentielle propre à ce raisonnement. Par ailleurs, l'amas ainsi créé suscite le sentiment de sécurité attendue par les

68. J.W. Westenberg, «The Quest for Unification» dans *Forty Years On : The Evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Deventer, Kluwer, 1990 à la p. 195.

69. H. Berman, « The Role of International Law in the Twenty-first Century : World Law» (1995) 18 *Fordham Int'l L. J.* 1617 à la p. 1617.

70. *Ibid.* à la p. 1618.

commerçants parce qu'il repose sur une orientation maîtresse, un fil conducteur que F. Osman résume en ces mots : «dégager des règles qui répondent systématiquement aux besoins du commerce international». ⁷¹ En somme, la *lex mercatoria* fonctionne comme si chaque décision était cumulativement, liée à, et le fruit de la totalité des décisions antérieures. De son côté, le droit étatique adhère à un déterminisme d'inspiration plus scientifique reflété par l'axiome *les mêmes causes produisent les mêmes effets*. Ainsi, les rédacteurs de la Convention de Vienne ont-ils voulu aller plus loin que la simple élaboration d'un texte uniforme. Très soucieux devant le risque que la diversité des familles juridiques et des systèmes politiques et économiques ne se répercute dans l'interprétation de la Convention, ils ont entrepris d'identifier des conditions d'existence de l'uniformité qui soient objectives et invariables, de telle façon que ces conditions étant respectées, l'uniformité soit nécessairement achevée. La difficulté de cette entreprise explique le laconisme des règles prévues à ce sujet à l'article 7 C.v.i.m. Mais cela n'empêche pas l'objectif déterministe de tenir fermement car, tel que le déclare R. Monaco, «l'interprétation uniforme s'impose comme une nécessité absolue». ⁷²

Finalement, le droit uniforme projette une image empreinte de simplification dans la mesure où son appartenance à la normalité s'avère indubitable. Cette appartenance est motivée par au moins deux types d'arguments. Le premier, peut-être le plus saisissant, réfère aux dimensions intellectuelle et mentale de la normalité en question. Il consiste à qualifier l'uniformisation d'une façon telle que de privilégier une approche différente de réglementation des transactions commerciales internationales équivaudrait à un dépassement de l'entendement. C'est en ce sens que R. David, procédant d'abord à une critique de la nationalisation du droit international privé, conclut qu'elle est «contraire à la saine raison». ⁷³ L'alternative du droit uniforme est là, et si elle va de soi, c'est que «logique et raison ne peuvent être impunément laissées de côté». ⁷⁴ A. Kassis argumente dans le même état d'esprit. Soulignant le potentiel énorme de développement du droit uniforme par l'entremise de

71. F. Osman, *supra* note 38 à la p. 403.

72. R. Monaco, «Allocution d'ouverture» dans *Le droit uniforme international dans la pratique*, Rome, Oceana, 1988 à la p. 3.

73. R. David, *supra* note 64 à la p.11.

74. *Ibid.* à la p. 11.

conventions internationales, Kassis déclare qu'il «serait irrationnel et navrant (que les États) n'aillent pas plus loin dans cette voie».⁷⁵ Encore, R. Monaco poursuit sur cette lancée qualitative en parlant de «tous (ces) éminents juristes qui travaillent et se consacrent au grand phénomène du droit uniforme»,⁷⁶ dès lors vu comme essentiellement bon. Toutes ces argumentations contribuent à procurer à l'uniformisation une allure *donnée*, c'est-à-dire dont la présence est immédiate dans l'ordonnement juridique du commerce international. Le deuxième type d'argument renvoie davantage à diverses circonstances dans lesquelles s'insère l'uniformisation. Réalisée en contexte donc, cette analyse vient étayer la dimension *inéluçtable* de l'uniformisation. L'affirmation suivante de C. Samson synthétise bien le genre d'argumentation proposée à cet égard :

«Dans le contexte actuel de mondialisation des marchés, l'harmonisation des règles applicables aux échanges commerciaux, est devenue (sic) une nécessité pour les intervenants du commerce international».⁷⁷

Dans cette perspective, interdépendance et globalisation vont de pair avec «(the) explosive proliferation of attempts to unify and harmonize international private law».⁷⁸ En définitive, le mouvement apparaît tout *simplement* irréversible.

b) le contexte de justification

J'ai soumis précédemment que le contexte de justification référait aux considérations qui jouent un rôle supérieur et décisif dans la prise d'une décision donnée. Relativement au droit uniforme, ces considérations ultimes à l'aube desquelles le contexte de découverte s'anime, obéissent à une pensée tournée principalement vers ce que je qualifierai de rationalité instrumentale, par opposition à une rationalité finaliste.

75. A. Kassis, *supra* note 21 à la p. 562.

76. R. Monaco, *supra* note 72 à la p. 1.

77. C. Samson, «L'harmonisation du droit de la vente : l'influence de la Convention de Vienne sur l'évolution et l'harmonisation du droit des provinces canadiennes» (1991) 32 C. de D. 1001 à la p. 1003.

78. J.A. Spanogge, *supra* note 18 à la p. 478.

À la base, cette affirmation dérive de l'énoncé de M. Horkheimer sur la rationalité :

«Reason for a long period meant the activity of understanding and assimilating the eternal ideas which were to function as goals for men. Today, on the contrary, it is not only the business but the essential work of reason to find means for the goals one adopts at any given time.»⁷⁹

La première branche de l'énoncé réfère à ce que Horkheimer désigne par l'appellation «rationalité objective» (ou finaliste). Celle-ci consiste en un processus de réflexion sur les objectifs, les buts, les visées que l'on choisit et se propose d'atteindre ou de réaliser. En d'autres mots, il s'agit d'un exercice orienté vers la détermination d'une ou de plusieurs finalités. Selon Horkheimer, il implique la conviction qu'il s'avère possible de découvrir «une structure englobante ou fondamentale de l'être»⁸⁰ et d'en déduire une destinée humaine fondée sur des idéaux du plus grand bien. L'exercice suppose également la reconnaissance que les personnes et les sociétés disposent de la capacité nécessaire pour identifier, hiérarchiser et réviser leurs valeurs, ainsi que de procéder à des choix de devenir individuel et collectif forgés à partir de ces mêmes valeurs. À ce moment, le degré de rationalité de l'existence d'une personne ou d'une société dépend de la plus ou moins grande harmonie entre leur vie et cette «structure englobante». Cette première branche fait écho à la seconde, qui s'intéresse à l'opportunité de privilégier tel ou tel moyen en vue d'atteindre ou de réaliser certaines fins. C'est la «rationalité subjective» (ou instrumentale). Ici, le rayon d'analyse et d'application de la pensée se limite à la façon d'atteindre un objectif. Il ne couvre pas l'objectif lui-même. Ce dernier est toujours, finalement, poursuivi pour autre chose, et ainsi de suite. Cela crée une spirale où le degré de rationalité est à la mesure de l'efficacité avec laquelle un objectif est atteint. Pour la rationalité instrumentale, il est inutile de s'interroger sur les fins car celles-ci ne peuvent être ni soupesées, ni jugées grâce à la raison ou par rapport à un quelconque ordre existant. Horkheimer y voit l'expression d'un processus abstrait de la pensée : la rationalité dépend de

79. M. Horkheimer, *Critique of Instrumental Reason*, trad. par M.J. O'Connell, New York, Seabury Press, 1974 à la p. vii. Voir, aussi, H. Stewart, «A Critique of Instrumental Reason in Economics» (1995) 11 *Economics and Philosophy* 57.

80. M. Horkheimer, *Éclipse de la raison*, trad. par J. Debouzy, Paris, Payot, 1974 à la p. 22.

«la faculté de classification, d'inférence et de déduction»,⁸¹ peu importe le fond de la pensée véhiculé dans ces opérations.

Le droit uniforme s'inscrit-il dans une forme de pensée instrumentale, dans laquelle l'accent porte sur les moyens, ou dans une pensée finaliste, centrée sur les fins ? De prime abord, l'observation de la structure et du contenu de l'argumentation qui m'apparaît appartenir au contexte de justification révèle la présence des deux composantes moyens - fin. En effet, *répondre aux besoins du commerce international* et *favoriser le développement du commerce international*, qui représentent respectivement les formules clés de la *lex mercatoria* et du droit étatique, semblent comprises comme combinant ces idées que le droit uniforme remplit une fonction instrumentale à l'égard d'une véritable fin qui lui est intrinsèque et essentiellement bonne, c'est-à-dire le commerce. Est-ce à dire que le droit uniforme aurait réussi à occuper une position intermédiaire entre les pôles de l'analyse de Horkheimer, à aller chercher le meilleur de chaque forme de rationalité et à les amener à se réfléchir l'une sur l'autre ? Je ne le crois pas. D'une observation plus poussée découle des constatations différentes.

La constatation initiale concerne l'amplitude de la pensée instrumentale. Sur ce plan, il y a lieu de retenir l'impact de l'idée suivant laquelle le droit uniforme a été constitué dans l'optique de *servir* le commerce. C'est avec acuité que doctrine, jurisprudence et loi rendent cette optique sensible. Il s'en dégage que le droit uniforme existe pour aider, appuyer, être utile à l'activité commerciale. Cette caractérisation vaut à la fois pour les commerçants, d'une part, et le commerce, d'autre part. Ainsi, elle se reconnaît dans ces approches qui abordent le droit uniforme sous l'angle d'un outil mis à la disposition des commerçants pour qu'ils le mettent à leur profit. Encore, elle ressort des points de vue qui le modèlent et le façonnent à la lumière des conditions tenues pour normales de fonctionnement du commerce. Par ailleurs, dans l'un et l'autre cas, le droit uniforme est représenté comme la meilleure *ressource* juridique disponible à l'égard de l'activité commerciale. Plus spécifiquement, des analyses qui en sont faites se profile la conclusion qu'il s'agit définitivement de la ressource la plus efficace, c'est-à-dire qui produira au mieux les effets

81. *Ibid.* à la p. 16.

attendus en matière de commerce. Cette perspective sous-tend des analyses de toute nature, même celles à caractère fondamental. Par exemple, K.C. Randall et J.E. Norris imprègnent d'une tournure résolument instrumentale leur démonstration approfondie de la naissance d'un nouveau paradigme juridique des transactions commerciales internationales, incarné notamment par la Convention de Vienne.⁸² Ils justifient cet aboutissement d'un long processus socio-historique par trois brèves considérations : il convient parfaitement à leur vision de la réalité actuelle, qui serait celle d'une «increasingly interdependent global community»,⁸³ il facilite le volume dit grandissant de commerce international et il satisfait à «the increased involvement of nation-states as parties to transnational business».⁸⁴ En somme, que le droit uniforme soit là pour fournir des moyens constitue une vérité éclatante.

Il n'en est pas de même relativement à la présence d'une pensée finaliste à l'intérieur du droit uniforme. Certes, tel que je l'affirmais précédemment, c'est le commerce qui semble compris comme jouant le rôle de finalité. Toutefois, je soumets qu'à ce titre, le commerce ne se manifeste pas de façon très frappante. À l'éclat de la pensée instrumentale correspond, ici, quelque chose de beaucoup plus modeste. Cette seconde constatation repose sur les éléments suivants.

D'abord, la perception nettement dominante du commerce se réduit à une prise de connaissance formelle de celui-ci. Le commerce existe, c'est un fait. Et cela suffit à le prendre et à l'admettre tel quel. En termes d'analyse, l'existence factuelle l'emporte sur le contenu. Cette perception de base se particularise de différentes façons. L'une d'entre elles se traduit comme suit : alors qu'il constitue la raison d'être du droit uniforme, le commerce, en lui-même, demeure pratiquement indiscuté, tant du point de vue de ses orientations que de ses effets. Qu'est-ce que le commerce ? Vers quoi tend-il ? Que nous est-il permis d'en tirer ? Dans l'état actuel des choses, ces questions occupent une place marginale dans la conscience du droit uniforme. Bref, le commerce n'y est pas sous examen à la lumière, par exemple, des intérêts, des préférences et des aspirations de toute nature de ceux qui en font et de ceux qui sont touchés par

82. K.C. Randall et J. E. Norris, *supra* note 20.

83. *Ibid.* aux pp. 600-601.

84. *Ibid.* à la p. 601.

ses retombées. À la limite, il prend davantage l'allure d'une entité objective, c'est-à-dire indépendante de ces considérations. Une autre façon consiste à lier automatiquement commerce et bonheur de vivre, sans pousser substantiellement l'analyse. Ce lien automatique transparait dans le sentiment d'assurance exprimé envers le commerce et les espoirs qu'il suscite sur le plan de l'avancement en général, un sentiment qui imprègne très largement le droit uniforme. Pourtant, la démonstration du bien-fondé de ces assertions ne suit pas, alors que, pour reprendre les mots de G.C.J.J. Van den Bergh, «[w]e know in fact very little about the mechanisms of legal development or the interdependence of legal and economic development».⁸⁵ Dans ces conditions, il devient difficile d'affirmer que nous connaissons vraiment ce qu'il y a de bien dans le commerce et dans quelle mesure cette finalité peut constituer un horizon lumineux, capable de se réfléchir sur les moyens à entreprendre dans une situation donnée et de constituer une destinée fiable.

Il arrive quelquefois, par ailleurs, que le commerce tende vers un tel horizon. Le cas échéant, toutefois, la pensée qui en résulte présente des lacunes qui l'empêchent d'être qualifiée de finaliste.

La lacune la plus fréquente de cette pensée est de s'arrêter à un raisonnement à l'état brut. Ainsi, au début du siècle, L. J. Kennedy fondait ensemble droit uniforme et commerce et les situait au coeur d'une visée humaniste, celle d'un «sincere sentiment of human solidarity», qu'il formulait autrement par «the far-off fulfillment of the divine message, *On earth peace, goodwill toward men*».⁸⁶ Droit uniforme et commerce, d'un côté, et bonheur de vivre, de l'autre, étaient indissociablement liés. Paradoxalement, cette visée n'a pas fait l'objet d'une élaboration intellectuelle correspondant à sa profondeur et à son importance. Il est vrai qu'à l'occasion, elle a été précisée par des références aux objectifs relatifs à l'instauration d'un nouvel ordre économique international, à l'égalité, aux avantages mutuels et à d'autres principes fondamentaux. De même, a-t-il déjà été admis qu'il s'agissait là d'«illuminating

85. G.C.J.J. Van den Bergh, «What Law for Whose Development? - some Theoretical Reflections on Law and Development» dans *Unification and comparative law in theory and practice*, Boston, Kluwer, 1984, 29 à la p. 41.

86. L.J. Kennedy, «The Unification of Law» (1909) 10 J. Soc'y Comp. Legis. 212 à la p. 214.

indications». ⁸⁷ Cependant, de telles précisions, une fois posées et admises, sont demeurées secondaires dans la théorie pure et appliquée du droit uniforme. Il n'est pas possible d'affirmer qu'elles sont au centre de démonstrations réalisées afin de les intégrer sérieusement à la méthode et à l'organisation du droit uniforme. L'intégration relève davantage d'une simple mais forte croyance dans la communion naturelle du commerce et du progrès sous toutes ses formes ou, encore, d'un genre d'automatisme qui transparaît dans le sentiment d'assurance que le commerce a été, est et sera imbu des besoins de la communauté internationale.

Du reste, si le raisonnement semble dépasser l'état brut, il souffre tout de même d'ambiguïté. Un passage névralgique de l'analyse de la *lex mercatoria* effectuée par F. Osman offre une illustration typique de ce problème. Osman débute ce passage en affirmant que la *societas mercatorum* «élabore des règles qui répondent aux besoins de ses membres de manière empirique». ⁸⁸ Cela expliquerait que le droit appartient aux disciplines normatives, par opposition à purement explicatives. Sur la base de la prémisse que le droit est fonction d'un jugement de valeur, Osman établit ce qui suit :

«Bien évidemment le jugement étant nécessairement fondé sur une appréciation des objectifs poursuivis, ces disciplines postuleront l'inévitable recherche d'une finalité à découvrir. Aussi, les données de la vie en société font-elles partie du fondement des règles de droit secrétées par la *societas mercatorum*. Ces données englobent généralement des facteurs politiques et sociaux, religieux et moraux, ou simplement économiques». ⁸⁹

L'auteur enchaîne immédiatement en déclarant que «[l]'élaboration du droit anational repose essentiellement, si ce n'est exclusivement, sur des considérations économiques», ⁹⁰ déclaration renforcée plus loin par celle-ci :

87. M.J. Bonnell, *supra* note 5 à la p. 94.

88. F. Osman, *supra* note 38 à la p. 410.

89. *Ibid.* à la p.411.

90. *Ibid.*

«Aussi peut-on sans conteste transposer au niveau de la *lex mercatoria* la réflexion de Josserand constatant la mutation du droit en un “*code de la richesse et des phénomènes économiques, ou, si l’on veut, le juste est devenu ce qui cadre avec les postulats et les nécessités économiques*”». ⁹¹

D’après Osman, finalement, dérive de ce contexte l’«aspiration de l’institution *mercatorique* à répondre impérativement aux besoins du commerce international dans sa production normative». ⁹²

Selon moi, la finalité à découvrir dont parle Osman est mal déterminée. En particulier, la place et l’influence réelles des «données de la vie en société» au sein de l’ordre juridique de la *lex mercatoria* demeurent obscures. Ces données, devrait-il être admis, sont fort variables, complexes, et plus ou moins expliquées. Or, si leur place et leur influence sont véritablement à la mesure de l’affirmation d’Osman à l’effet qu’elles participent à l’assise de la *lex mercatoria*, il s’avère difficilement concevable qu’elles puissent être aussi concentrées et synthétisées dans cette raison d’être «des besoins du commerce international», et continuer à s’épanouir dans toutes leurs possibilités. En d’autres mots, l’opération de réduction énorme qui refoule les «données de la vie en société» dans cette raison d’être risque de diminuer indûment leur portée, de les priver substantiellement de leur signification et, par conséquent, d’empêcher leur pleine et entière évolution.

Aussi, affirmer que la *lex mercatoria* «repose essentiellement, si ce n’est exclusivement, sur des considérations économiques» et subordonner sa légitimité à sa conformité aux besoins du commerce international entraîne toute recherche d’une finalité sur un terrain glissant. En toute matière, il importe de garder à l’esprit qu’identifier des besoins est une chose, comprendre et justifier le pourquoi de leur satisfaction en est une autre. De même, la compréhension et la justification de ce pourquoi ne peuvent s’avérer justes et rigoureuses sans leur ouverture vers ce qu’il conviendrait d’appeler une totalité de motifs et de considérations. L’argumentation proposée par Osman va dans une direction différente. Au lieu d’ouvrir la *lex mercatoria* sur un tout, elle la referme autour d’un sous-ensemble, soit l’économique. Au surplus, ce sous-ensemble est dit

91. *Ibid.*

92. *Ibid.* à la p.412.

exclusif : il tient à l'écart ce qui ne relève pas de sa nature. Il y a là une tendance au repli, à l'opposition et à la séparation qui contraste avec l'idée d'une structure englobante telle que définie par Horkheimer. En s'en remettant aux propos de L. Jossierand, tenus précisément dans l'analyse à laquelle Osman réfère, cette tendance serait symptomatique d'une pensée instrumentale. En effet, Jossierand considèrerait que le mouvement juridique unilatéral vers l'économique s'accompagnait de l'éclipse d'un idéal et d'une force spirituelle au profit d'une excessive matérialisation et d'une mécanisation du droit.⁹³ Pour ma part, j'estime suffisant d'émettre l'hypothèse qu'en l'absence d'une communication étroite entre l'économique et ce qui lui est extérieur, les «besoins du commerce international» ne pourront s'articuler qu'à une finalité, au mieux de faible amplitude.

III- DROIT UNIFORME ET CONCEPTION CULTURELLE

La pensée du droit uniforme cadre-t-elle avec une conception culturelle du développement (b)? Pour répondre à cette question, je procéderai à une présentation synthétique du paradigme et préciserai ce qu'il implique sur le plan de la pensée⁹⁴ (a).

a) Description du paradigme

J'ai mentionné, précédemment, diverses raisons pour lesquelles une recherche du bien s'imposait. Prises dans leur ensemble, ces raisons refléteraient un contexte de désenchantement du monde et de crise des fondements⁹⁵ qui, sur le plan de la pensée, se traduirait par un effritement du *sens*. Avant toutes choses, il importe de souligner que la recherche du bien prend le contre-pied des

93. L. Jossierand, «Un ordre juridique nouveau» D.H.1937.Chron.41.

94. Je réfère le lecteur à quelques études récentes: F. Petiteville, «Intérêt et limites du paradigme culturaliste pour l'étude du développement» (1995) 144 Revue Tiers-Monde 859; D. Hunt, *Economic Theories of Development : An analysis of competing paradigms*, Hemel, Harvester Wheatsheaf, 1989; R.F. Meagher, «The United Nations Family : Challenges of Law and Development : Introduction» (1995) 36 Harv. Int'l L.J. 273; J. C. Sanchez-Arnau et D. Desjeux, *La culture, clé du développement*, Paris, L'Harmattan, 1994.

95. R. Aron, *Les désillusions du progrès : Essai sur la dialectique de la modernité*, Paris, Calmann-Lévy, 1969; P. Collin et O. Mongin, *Un monde désenchanté? : débat avec Marcel Gauchet sur le «Désenchantement du monde»*, Paris, Éditions du Cerf, 1988.

thèses qui cautionnent cet effritement. Pour le bien, il s'avère encore pertinent de s'interroger fondamentalement, que ce soit à la lumière de la quadrature établie par Kant (que puis-je savoir?; que dois-je faire?; que m'est-il permis d'espérer?; qu'est-ce que l'homme?) ou d'autres. L'idée derrière cette interrogation consiste à trouver un *modus vivendi* capable de satisfaire un besoin inné de raison d'être au monde.⁹⁶

Dans cette optique de donner du *sens* à l'action humaine, la conception culturelle pose une pierre angulaire normative à double facettes : l'épanouissement et la solidarité. La première facette adopte une perspective séquentielle de la vie et elle est applicable autant aux personnes considérées individuellement que collectivement. Ainsi, la vie est perçue comme constituée d'une série d'actions, de gestes ou, encore, de projets et de vues, qui s'intègrent dans un ensemble de réalisations personnelles ou communautaires. Plus spécifiquement, l'épanouissement réfère à l'étendue des possibilités qui s'offrent à un individu ou à une communauté de se réaliser : c'est la formule du «what (one) can do or can be» à partir de laquelle l'économie morale a forgé le concept dit de «expansion of human capability».⁹⁷ À ce moment, les critères et les indicateurs propres à la vision de l'opulence (ex. : le revenu par habitant) ou à d'autres théories tel l'utilitarisme (ex. : bonheur) ne sont pas totalement ignorés. Ils deviennent cependant relativisés et analysés en fonction de la capacité qu'ils confèrent à une personne ou une société de choisir et de satisfaire ses aspirations. La seconde facette, la solidarité, vise à imprégner les diverses activités valorisées aux fins de l'épanouissement d'un sentiment de responsabilité et de communauté d'intérêts. Elle implique que la vitalité du *modus vivendi* évoqué précédemment exige davantage que le seul appel à l'épanouissement. Il faut, aussi, que ce dernier se fasse dans le respect de ce que R. Petrella appelle les principes d'existence de l'autre et de coexistence.⁹⁸

96. Deux publications présentent un attrait certain par rapport à l'analyse du présent qu'elles effectuent et des solutions proposées : P. Engelhard, *L'homme mondial. Les sociétés humaines peuvent-elles survivre?*, Paris, Arléa, 1996; E. Morin et S. Naïr, *Une politique de civilisation*, Paris, Arléa, 1997.

97. Amartya Sen est l'un des auteurs qui a le plus analysé cette notion; voir *Commodities and Capabilities*, vol. 7, Amsterdam, Netherlands, 1985. Aussi, M. Nussbaum, A. Sen, *The Quality of Life*, Oxford, Clarendon, 1993; K. Griffin et J. Knight, *Human Development and the International Development Strategy for the 1990s*, London, Macmillan, 1990.

98. R. Petrella, *Le bien commun. Éloge de la solidarité*, Bruxelles, Labor, 1996.

D'après lui, ces principes sont à la base d'un bien commun matériel et immatériel qu'il place au coeur d'un contrat social mondial. Pour Petrella, le bien commun repose sur le contrat de l'avoir, destiné à la suppression des inégalités; le contrat culturel, afin de promouvoir la tolérance et le dialogue entre les cultures; le contrat démocratique, garant des libertés civiles et politiques; et le contrat de la terre, orienté vers le développement durable. Dans la mesure où vivre ensemble possède un sens en soi, c'est-à-dire qui va au-delà de la simple somme des aspirations personnelles et sociales, la solidarité apparaît ainsi comme un complément nécessaire à l'épanouissement.⁹⁹

Cette pierre angulaire normative est, par la suite, façonnée suivant une proposition de N. Goodman : la réalité ne se compose pas d'un monde unique attendant d'être découvert, mais plutôt de plusieurs mondes construits.¹⁰⁰ C'est ici que la conception de l'opulence, qui réduisait le bien à un seul rapport, cède le pas à une vision conditionnée par au moins trois composantes de la culture : l'historicité, qui situe le bien dans le temps et lui affecte des priorités différentes; la spatialité, qui situe le bien dans un territoire donné et lui attache des perceptions différentes; et l'éthique, qui situe le bien dans des systèmes de valeurs particuliers et lui attribue des aspirations différentes. Le bien se construit donc par référence à un contexte. Sur ce plan, la culture remplit un rôle déterminatif. C'est à partir du conditionnement qu'elle opère à l'égard du bien que pourront être saisis et compris les éléments auxquels un monde donné attache intrinsèquement de la valeur. Cependant, toutes les notions de la culture ne sont pas en mesure de remplir ce rôle. Par exemple, un type de notion passablement répandu consiste simplement à énoncer les productions récurrentes de l'action sociale. Ce type envisage la culture comme un ensemble constitué par les connaissances, les croyances, l'art, la morale, la coutume et les autres habitudes et aptitudes acquises. L'énumération présente l'avantage de la globalité. Elle ne va toutefois pas plus loin, laissant notamment de côté toute explication sur la cohérence qui unit ces diverses composantes. Cette cohérence est plus visible dans les notions de type historique de la culture, conçue alors comme un amalgame de comportements transmis d'une génération à une autre.

99. Pour un approfondissement sur la notion de solidarité, voir J. Habermas, *Autonomy et Solidarity*, London, Verso, 1986.

100. N. Goodman, *Manières de faire des mondes*, trad. par M.-D. Popelard, Nîmes, Jacqueline Chambon, 1992.

Ou, encore, dans les notions de type idéaliste ou normatif, qui définissent la culture comme manière de vivre commune aux individus d'une société. Elles demeurent, néanmoins, marquées de statisme - l'acteur de la culture pose des actes de reproduction, laissant dans l'ombre le changement, l'adaptation et l'innovation - et d'essentialisme¹⁰¹ - l'ensemble culturel n'est pas mis en relation avec d'autres cultures. Dans les faits, la notion de type sémiotique développée par C. Geertz cadre mieux avec la quête de *sens* caractéristique de la conception culturelle.¹⁰² Geertz refuse de confondre la culture avec les cultes et les coutumes. Il l'assimile plutôt aux «structures de compréhension» à travers lesquelles l'être humain donne une orientation et des valeurs à son existence. Ainsi conçue, la culture implique l'existence d'un code, c'est-à-dire un système de significations par lequel des individus communiquent, perpétuent et développent leurs connaissances et leurs attitudes par rapport à la vie.

Cette dernière notion s'imbrique à la conception culturelle sous trois aspects majeurs. Premièrement, elle associe la présence d'un monde donné à l'existence d'un code. Celui-ci procure une cohérence minimale sans laquelle les significations ne pourraient pas être partagées par les membres de ce monde. Deuxièmement, le code s'avère compatible avec le dynamisme social et les mutations qu'il engendre. En effet, la contrainte exercée par les significations se limite à l'organisation sociale. Rien n'empêche cette action d'être diversifiée, de procéder d'un choix entre plusieurs orientations. Par ailleurs, chaque action se trouve à germer au coeur de l'action précédente et à constituer elle-même une source d'enrichissement pour l'avenir. Et, troisièmement, le code, en tant que système de perception de l'autre par les membres d'un monde, est en perpétuel ajustement aux mondes qui l'entourent : il est ouvert, placé en situation d'interaction. Cette façon de voir le *sens* substitue à la globalisation homogénéisante sous-jacente à l'analyse de Yeelpala une représentation de la réalité dans laquelle les divers mondes présents ici et là entretiennent des rapports qui nourrissent à la fois leur ressemblance et leur différenciation.¹⁰³ À

-
101. Note, «Aspiration and Control : International Legal Rhetoric and the Essentialization of Culture» (1993) 106 Harv. L. Rev. 723.
102. C. Geertz, *Local Knowledge*, New York, Basic Books, 1983; du même auteur, *The Interpretation of Cultures*, New York, Basic Books, 1973.
103. G. Robinson et J. Rundell, dir., *Rethinking Imagination. Culture and Creativity*, London, Routledge, 1994.

l'intérieur de ces relations, les constructions multiples du sens reposent sur l'ambiguïté, la résistance et la correction. Le sens n'est donc pas purement et simplement échangé, tel quel, d'un monde à un autre. De même, les tournures qu'il est appelé à prendre ne sont pas fixes dans le temps et l'espace. La circulation du sens entre les mondes est un processus fluide, sans limites prédéterminées,¹⁰⁴ ce qui crée des «particular constellations of historical relations articulated at a particular locus».¹⁰⁵ Tout ce mouvement s'éloigne de l'homogénéisation : en droit, notamment, il faudrait plutôt l'envisager comme favorisant l'apparition de ce que R. Coombe appelle des «new legalities and juridical sensibilities».¹⁰⁶

Enfin, la conception culturelle intègre l'économique au sein du vivant.¹⁰⁷ Cette intégration implique la reconnaissance de l'existence d'au moins trois sphères.¹⁰⁸ La première sphère regroupe les activités économiques, la seconde englobe le reste des relations et des préoccupations humaines, et la troisième vise la biosphère. Ces sphères sont en interdépendance : cela signifie que la reproduction et la destinée de chacune passent par celles des deux autres. En même temps, chaque sphère n'est pas réductible aux deux autres : ainsi, les relations et les préoccupations humaines ne peuvent être toutes ramenées à l'économique. Inversement, l'économique possède certaines caractéristiques particulières qui ne peuvent s'expliquer par un recours à des considérations qui lui sont extérieures. Ce faisant, la conception culturelle prend le contre-pied de la vision de l'opulence à plus d'un titre. Elle réfute, d'abord, l'idée de lois générales et déterministes dans l'économique. La dépendance de ce dernier à l'égard d'autres sphères montre bien qu'il ne peut résoudre, à lui seul, toutes les

104. J. N. Pieterse, «Globalisation as Hybridisation» (1994) 9 *International Sociology* 161 particulièrement aux pp. 161-162.

105. R. J. Coombe, «The Cultural Life of Things : Anthropological Approaches to Law and Society in Conditions of Globalization» (1995) 10 *Am. U. J. Int'l L. & Pol'y* 791 à la p. 827.

106. *Ibid.* à la p. 796.

107. J.P. Henderson, «Challenges facing Economists in the 21st Century» (1993) *Review of Social Economy* 412.

108. R. Passet, *L'économie et le vivant*, Paris, Payot, 1979; H. Bartoli, *L'économie multidimensionnelle*, Paris, Économica, 1991.

situations où des intérêts et des aspirations sont en jeu.¹⁰⁹ La main invisible, ou la simple liberté, s'avère insuffisante. Elle doit être enrichie par des éléments qui appartiennent à la coordination et à la coopération. Ensuite, elle refuse de dissoudre les *mondes* dans l'économique. Il ne s'agit donc plus de se fier uniquement au jeu des rationalités individuelles et au contexte institutionnel du marché où elles s'exercent. Au contraire, tous les aspects qui font le propre d'un monde deviennent pertinents pour comprendre ses formes et ses orientations. En fait, l'association de l'économique et du vivant modifie les variables de l'analyse : les explications et les solutions posées en termes d'efficacité et de richesse sont fondues à l'intérieur de questionnements et d'avancés plus compliqués (parce que recourant à l'histoire, à la morale, à la sociologie et ainsi de suite, d'un monde), mais aussi infiniment plus globaux, inspirants et révélateurs. C'est ainsi que, par exemple, la réalité économique d'un monde pourra davantage s'expliquer par le concours d'un goût de la réussite et d'une volonté d'entreprendre, confortés par une sécurité morale issue de la cohérence culturelle.

b) Les lacunes de la pensée du droit uniforme et les bases de sa révision

À la lumière de cette description générale, je soumets que la conception culturelle tend vers une imbrication de pensées dialectique, systémique et complexe, laquelle est orientée fondamentalement par une pensée finaliste.¹¹⁰ Dans la présentation schématique qui suit, je démontrerai en quoi la pensée actuelle du droit uniforme s'oppose à cette tendance, ainsi que les différents principes qui devraient orienter sa révision.¹¹¹

109. J'ajouterais que toute idée de *construction* du sens s'oppose à un déterminisme fort. À ce sujet, voir les propos stimulants de S.J. Gould dans *Réflexion sur l'histoire naturelle*, Paris, Seuil, 1996.

110. Dans les passages qui suivent, je n'ai pas manqué de m'inspirer de quelques études critiques sur la globalisation. En voici quelques unes : R. Robertson, *Globalization : Social Theory and Global Culture*, London, Sage, 1992; M. Featherstone, dir., *Cultural Theory and Cultural Change*, London, Sage, 1992; J. Friedman, dir., *Cultural Identity and Global Process*, London, Sage, 1994; F. Buell, *National Culture and the New Global System*, Baltimore, John Hopkins U. P., 1994.

111. Pour un propos d'ordre plus général sur les transformations actuelles de la saisie du réel, voir I. Wallerstein, «Social Science and Contemporary Society» (1996) 11 *International Sociology* 7 particulièrement à la p.24.

i) **une pensée dialectique**

La première opposition met en relief la stabilité, l'infini et la certitude caractéristiques de la pensée métaphysique. En posant des principes immuables, un choix dualiste et des classements définitifs, celle-ci est essentiellement sécurisante. Elle dénote un état d'esprit voué à créer un sentiment ou un climat de confiance et de tranquillité. La pensée dialectique, de son côté, vient en quelque sorte la dépasser. Initialement, le dépassement provient du *changement*, qui va au-delà de l'identité. Le changement suppose un devenir qui se construit constamment. Cette construction se nourrit des expériences passées et présentes, de façon à mieux se raccrocher à un futur qui est, potentiellement, synonyme d'autres mutations. Passé, présent et avenir forment donc un bloc au sein duquel un principe *d'influence réciproque* agit entre les choses et les êtres. Toutes leurs facettes sont, a priori, perméables aux effets de ce principe qui assure un approfondissement mutuel - chaque composante peut entrer dans la connaissance et la compréhension d'une autre, et réciproquement - et une complémentarité - diverses composantes peuvent se parfaire, s'enrichir en s'associant. Par ailleurs, la dimension relationnelle inhérente à l'influence réciproque est marquée par la *contradiction* et l'ambivalence. Elle délaisse ainsi la logique binaire propre au type métaphysique qui réfute les oppositions : une chose est bonne ou mauvaise, belle ou laide. Pour le type dialectique, la coexistence des contraires est une donnée normale, comme le fait de vouloir et de devoir résoudre les contradictions constitue une attitude à la base de la formation du sens.¹¹² Finalement, ces facteurs s'inscrivent dans un mode *d'évolution par paliers*. Cela signifie que la réalité ne se modifie pas toujours au même rythme. Son évolution est plutôt fonction de phases, de périodes dont la succession dépendra de l'intensité du changement et des contradictions à surmonter.

112. J. Jacobs, *Systèmes de survie. Dialogue sur les fondements moraux du commerce et de la politique*, Montréal, Boréal, 1995.

ii) **une pensée systémique**

La seconde opposition met en lumière l'approche du type analytique qui consiste, animée de l'impératif de ne rien omettre, à découper la réalité le plus finement possible afin d'analyser ses éléments constitutifs dans le détail. Cette méthode est légitimée par l'idée voulant que chaque élément puisse être considéré indépendamment de ce qui l'entoure; en d'autres mots, la réalité ne résulterait, globalement, que de l'addition de ces éléments indépendants les uns des autres. La pensée systémique procède autrement. Elle pose, tout d'abord, le principe *d'organisation*. Il implique que la réalité doit certes être interrogée suivant ce qu'elle contient, mais aussi par rapport à la façon dont elle est organisée. Cela conduit à observer autant les liens qui unissent les diverses composantes de la réalité et leur fonctionnement que les composantes elles-mêmes. Le principe *d'association* conforte ce premier énoncé. Il postule, d'une part, que les liens et le fonctionnement des dites composantes forment un tout. Par définition, le tout signifie davantage que la réunion de ses parties : il ne leur est pas complètement réductible. D'autre part, les parties et le tout sont associés relativement à leurs transformations. Le tout se réfléchit sur les parties, les amène à se modifier, et réciproquement. Par ailleurs, l'organisation et l'association sont ouvertes sur une *totalité*. Elles sont sensibles à tous les mouvements, dimensions et effets qui se rattachent aux parties et au tout. Cette sensibilité définit l'originalité et la richesse du système dans lequel s'insère les parties et le tout. Par l'entremise de ces prémisses méthodologiques, il devient possible de développer la vision d'ensemble propre au principe de *globalité*. Pour celui-ci, une vision globale est utile sur deux plans. Premièrement, elle correspond à l'idée qu'une mobilisation de connaissances doit être tentée dans la résolution de chaque problématique particulière. Et, deuxièmement, elle permet de prendre du recul par rapport au système, de prendre en considération les phénomènes d'incertitude liés au principe de totalité, et d'apporter les ajustements nécessaires, le cas échéant.

iii) **une pensée complexe**

La troisième opposition rejoint la conviction suivante qui sert de pivot à la pensée simplificatrice : des lois universelles et permanentes existent; elles sont fondées sur, ou peuvent être réduites à quelques principes seulement; et l'agencement de ces principes peut être empreint d'une netteté qui, en excluant

la méprise et l'équivoque, s'apparente à du formalisme. La pensée complexe est plus nuancée. En calquant son horizon sur l'énoncé de Bachelard à l'effet «qu'il n'y a pas de simple dans la nature, il n'y a que du simplifié», elle porte son regard et son intérêt vers la densité de la réalité. Plusieurs approches de la complexité se développent actuellement. Pour mes fins, j'ai choisi de conceptualiser et de reprendre certains élans discursifs admirables de S. Kokis dans *Les langages de la création*.¹¹³ Dans sa saisie et sa compréhension de la réalité, la pensée complexe se définit sous l'angle de la *création*. Elle consiste à poser des actes de décentration, de réarrangement du réel, afin de faire apparaître de l'inédit. Sur un plan théorique, l'objectif est de «dégager la pensée de l'emprise concrète des sens et des habitudes pour permettre d'envisager les choses selon de nouvelles perspectives».¹¹⁴ Dans ce qui relève d'un «processus de remodelage des données de l'expérience immédiate»,¹¹⁵ la quête du sens est fonction du principe de *représentation interne*. Ainsi, pour accéder à ce qui fait la profondeur, le tissu, l'épaisseur de la réalité, il faut savoir que «[t]out s'organise autour de nous, non pas comme une réalité objective et abstraite, mais bien comme un monde personnel, selon des paramètres sémantiques que nous partageons de manière tronquée avec le réel et avec nos semblables».¹¹⁶ Plus spécifiquement, la représentation interne est le fruit d'un dialogue constant entre le monde personnel et ce qui l'entoure. Dans les mots de Kokis, le principe *dialogique*¹¹⁷ prend cette allure :

«Le cerveau humain n'est pas un récepteur passif. Il ne cesse pas de structurer, d'agencer et de revoir les informations qui nous parviennent des sens. Et ces dernières deviennent des perceptions cohérentes et signifiantes, non seulement originales, mais qui retiennent aussi en leur sein nos expériences passées, notre identité, voire la direction que nous voulons imprimer à notre existence. Cet exercice perpétuel d'accommodation et de synthèse nouvelles nous permet de nous orienter dans le monde, dans l'axe de notre personne et dans la société qui nous entoure».¹¹⁸

113. S. Kokis, *Les langages de la création*, Montréal, Nuit blanche, 1996.

114. *Ibid.* à la p. 26.

115. *Ibid.*

116. *Ibid.* à la p. 18.

117. Le principe dialogique a été approfondi particulièrement par M. Bakhtin dans *Le principe dialogique*, Paris, Seuil, 1981.

118. S. Kokis, *supra* note 113 à la p. 19.

L'accommodation et la synthèse nouvelles correspondent à l'idée d'unité si caractéristique de la pensée simplificatrice. Cependant, *l'unité*, dans sa version complexe, s'inscrit dans une démarche qui va au-delà de l'ordre, du déterminisme, de la linéarité et de l'inéluctable. En fait, il s'agit d'une démarche qui dénote «une propension à concevoir la vie sous forme de récit plutôt que de moments isolés». ¹¹⁹ Cette inclination signifie que derrière le charme, la beauté ou la raison d'être qui ressort de l'unité d'ensemble de quoique ce soit se cache toujours des dimensions infinies, compliquées, incomprises, inconnues. Le récit permet d'aller puiser dans ces deux sources indispensables que sont l'apparent et le diffus. Kokis explique sur quoi s'ouvre le récit :

«Les expériences internes gardent une certaine permanence substantielle, puisqu'à l'aide de la syntaxe linguistique, les éléments parfois hétéroclites de la mémoire sont organisés dans une sorte d'unité mouvante qui évolue à la façon d'une narration (...) Il va de soi qu'il nous faut corriger sans cesse les éléments de notre histoire - même les faits les plus insolites - par l'ajout de liens logiques parfois forcés (...) Nous passons sous silence les grandes contradictions, nous changeons le sens de nos échecs les plus humiliants, nous enveloppons le tout de manière jolie et voilà que nous regagnons l'impression d'une certaine maîtrise sur notre existence. Les raisonnements fallacieux, les ellipses très ouvertes, les analogies boiteuses et toutes sortes de recours mythiques abondent dans ce tissu narratif intérieur qu'est l'identité personnelle. La nécessité d'une cohérence de l'ensemble et les obligations de la syntaxe sont heureusement si puissantes que la meilleure des mémoires devient faillible pour arrondir les coins au profit du sens global de l'histoire». ¹²⁰

Le fil conducteur de la réalité d'une chose ou d'un être n'est donc pas en ligne droite. Il prend davantage la forme d'une boucle ou d'une spirale. ¹²¹

iv) **une pensée finaliste**

La dernière opposition confronte la pensée instrumentale caractéristique du droit uniforme à l'objectif fondamental de la conception culturelle qui cherche à trouver la meilleure réponse possible à la question finaliste «où s'en

119. *Ibid.* à la p. 33.

120. *Ibid.* aux pp. 33-34.

121. A. Rocque, «Non-Linear Phenomena» (1988) 28 Int'l Phil. Q. 247.

va-t-on ?». L'établissement d'un modèle de vie individuelle et sociale ou, plus modestement, la construction d'une destination humaine, doit être tenté. Compte tenu de la nature du *modus vivendi* décrit plus haut, j'estime que cette meilleure réponse possible doit être pluraliste et fondée sur la communication. En effet, la pierre angulaire normative fondée sur l'épanouissement et la solidarité établit les bases du contenu de la pensée finaliste requise. Mais façonnée par divers mondes construits, elle devient nécessairement plurielle. Cette construction pluraliste n'est pas un précipice vers le relativisme : cela serait mal interpréter l'argumentation de Goodman sur ce point. En disant que les mondes sont construits, il ne dit pas que nous sommes libres de penser ce que nous voulons. Sa thèse est qu'il y a de nombreuses manières de bien comprendre, et non qu'il n'y a pas de différence entre bien et mal comprendre. La construction demeure soumise à certains critères, dont l'un des plus importants est *l'ajustement*. Pour Goodman, la connaissance consiste à trouver cet ajustement, «comme on place une pièce dans un puzzle».¹²² Par analogie, l'ajustement au cœur de la pensée finaliste est appelé à se matérialiser sous la forme d'une recherche d'un terrain de coexistence entre des mondes faits de visions plus ou moins irréductibles et de pratiques plus ou moins incompatibles. Fortement empreinte d'un esprit de communication, cette coexistence devra être ressentie comme l'occasion, pour chaque monde, de faire l'expérience de ses propres limites : une découverte qui laissera un espace ouvert pour accueillir des conceptions de la réalité venues d'ailleurs.

122. N. Goodman, *supra* note 100 à la p. 31.

IV- UNE NOUVELLE REPRÉSENTATION DU DROIT UNIFORME

Suivant la logique de la méthodologie établie au départ, l'imbrication de pensées dont je viens de faire état serait constitutive d'un nouvel *arrière-plan*. Dans la mesure où le bien-fondé de ce dernier est admis, comment se refléterait-il sur la trame des moyens d'expression et de persuasion du droit uniforme? Voici, en guise de prospective, le discours que je propose.

a) le contexte de découverte

i) la pensée dialectique : l'argument du relationnalisme

Les premiers mots de ce discours s'intéressent spécifiquement aux contractants. Comment doit-on se représenter ce qu'ils font et dans quel contexte ils agissent? Dans l'optique sécurisante de la pensée métaphysique, le contrat sert à fixer des obligations. Sur un plan temporel, cette fixation signifie que le contrat est réputé localisé en un moment unique : avant et après ce moment, aucune obligation n'existe. Les divers temps possibles du contrat sont ramenés et confondus à un seul, un temps actuel, présent. Cette faculté dite de «présentation»¹²³ s'avère vraisemblable en raison notamment de la stabilité et de la continuité qui caractérisent l'environnement des parties. Les conditions passées et futures étant appelées à demeurer similaires, il devient concevable que des parties puissent suffisamment se souvenir et anticiper pour définir complètement, à un moment donné, leur engagement. L'insistance sur le caractère obligatoire du contrat s'explique aussi par le dualisme métaphysique qui conduit à envisager les parties comme des entités séparées, irréductibles l'une à l'autre. De même, la logique dualiste restreint l'éventail des motivations de chaque partie à un contrat à, principalement, la poursuite de ses propres fins. Ces effets du dualisme sont assimilés à de l'antagonisme et de la maximisation égoïste d'intérêts. Dans tous les cas, la fixation des obligations permettrait d'en assurer la maîtrise et d'éviter leur dérapage.¹²⁴

123. I.R. Macneil, «Contracts : Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law» (1978) 72 Nw. U. L. Rev. 854 à la p. 863.

124. Pour une discussion sur cette idée, voir C. Fried, *Contract as Promise : A Theory of Contractual Obligation*, Cambridge, Harvard U.P., 1981.

L'argument relationnel voit les choses autrement.¹²⁵ Il adopte une vision réseau(tiste) des rapports contractuels basée sur l'adaptation, la flexibilité, et dans laquelle la dimension normative de tout échange constitue une préoccupation fondamentale.¹²⁶

Plus spécifiquement, l'argument relationnel place les contractants dans un environnement dialectique, c'est-à-dire fonction du changement et de l'évolution par paliers. Traversé par le mouvement, la diversité, l'instabilité et la stabilité, cet environnement s'apprécie temporellement de deux façons complémentaires : en longue durée, et au jour le jour. C'est donc dire que le contrat n'est pas un point arrêté, figé dans le temps. Il s'agit plutôt d'un maillage qui se meut, «an on going operation» suivant la formule de Macneil.¹²⁷ Dès lors, il ne peut y avoir *un* moment magique à partir duquel découleront toutes les obligations à la charge des parties. Étant donné que le contrat progresse autant, dans le temps, à partir du long terme que du court terme, plusieurs moments ou circonstances autres que la conclusion formelle seront de nature à engager les parties. Aussi, sur le plan des valeurs, le «maillage» ouvre la porte à une vue d'ensemble différente du contrat. L'antagonisme et la maximisation égoïste d'intérêts équivalent à un éventail normatif que je qualifierais d'étroit. Dans l'optique métaphysique, cette étroitesse convient dans la mesure où le potentiel d'un contrat est conçu comme déterminé à l'avance. Il suffit aux parties de se le diviser en suivant le jeu de la somme zéro, c'est-à-dire qu'à chaque avantage gagné par un contractant correspond un désavantage pour l'autre. En comparaison, l'argument relationnel associe le potentiel du contrat à un faisceau

125. Ian R. Macneil poursuit, depuis de nombreuses années, une théorie du «relational contract» qui s'avère très riche et prometteuse relativement à l'argument relationnel que j'entends développer plus à fond dans l'avenir. Je réfère le lecteur à l'un seul de ses textes fondamentaux : *The New Social Contract. An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven, Yale U. P., 1980.

126. Dans un contexte différent mais tout à fait pertinent pour un approfondissement ultérieur, S. Salbu a réalisé une étude fascinante sur l'approche relationnelle : «The Decline of Contract as a Relationship Management Form» (1995) 47 Rutgers L. Rev. 1271; du même auteur, voir «Parental Coordination and Conflict in International Joint Ventures : The Use of Contract to Address Legal, Linguistic and Cultural Concerns» (1993) 43 Case W. Res. L. Rev. 1221.

127. I.R. Macneil, «The Many Futures of Contracts» (1974) 47 S. Cal. L. R. 691.

de possibilités d'avancement, en qualité, pour chacune des parties. Or, pour étendre ces possibilités le plus possible, un enrichissement et une diversification des valeurs à l'oeuvre dans chaque contrat donné s'imposent. Il faut tendre vers un éventail normatif large, composé d'éléments tenant à la coopération, la confiance, la coordination et d'autres.¹²⁸

ii) la pensée systémique : l'argument du bien commun

La conception culturelle du bien ne peut avoir de sens que s'il existe quelque chose qui constitue plus que la simple somme des intérêts des parties impliquées dans des transactions. D'une part, en s'inspirant du théorème d'impossibilité d'Arrow,¹²⁹ il est en effet possible d'établir qu'aucune procédure de regroupement de préférences individuelles manifestées dans des contrats ne permettrait de déterminer en tout temps une préférence collective. De même ne serait-il pas possible de hiérarchiser des priorités collectives uniquement à partir des classements effectués par chaque contractant individuellement. D'autre part, la théorie des jeux coopératifs montre bien que la simple liberté à la base de la conception de l'opulence s'avère insuffisante. Il appert plutôt qu'en présence d'une contrainte de ressources communes, le gain des contractants est supérieur lorsqu'ils maximisent leurs objectifs respectifs *en tenant compte de la collectivité*. Le «quelque chose de plus» sous-entendu ici se traduit par l'argument du bien commun.

L'argument du bien commun marque une rupture d'avec le technocratismes dont la culmination est l'avènement de la société totalement administrée. M. Weber voyait là une source de désenchantement : le fait politique, social et culturel est évacué, le débat public présente peu d'intérêt parce qu'il est une perte de temps, et la durée, le global et le complexe ne constituent pas des préoccupations. Le bien commun vient remplir ce vide désenchantant. Il le fait en se positionnant comme arbitre ou régulateur des intérêts contradictoires ou simplement différents. Il implique de penser simultanément le micro et le macroscopique, de répondre au court terme des besoins immédiats mais aussi au long terme de l'histoire. Bref, il s'agit *de relier*

128. C. Vadcar, «Relations Nord-Sud : Vers un droit international du partenariat?» [1995] J.D.I. 599.

129. K. J. Arrow, *Social Choice and Individual Values*, 2^e éd., New York, Wiley & Sons, 1963.

*tout en distinguant, au lieu de constamment disjoindre et de réduire.*¹³⁰ Dans ce contexte, le bien commun appelle à une réflexion constante sur les contraintes qui font obstacle au bien-être, ainsi que sur les facteurs qui contribuent à les faire naître.

L'argument est également à contre-sens avec le pan-économisme. Dans sa variante libérale, cette approche est fortement associée à la thèse d'A. Smith suivant laquelle les intérêts économiques sont le meilleur antidote à la violence et au dogmatisme. Tout se passe comme si ces intérêts individuels ou nationaux, fondés sur l'utilité et initialement conflictuels, allaient s'apaiser dans un modèle institutionnel précis, celui du marché. Le pan-économisme est conforté par le paradigme puissant des anticipations rationnelles. Ce paradigme postule que toute mesure ou norme autre que purement économique sera éventuellement vaine : les agents économiques utiliseront la totalité des connaissances dont ils disposent pour en contourner les effets. Il en résulte un savoir expert qui accrédite l'inclination à penser que l'économique a toujours raison. Sur ce point, le bien commun procède à une relativisation et à une fragmentation. Pour reprendre les mots de P. Ricoeur, il faut garder fermement à l'esprit qu'à l'égard des questions fondamentales, «les experts n'en savent pas plus que chacun d'entre nous».¹³¹ C'est donc dire que le bien commun réhabilite la valeur du fait politique, social et culturel dans l'élaboration du *modus vivendi* évoqué précédemment.

iii) la pensée complexe : l'argument du «monde»

En plus d'insister sur le relationnalisme et le bien commun, le discours véhiculant le droit uniforme doit permettre à chaque monde donné de parler, de dire en quoi consiste son contexte existentiel.¹³² Présentement, cette possibilité de se faire entendre est très réduite : dans la pensée simplificatrice, un

130. Voir E. Morin, «Pour une réforme de la pensée», *Le Courrier de l'UNESCO* (février 1996) 10.

131. Citation de J.-M. Denis dans «L'ère du mépris», *Le Monde*, (9 décembre 1995).

132. L'étude récente de E.R. Carrasco, intitulée «Law, Hierarchy, and Vulnerable groups in Latin America : Towards a Communal Model of Development in a Neoliberal World» est une excellente illustration des propos que je tiens ici. Elle est publiée à (1994) 30 *Stan. J. Int'l L.* 221.

universalisme formaliste, abstrait et réducteur tend à s'imposer, contraignant au silence les multiples sites humains dans lesquels le droit uniforme est appelé à être présent ou l'est déjà. Suivant la conception culturelle, ce mutisme est inacceptable puisque les mondes jouent un rôle fondamental dans l'effort commun de construction du bien qu'elle prône. Tout monde doit pouvoir présenter son argument. Comment? La pensée complexe, telle que je l'ai conceptualisée, invite à approfondir le socle mental du droit uniforme dans chacun des mondes. Les quatre principes de la complexité sont autant de pistes à débayer afin de comprendre ce que le droit uniforme *signifie*, dans toute la largesse du terme, au sein d'un monde : c'est ce tissu de significations qui sera constitutif de l'argument visé.

À prime abord, le passage d'un argument de convergence juridique à un autre fondé sur une appartenance diverse requiert une vision particulière de la matière même du droit uniforme. Cette matière, elle est essentiellement interactionniste.¹³³ Sur le fond, elle se forme, se transforme, mûrit; dans le temps, elle se partage en continuités et en discontinuités. Son interdépendance avec l'ensemble des matières est générale : tous les phénomènes juridiques dépendent, à quelque degré, des autres phénomènes sociaux et naturels. Il n'est donc pas possible de simplifier la réalité du droit uniforme en se privant d'observer quelle est sa vie en société. Au contraire, toute observation en ce sens trouve sa pertinence en temps et lieu. En effet, même les phénomènes en apparence distants, sans rapports ou inactifs contribueront souvent à la genèse encore imperceptible d'éléments nouveaux à l'intérieur du droit uniforme. Il s'agit donc d'un travail sur une matière beaucoup plus éclatée que fermée auquel convie la pensée complexe.

Au moins trois éléments devraient apparaître à travers le tissu de significations constitutif de l'argument d'un monde. Le premier est relatif à l'innovation: il s'agira de déterminer comment le droit uniforme amène ou peut amener un monde à déroger à la routine, à la tradition, ou plutôt à les consolider davantage. Le second élément relève de la diffusion. Pour le mettre en relief, l'observation doit porter sur les transferts de significations du droit uniforme d'un monde à un autre, mais aussi sur l'utilisation qui en est faite et les

133. V. Gessner, «Global Legal Interaction and Legal Cultures» (1994) 7 Ratio Juris 132.

déformations qui en résultent. En parallèle, la diffusion devrait montrer en quoi ces processus freine, accélère ou amplifie les effets de l'innovation. Quant au dernier élément, il tend vers l'objectif social poursuivi par un monde et auquel participe, directement ou indirectement, le droit uniforme. Cet objectif peut être un de bien-être, constituer un idéal de modernisation... Au terme de cette trilogie, l'intelligibilité d'un monde pourra plus certainement qu'aujourd'hui être à portée de main.

b) le contexte de justification

Répondre aux besoins du commerce international et favoriser le développement du commerce international, qui constituent les deux fondements du contexte de justification du droit uniforme actuellement dominant, ne peuvent plus jouer le rôle de considérations ultimes à l'aube desquelles le contexte de découverte s'anime. La pensée finaliste requise par la conception culturelle invite à aller chercher à un niveau supérieur les éléments qui sauront véritablement permettre au droit uniforme de se déployer conformément au *modus vivendi* pluraliste et basé sur la communication que j'ai identifié précédemment. Ce déploiement apparaît nécessaire puisque dans une perspective finaliste, le bien-fondé de la commercialité au coeur du droit uniforme devient lié à la consolidation qu'elle procure à la pierre angulaire normative fondée sur l'épanouissement et la solidarité. Dans l'immédiat, le modèle rawlsien offre une piste prometteuse d'univers normatif à partir duquel ce déploiement pourrait se réaliser.¹³⁴

À la base de ce modèle repose une préoccupation fondamentale: comment faire coexister des visions différentes du monde? Cela serait possible par l'entremise du consensus par recoupement, dont les interactions finiront par procurer les moyens et les règles d'une indispensable coopération. La viabilité de la coexistence ne dépend pas d'un engagement moral, philosophique ou culturel profond de tous. Le modèle rawlsien est modeste à cet égard. Cependant, il appelle fondamentalement à un principe d'équité que tous peuvent partager, un principe qui matérialiserait le critère de l'ajustement de Goodman. L'équité correspond à un état d'esprit dynamique qui suppose une prise de

134. J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard U. P., 1971.

conscience de l'auto-limitation nécessaire et volontaire de son bonheur et de son intérêt.

Plus particulièrement, cet état d'esprit sera le fait de personnes qui ne cherchent pas seulement à maximiser leurs avantages immédiats, mais qui seront également capables de placer leurs intérêts et ceux des autres en prospective. Cela met en relief la nécessité de respecter la liberté d'autrui, car c'est dans cette logique de réciprocité que les intérêts de chacun seront le mieux assurés. La liberté des partenaires va de pair avec leur égalité. Dans le modèle rawlsien, l'égalité est fondée sur un voile d'ignorance relativement à la position de chacun, quant à ses capacités et ses talents, dans la société. Encore là, la logique de réciprocité signifie que chacun a avantage à considérer autrui comme son égal, qui peut donc prétendre aux mêmes droits que lui.

Globalement, le consensus par recoupement traduit une vision optimiste du monde, une vision où l'enchantement est encore plausible en raison des nouvelles possibilités de rapports sociaux qu'il laisse poindre à l'horizon.¹³⁵ C'est en se rattachant à ce genre d'univers normatif constructif que le droit uniforme est susceptible de se justifier sur les plans moral, politique, social... En d'autres mots, d'établir et de maintenir sa légitimité.

CONCLUSION

Au terme de cette analyse, quel avenir peut-on présager pour la bonne foi? La question se pose d'abord relativement à l'expression formelle de «la bonne foi». Dans la nouvelle représentation du droit uniforme, j'ai enlevé *l'argument de la bonne foi* au profit d'appellations qui cadrent mieux avec les changements proposés. Cependant, il convient de rappeler que, conformément au triptyque appliqué en l'espèce, il ne s'agit là que de la surface ou du premier plan du droit uniforme: à ce niveau, l'important consiste à trouver les «costumes» les plus adéquats eu égard à la clarté et à l'attrait du discours juridique. Or, en cette matière, plusieurs facteurs entrent en jeu. Dans ce cas-ci,

135. Le caractère optimiste de cette vision se rapproche de celui présent dans la philosophie de J. Habermas. Voir, notamment, *Moral Consciousness and Communicative Action*, Cambridge, MIT Press, 1990; et *The Theory of Communicative Action*, Boston, Beacon, 1984.

l'histoire et la tradition sont particulièrement significatifs. Pour l'instant, ils continuent de favoriser grandement la persistance dans l'utilisation des mots «bonne foi» en tant que moyen d'expression et de persuasion.

Mais quoiqu'il arrive du costume de la bonne foi, la problématique et l'enjeu sous-entendus par le fond de la question sont les suivants. Le sens des différents arguments constitutifs du droit uniforme n'est pas fixe, brut, déterminé à l'avance et extérieur à notre esprit de telle sorte que nous n'aurions qu'à aller le cueillir dans ces *données de l'expérience immédiate* que sont la loi, la jurisprudence et la doctrine juridique. Ce sens, comme tout sens, est plutôt le produit, en constante mouvance, d'une élaboration intellectuelle ou, tout simplement, d'une expérience mentale qui ne connaît pas de frontières. En clair, le sens est fait, construit, compris, et non cueilli tel qu'il est déjà quelque part. Mais pour qu'il soit fait, construit ou compris pleinement, nous devons voir à nous dégager de l'emprise concrète de ces données de l'expérience immédiate du juriste au profit de l'éclectisme et de *l'ajustement*. Pour les fins de ma contribution, c'est la méthode de Koskenniemi, accolée à la conception culturelle du bien, qui aura facilité ce dégagement. Celui-ci préfigure quel genre d'avenir, sur le plan des principes de pensée, attend la bonne foi dans la mesure où l'expression demeure présente: un avenir *fait* de pensées dialectique, systémique, complexe et finaliste.

Pour avoir encore une meilleure idée de ce futur, l'analyse du droit uniforme et de la bonne foi, devra éventuellement aborder le volet normatif du sens.¹³⁶ Ce volet est en effet tout aussi vital que celui sur les principes de pensée. Il devrait permettre d'accéder à des ensembles normatifs étendus, tel le libéralisme. À son tour, cet accès devrait favoriser, en rapport avec la conception culturelle, le développement d'un point de vue critique et créatif sur les liens entre le projet universaliste de la raison libérale qu'est la mondialisation et le

136. Quelques études pointent dans cette direction, dont celles-ci : A.H. Kastely, «Unification and Community: A Rhetorical Analysis of the United Nations Sales Convention» (1988) 8 Nw. J. Int'l L. Rev. 574; E. H. Patterson, «The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Unification and the Tension between Compromise and Domination» (1986) 22 Stan. J. Int'l L. 263. Pour un exemple relatif aux Principes d'UNIDROIT, voir H. Veytia, «The Requirement of Justice and Equity in Contracts» (1995) 69 Tul L. Rev. 1191.

droit uniforme.¹³⁷ Nous ne pouvons nous contenter d'affirmer que le droit uniforme reflète les valeurs libérales ou d'autres et de fournir quelques indications, sans plus. Le sens, devrions-nous maintenant en être convaincus, est davantage qu'un simple reflet: c'est une affaire de profondeur, d'enracinement. D'ailleurs, contrairement aux apparences, la théorie libérale internationale est loin d'être achevée. D'aucuns estiment qu'elle doit mûrir encore passablement¹³⁸ afin de gagner ou de consolider sa crédibilité, selon les opinions. Ce serait donc un leurre de penser qu'il suffit de référer mécaniquement au libéralisme pour procurer au droit uniforme l'assise normative dont il a besoin, quand celle-ci est elle-même en mouvement. En somme, il reste beaucoup de place, sinon un champ très vaste, pour une étude et une réflexion nécessaires.

-
137. Pour quelques études, voir R.O. Keohane, «International Liberalism Reconsidered» dans J. Dunn, dir., *The Economics Limits of Politics*, Cambridge, Cambridge U. P., 1989, 165; A. Moravcsik, «Liberalism and International Relations Theory», Working Paper, Center of International Affairs, Harvard University; D. Kennedy, «Receiving the International» (1994) 10 Conn. J. Int'l L. 1.
138. M. W. Zacher et R. A. Matthew, «Liberal International Theory: Common Threads, Divergent Strands» dans C. W. Kegley, dir., *Controversies in International Relations Theory: Realism and the Neoliberal Challenge*, New York, St. Martin's, 1995 à la p. 107; aussi, K. Cowling, R. Sugden, *Beyond Capitalism: Towards a New World Economic Order*, New York, St. Martin's Press, 1994.