

Le droit naturel selon Fuller

Jérémie VAN MEERBEECK

*law is not a datum but an achievement
that needs ever to be renewed*

Fuller

Dire que, lorsque Lon Fuller prend la plume, le droit naturel n'est plus en odeur de sainteté aux-États-Unis serait un euphémisme. Au contraire, il admet lui-même que l'expression évoque alors plutôt l'odeur du « chaudron des sorcières »¹, au point qu'il préférera dans un premier temps forger un néologisme (celui d'« *eunomics* ») avant d'assumer sa théorie du droit naturel procédural. On peut même se demander si ce revirement terminologique n'aura pas contribué à ralentir la réception de sa pensée dans le monde juridique francophone.

Quoi qu'il en soit, un ouvrage consacré à l'actualité du droit naturel pouvait difficilement faire l'impasse sur cette théorie, à la fois riche et originale par ses dimensions fortement téléologique et procédurale. Après avoir rappelé quelques éléments de contexte et évoqué brièvement la place de la notion de « *purpose* » dans la pensée de Fuller (I), nous aborderons succinctement sa conception du droit naturel, tant sur le plan substantiel (II) que procédural (III).

I. Le contexte et la notion de « *purpose* »

La pensée de Fuller s'inscrit dans un contexte où le droit naturel a été discrédité par les théories positivistes et réalistes, à qui il reprochera la même volonté d'imposer une méthode scientifique au droit, comme si c'était un objet inanimé entre les mains de l'autorité alors qu'il s'agit d'une entreprise intentionnelle et interactionnelle. Dès 1934, il publie un article critique du mouvement réaliste²

1. L.L. Fuller, « Reason and Fiat in Case Law », *Harvard Law Review*, 1946, p. 379.

2. L.L. Fuller, « American Legal Realism », *University of Pennsylvania Law Review*, 1934, p. 429-462.

et, par la suite, n'aura de cesse de critiquer les thèses du positivisme juridique, fortes du renouveau insufflé par Herbert Hart.

En 1938, Fuller se rend en Europe, où il rencontre Hans Kelsen, qu'il aidera ensuite, pendant la guerre, à trouver du travail aux États-Unis. En 1939, Fuller rejoint la Faculté de droit de Harvard et, en 1940, il publie *The Law in Quest of Itself*, dans lequel il attaque les théories positivistes qu'il attribue à Gray, Holmes et Kelsen mais également à certains réalistes. Il écrit à Karl Llewellyn, le 13 mai 1940, qu'il se voit jouer un rôle dans l'université de Harvard afin de contrer l'approche excessivement légaliste et conceptualiste de certains de ses collègues. En 1948, Fuller sera nommé Carter Professor of General Jurisprudence, poste qui avait été assumé avant lui par Roscoe Pound.

Les années suivantes seront marquées par son célèbre débat avec H.L.A. Hart. Dans la seconde édition de la *Moralité du droit*³, Fuller rappelle lui-même les différents « rounds » de ce duel, commencé suite à la Holmes Lecture donnée par Hart à la Faculté de droit de Harvard en avril 1957 et qui se terminera avec l'ajout, dans cette seconde édition, d'un chapitre substantiel qui contient « la suite de (s)on débat avec Hart, mais une réponse à d'autres critiques également »⁴. Cet échange animé entre les deux hommes n'empêchera toutefois pas Fuller de se rendre à Oxford en 1967 pendant quelques semaines où il sera chaleureusement reçu par Hart⁵.

Au cœur de la controverse entre les deux philosophes du droit, et de la théorie du droit de Fuller, on trouve la notion de « *purpose* », que l'on peut traduire par les termes « but », « fin », « objectif » ou « intention » selon les contextes d'utilisation. Selon Hart, c'est précisément de la passion de Fuller pour cette notion que proviennent les « vertus et les vices » de la *Moralité du droit*, le propre de toute passion étant qu'elle « peut à la fois inspirer et aveugler un homme »⁶. Quant à Fuller, il fait précisément le reproche à son adversaire de ne pas accorder assez de place à cette notion de « *purpose* » et de souffrir « de l'illusion positiviste (...) qu'on gagnerait à traiter les dispositifs institutionnels qui poursuivent un but comme s'ils n'en avaient pas »⁷. C'est encore cette notion de « *purpose* » qui, selon Fuller, constitue la clé pour comprendre le débat fondamental entre

3. La première édition date de 1964 : L.L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven and London, Yale University Press, 1964.

4. L.L. Fuller, *La moralité du droit*, trad. par J. Van Meerbeeck, Presses de l'Université Saint-Louis, 2017, p. 196.

5. Fuller est décédé le 8 avril 1978. Comme le résume un ancien doyen d'Harvard : « It was Fuller's achievement that he reached more American law students and stimulated more speculative thought about the law than any other American law teacher » (E.N. GRISWOLD, « Lon Luvois Fuller – 1902-1978 », *Harvard Law Review*, 1978, p. 352).

6. H.L.A. Hart, « The Morality of Law by Lon L. Fuller », *Harvard Law Review*, 1965, vol. 78, p. 1281-1296.

7. L.L. Fuller, *La moralité du droit*, op. cit., p. 196.

jusnaturalistes et positivistes et pour appréhender sa conception du droit naturel substantiel.

Il ne s'agit en effet pas, ~~selon Fuller~~, de savoir s'il faut qualifier les jusnaturalistes d'absolutistes et les positivistes de relativistes, ou de répondre à la question de la supériorité du droit naturel sur le droit positif. D'une part, la dichotomie absolu/relatif n'apporte rien au débat relatif au droit et à la justice, offrant tout au plus des termes qu'on se jette à la figure à titre de compliment ou d'insulte. Quant à la question de la supériorité du droit naturel sur le droit positif, il l'estime vaine : il juge tout aussi problématique l'attitude du juge qui écarterait toute disposition du droit positif lui semblant contraire au droit naturel qu'évident qu'on puisse imaginer une loi à ce point infâme que toute personne se sentirait contraint d'y désobéir. En fait, ajoute-t-il à juste titre, la plupart des jusnaturalistes fondaient l'obligation du respect du droit positif sur le droit naturel, celui-ci ne commandant de s'écarter de la loi positive que dans des cas exceptionnels, comme en cas de dictature ou d'occupation par les forces ennemies⁸.

Le nœud des discussions entre jusnaturalistes et positivistes se trouve plutôt dans la dichotomie entre être (« *is* ») et devoir-être (« *ought* »)⁹. Alors que les premiers associaient les deux, les seconds considèrent que les juristes doivent limiter leur étude à ce que le droit est, et non à ce qu'il devrait être. Pour le professeur de Harvard, cette distinction éculée ne peut s'appliquer à une activité humaine intentionnelle comme le droit. Il donne ainsi l'exemple d'une machine vendue en pièces détachées, dont le manuel a été rédigé par un ingénieur à l'anglais approximatif. Le professeur d'anglais, qui s'en tient à une interprétation littérale du manuel, aura bien du mal à assembler la machine alors que le mécanicien, qui ne s'attache pas aux termes utilisés mais à l'intention, au but du concepteur de la machine, arrivera à monter celle-ci sans problème. Or, estime Fuller, une intention ou un but est bien un fait, mais qui donne un objectif, une direction à suivre. Il s'agit donc à la fois d'un fait et d'un critère qui permet de juger des faits, et la « logique », qui nous dit qu'il est impossible de déduire ce qui doit être de ce qui est, lui est inapplicable¹⁰. Selon lui, ce n'est pas un hasard si ceux qui ne voient que fraude et illusion dans la notion de droit naturel sont aussi ceux qui sont incapables de voir l'inapplicabilité essentielle de la dichotomie *is/*

8. L.L. Fuller, « American Legal Philosophy at Mid-Century », *Journal of Legal Education*, 1954, Vol. 6, p. 467-468.

9. On attribue surtout à Hume la démonstration qu'il est impossible de tirer un devoir être (*ought*) d'un être (*is*) (D. Hume, *A Treatise of Human Nature*, Londres, Allman, 1817, p. 172). Sans surprise, H. Kelsen en fera un des arguments principaux contre le droit naturel, accusé de dériver d'un « *is* » (la nature) un « *ought* », à savoir le droit naturel (H. Kelsen, « Positivisme juridique et doctrine du droit naturel », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruxelles-Paris, 1963, p. 148). J. Finnis va cependant démontrer le raccourci considérable réalisé par certains lecteurs de Hume (J. Finnis, *Natural Law & Natural Rights*, Oxford, OUP, 2^e éd., 2011, p. 36-42).

10. L.L. Fuller, « American Legal Philosophy at Mid-Century (...) », *op. cit.*, p. 469-470.

ought aux « *purposes* ». En effet, conclut-il, seuls ceux qui auront perçu que cette distinction perd sa validité face à une intention ou à un but (« *purpose* ») seront en mesure de percevoir qu'elle perd également toute force lorsqu'elle est confrontée à la justification des jugements éthiques en général¹¹. Il en va *a fortiori* ainsi du droit naturel substantiel.

II. Le droit naturel substantiel

En 1954, Fuller écrit que l'homme est un ensemble extrêmement compliqué de buts (« *purposes* ») qui sont liés et interagissent, système qui constitue sa nature et que le droit naturel observe pour établir un critère afin d'adopter des jugements éthiques. Ce qui fait progresser la nature de l'homme est bon, ce qui l'empêche de la réaliser est mauvais. Tout comme le jardinier observe les arbres dans différentes conditions de croissance afin d'apprendre comment il peut le mieux les aider à être ce qu'ils sont, Fuller ne voit pas quel autre critère peut servir de jugement éthique que celui qui cherche à respecter la nature de l'homme telle qu'elle serait si elle pouvait surmonter ses imperfections. Plus catégorique, il écrira encore que seule une éthique fondée sur la théorie du droit naturel est en mesure de profiter des avancées de la connaissance scientifique relative à la nature humaine. Une telle éthique non seulement permet mais impose la liberté de chercher la vraie compréhension de l'homme et, en ce sens, se situe à l'exact opposé de la théorie qui essaie d'établir un « code de la nature » éternel et immuable¹².

Dans la *Moralité du droit*, publié dix ans plus tard, Fuller annonce d'emblée avoir rédigé cet ouvrage suite à l'insatisfaction causée par la littérature abordant le rapport entre droit et morale, qui résulte d'une part de son incapacité à clarifier le sens même de morale et, d'autre part, du manque d'attention porté à la moralité interne du droit¹³. Or, pour comprendre la notion de morale, il faut distinguer entre la moralité du devoir et la moralité d'aspiration, qui font partie d'une même échelle morale, toute la difficulté consistant à localiser le curseur qui les sépare. La première vise « la moralité de la Vie bonne, de l'excellence, de la réalisation complète des potentialités humaines », elle part du « sommet de la réalisation humaine », alors que la seconde, qu'on trouve dans l'Ancien Testament et les dix commandements, « part de sa base » et établit « les règles essentielles

11. *Ibid.*, p. 472. Fuller écrira ailleurs que la distinction de Hume entre fait empirique et implication logique ne rend pas justice à la rationalité qui est à l'œuvre dans l'évolution jurisprudentielle d'une théorie juridique, qui se distingue de la déduction logique en ce qu'elle tend à réorganiser et à clarifier, en fonction de la survenance des cas, les buts qui constituaient le point de départ de la réflexion (L. L. Fuller, « The Forms and Limits of Adjudication », *Harvard Law Review*, 1978-1979, vol. 92, p. 380-381).

12. L.L. Fuller, « American Legal Philosophy at Mid-Century (...) », *op. cit.*, p. 472-473.

13. L.L. Fuller, *La moralité du droit*, *op. cit.*, p. 13-14.

sans lesquelles une société organisée est impossible ou, à tout le moins, ne peut atteindre ses objectifs »¹⁴.

Au cœur de la moralité du devoir, se trouve la notion de réciprocité, qui concerne toute société et tout être humain responsable. C'est également là qu'opèrent le plus naturellement les sanctions, dès lors qu'il est possible, à ce niveau, d'identifier avec une relative certitude les critères formels pour juger de la qualité d'une performance. Il n'est donc pas surprenant que le droit y trouve sa parenté la plus proche. La moralité d'aspiration est davantage concernée par les récompenses que par les sanctions et se prête donc peu aux formalités propres à une procédure juridictionnelle. Le droit ne dispose ainsi d'aucun moyen pour contraindre un homme à être à la hauteur de l'excellence dont il est capable, ce qui n'empêche pas que tout notre ordre juridique est traversé par les implications de la moralité d'aspiration, en ce qu'il « constitue un ensemble de règles conçues pour sauver l'homme du jeu aveugle du hasard et pour le mettre en sécurité sur la voie d'une activité raisonnée et créative »¹⁵.

Après ces propos philosophiques introductifs, Fuller consacre l'essentiel de son livre à la question de la moralité interne du droit qu'il associe, on le verra, à une conception procédurale (ou institutionnelle) du droit naturel. Il reviendra cependant sur la question du droit naturel substantiel lors de la rédaction du chapitre supplémentaire rédigé à l'occasion de la seconde édition de son ouvrage. Dans une section intitulée « Le contenu minimal d'un droit naturel substantiel », qui est une référence explicite à la théorie de Hart sur la question¹⁶, Fuller se demande si on peut retirer davantage de la moralité d'aspiration que le fait qu'elle « ne peut refuser la qualité d'humain à ceux qui la possèdent sans perdre son intégrité »¹⁷. Le professeur de Harvard ne peut accepter l'affirmation de son collègue d'Oxford selon lequel la survie serait non seulement une condition nécessaire pour la réalisation des autres fins humaines (ce qu'il admet volontiers) mais qu'elle constituerait l'élément essentiel et central de tout effort humain. Si nous devons vraiment identifier un tel élément, poursuit-il, nous le trouverions dans l'objectif visant à maintenir la communication avec nos semblables. Selon lui, la communication est, davantage qu'un moyen de rester vivant, une véritable façon de vivre qui nous permet d'hériter « des réalisations des efforts humains passés », de « nous réconcilier avec l'idée de la mort, en nous assurant que ce que nous réalisons enrichira la vie des générations futures »¹⁸. Et Fuller de conclure que, si on lui demandait « d'identifier un principe central indiscutable de ce qu'on pourrait appeler le droit

14. *Ibid.*, p. 14-15.

15. L. L. Fuller, *La moralité du droit*, *op. cit.*, p. 20-40.

16. Dans son *Concept de droit* (trad. par M. van de Kerchove, Bruxelles, Publ. de l'Université Saint-Louis, 2005, 2^e éd., p. 193-200), Hart admet l'existence d'un contenu minimal de droit naturel dérivé (en substance) de l'objectif de survie de l'espèce, de la vulnérabilité humaine et du caractère limité des ressources naturelles.

17. L.L. Fuller, *op. cit.*, p. 189.

18. *Ibid.*, p. 190-192.

naturel substantiel – le Droit Naturel en lettres majuscules », il le trouverait dans l'injonction suivante: « ouvre, maintiens et préserve l'intégrité des canaux de communication par lesquels les hommes communiquent les uns avec les autres ce qu'ils perçoivent, ressentent et désirent »¹⁹. Sur ce point, estime-t-il, la moralité d'aspiration « offre plus qu'un bon conseil et que le défi de l'excellence » et parle « de la voix impérieuse qui émane généralement de la moralité du devoir » mais qui, à la différence de celle-ci, « peut être entendue par-delà les frontières et à travers les barrières qui séparent actuellement les hommes les uns des autres »²⁰.

Il convient maintenant d'examiner pourquoi Fuller se définit davantage comme promouvant une théorie de droit naturel *procédural*. Il insiste en effet sur le fait qu'on peut parfaitement rejeter la conception « substantielle » du droit naturel déjà évoquée et néanmoins embrasser une conception plus « procédurale »²¹.

III. Le droit naturel procédural

A. Les lois naturelles de l'ordre social

Fuller part de l'hypothèse suivante, qui gît au fondement de sa théorie du droit: « Il existe des lois naturelles de l'ordre social »²². Selon lui, alors que de nombreuses études en matière de gestion d'entreprise, d'économie ou de science politique postulent qu'il existe des lois naturelles dans leur champ respectif qu'elles s'évertuent à décrire, la théorie du droit ~~moderne~~ se limite à étudier le droit étatique et l'interaction ~~entre le droit étatique et~~ la coutume ou restreint son approche processuelle à une analyse (insatisfaisante) de la fonction juridictionnelle.

Or, Fuller est convaincu qu'il existe des lois naturelles de l'ordre socio-juridique, naturelles dans le sens où elles « représentent des contraintes nécessairement impliquées par certaines façons d'organiser les relations entre hommes »²³. Si les hommes sont en principe libres de choisir l'une ou l'autre forme d'ordre social, leur nombre est limité et leur choix peut même être imposé par la réalisation de telle ou telle fin particulière. Dans *La moralité du droit*, Fuller précise le postulat implicite qui sous-tend tout l'ouvrage « à savoir que, tout comme un homme est tenu par les limites que lui impose la nature, ses choix sont limités lorsqu'il organise les formes de sa vie sociale »²⁴. Or, il est aussi important d'étudier les

19. *Ibid.*, p. 192.

20. *Ibid.*, p. 192-193.

21. L.L. Fuller, « American Legal Philosophy at Mid-Century (...) », *op. cit.*, p. 477.

22. L.L. Fuller, « American Legal Philosophy at Mid-Century (...) », *op. cit.*, p. 473.

23. L.L. Fuller, *ibid.*, p. 476.

24. L.L. Fuller, *La moralité du droit*, *op. cit.*, p. 155. Fuller suggère qu'il existe en réalité deux formes fondamentales d'ordre social: l'organisation par buts communs et

moyens que les fins. Ces moyens, qui sont constitués par les différentes formes d'ordres sociaux (et les processus qu'elles mettent en jeu), ne sont pas que des conduits inertes canalisant l'énergie humaine vers certaines fins mais sont dotés d'une intégrité propre qui doit être étudiée et comprise.

En 1954, Fuller proposait d'appeler « eunomie » (« eunomics ») la science consacrée à une telle étude, celle du « bon ordre et des arrangements viables » (« *good order and workable arrangements* »). ~~Il est intéressant de noter qu'il~~ avait opté pour ce néologisme précisément en raison des confusions engendrées par l'expression de « droit naturel »²⁵. L'analyse des moyens disponibles pour la réalisation de fins particulières doit permettre de clarifier celles-ci, bien que, précise l'auteur, la science eunomique ne contient aucun engagement par rapport à l'une ou l'autre fin ultime²⁶. Fuller ne reprendra pas ce néologisme par la suite. Il ne faudrait toutefois pas en conclure qu'il aurait renoncé à son projet même si, dans la *Moralité du droit*, il préférera parler de droit naturel procédural, assumant une terminologie qui l'entraînera, pour le meilleur et pour le pire, dans le camp des jusnaturalistes. Il y écrit que les « deux processus décisionnels fondamentaux qui caractérisent une société démocratique sont : la décision rendue par des juges impartiaux et la décision adoptée par le vote d'un corps élu ou représentatif »²⁷. Fuller va donc s'atteler à identifier les lois naturelles de ces deux processus.

B. La fonction juridictionnelle

~~On ne saurait trop recommander au lecteur de lire le texte que~~ Fuller consacre à la question, ~~et qui a été publié à titre posthume~~²⁸. Selon lui, tout comme le contrat

l'organisation par réciprocité. Sans l'une ou l'autre de ces formes, aucune société ne peut exister. Afin de comprendre la distinction, il donne l'exemple de deux fermiers. Dans le premier cas, ils doivent retirer un rocher bloquant l'accès à leurs fermes, dans le second ils cultivent chacun un produit différent et ont tout à gagner à procéder entre eux à des échanges. Dans le premier cas, les participants veulent la même chose, dans l'autre ils veulent des choses différentes. La relation réciproque peut être tacite (comme au sein d'un couple) ou extrêmement régulée (comme dans une convention collective de travail). De même, l'association fondée sur des buts communs peut connaître différents degrés de formalisme (la nation ou l'État se trouvant au sommet de l'échelle). Selon Fuller, le contrat représente la réciprocité dans son expression formelle et explicite et les élections constituent la formalisation la plus familière de l'organisation par buts communs (L.L. Fuller, « The Forms and Limits of Adjudication », *op. cit.*, p. 354-363).

25. L.L. Fuller, « American Legal Philosophy at Mid-Century (...) », *op. cit.*, p. 477.

26. Même s'il admet que cette science pourrait conclure au rejet de fins particulières qui paraissent désirables dans l'abstrait mais pour la réalisation desquelles aucune forme sociale ne peut être établie à un coût qui ne soit pas disproportionné (L.L. Fuller, « American Legal Philosophy at Mid-Century (...) », *op. cit.*, p. 477-478).

27. L.L. Fuller, *La moralité du droit*, *op. cit.*, pp. 353-389.

28. L.L. Fuller, « The Forms and Limits of Adjudication », *op. cit.*, p. 363. Selon un de ses anciens détracteurs, « Fuller's writings on the limits of adjudication are the most

et les élections, la *procédure juridictionnelle* constitue une façon de définir les relations humaines. Chacune de ces formes d'ordre social se caractérise par la manière dont la partie affectée par la décision participe à son adoption. Cette participation se fait, dans le contrat, par la négociation, dans les élections par le vote et, dans le processus de jugement, par la présentation de preuves et d'arguments raisonnés²⁹.

Tout ce qui permet d'augmenter l'importance de cette participation porte la procédure juridictionnelle à son expression optimale et tout ce qui détruit le sens de cette participation porte atteinte à l'intégrité même de cette forme d'ordre social. Ainsi, la participation des parties à un procès perd tout sens si le juge est fou, a été corrompu ou est irrémédiablement partial³⁰. La procédure juridictionnelle est donc, selon lui, un dispositif qui donne une expression formelle et institutionnelle à l'influence d'arguments raisonnés dans les affaires humaines. Elle porte une charge de rationalité qui n'est pas supportée par les autres formes d'ordre social et qui constitue à la fois sa force et sa faiblesse³¹. Cela explique également que le domaine propre au jugement est de trancher des questions relatives à des demandes formées en termes de droits subjectifs (« *claims of right* ») et à des accusations formulées en termes de fautes (« *accusations of guilt* » ou « *wrongs* ») et non des problèmes « polycentriques »³² qui, comme dans l'allocation de ressources économiques, font intervenir des critères et éléments qui interagissent³³.

Dans la suite de l'article, Fuller identifie d'autres exigences propres à toute procédure juridictionnelle, notamment son caractère contradictoire, la motivation, *etc.*³⁴. S'il n'évoque pas les termes de « droit naturel procédural de la fonction juridictionnelle », on peut raisonnablement considérer qu'il n'aurait pas renié une telle formulation, d'autant que, comme le relève l'éditeur de ce texte, le projet de Fuller était de faire de ces notes rédigées dans les années '50 un ouvrage qui aurait dû être intitulé *The Principles of Social Order, an essay in economics*³⁵.

C. L'élaboration des normes

Quand, dans une société, les « gens ressentent le besoin de soumettre certains types de conduite humaine au contrôle explicite de règles », ils « réalisent qu'une

suggestive and thought-provoking of any in the history of the Anglo-American legal scholarship » (*Lon L. Fuller, op. cit.*, p. 96).

29. L.L. Fuller, « The Forms and Limits of Adjudication », *op. cit.*, p. 363. Dans cet article, il retient une conception large du terme « adjudication » comme visant aussi bien le rôle du juge que celui d'un père arbitrant une dispute entre ses enfants (*Ibid.*, p. 353-354).

30. *Ibid.*, p. 364.

31. *Ibid.*, p. 366-367.

32. Il emprunte le terme à Michael Polanyi.

33. *Ibid.*, p. 394-399.

34. *Ibid.*, p. 381-393.

35. *Ibid.*, p. 353.

telle entreprise contient une certaine logique interne propre, et qu'elle impose des exigences qui doivent être rencontrées (parfois avec des inconvénients considérables) s'ils veulent atteindre ses objectifs ». C'est parce que ces exigences sont, dans une certaine mesure, perçues et respectées, « que les systèmes juridiques affichent une certaine similitude dans des sociétés qui sont, pour le reste, fort différentes » et « parce que le droit est une entreprise intentionnelle qu'il affiche des constances structurelles que le théoricien du droit peut découvrir et traiter comme des régularités dans le donné factuel »³⁶.

Fuller raconte le règne malheureux d'un monarque dénommé Rex, qui va expérimenter huit façons différentes d'échouer dans sa tentative d'établir, à partir de rien, un système juridique. Il comprendra alors la nécessité d'adopter des règles générales, publiées, non rétroactives, compréhensibles, non contradictoires, stables, qui n'exigent pas l'impossible, et de veiller à ce que l'action des autorités corresponde à ces règles. Ces « principes de légalité » constituent la « moralité interne du droit » ou les principes fondamentaux d'un droit naturel procédural. Ces lois naturelles n'ont rien à voir avec une sorte « d'omniprésence menaçante dans le ciel » mais « demeurent entièrement terrestres, tant dans leur origine que dans leur application ». Elles se rapprochent davantage des « lois naturelles de la menuiserie » que des lois divines. Fuller distingue cette moralité *interne* de la moralité *externe* du droit, qui touche à des sujets comme « la polygamie, l'étude de Marx, la vénération de Dieu, l'impôt progressif sur le revenu ou l'assujettissement des femmes » et sur lesquels elle n'a rien à dire³⁷.

Fuller estime par ailleurs que les mêmes considérations qui exigent du juge, dans la mesure du possible, « une attitude de neutralité à l'égard des objectifs externes du droit » lui imposent de s'engager « envers la moralité interne du droit ». Le juge « renoncerait aux responsabilités de son office s'il adoptait une attitude neutre au moment de choisir entre une interprétation d'une loi rendant possible son obéissance par un citoyen ordinaire et une interprétation la rendant impossible »³⁸.

Enfin, eu égard à la nature des exigences de la moralité interne du droit, celles-ci relèvent essentiellement de la moralité d'aspiration, à l'exception de celle qui impose de rendre les lois accessibles à ceux qu'elles affectent, dès lors qu'elle se prête tout particulièrement à une formalisation » et donc à un contrôle juridictionnel. Quant aux autres conditions de la légalité, précise-t-il, « tout ce qu'on peut espérer des constitutions et des tribunaux est qu'ils nous sauvent du désastre » et non « qu'ils déterminent les différentes étapes nécessaires à leur réalisation optimale »³⁹.

36. L.L. Fuller, *La moralité du droit*, op. cit., p. 156-157.

37. *Ibid.*, p. 103-104.

38. *Ibid.*, p. 138.

39. *Ibid.*, p. 52-53. La formalisation du principe condamnant les lois rétroactives est techniquement possible mais « desservirait la cause de la légalité » dès lors que la rétroactivité est parfois requise pour remédier à des violations d'autres exigences de la légalité (p. 53). Fuller donne l'exemple d'une loi qui conditionne la validité des mariages au

Aux juristes contemporains, ces huit exigences s'imposent avec une certaine évidence. On ne saurait cependant trop recommander au lecteur de ne pas faire l'impasse sur leur traitement détaillé par Fuller, souvent original et suscitant presque toujours la réflexion. En ce qui concerne la rétroactivité, Fuller pointe tant son « éventuelle contribution positive à la moralité interne du droit » que son « lien inévitable avec l'office du juge », le « problème le plus difficile de tous » consistant toutefois à « déterminer quand un texte doit être considéré comme étant rétroactif »⁴⁰. Il explique également que le problème de contradictions dans les lois n'est pas, comme on le pense généralement, un problème de logique. Si le principe d'identité, selon lequel A ne peut pas être non-A, a quelque valeur en soi, il n'en a pas lorsqu'il faut traiter le problème des lois contradictoires. Il donne l'exemple de la loi qui impose à la fois au propriétaire d'une voiture d'installer des nouvelles plaques d'immatriculation pour le premier janvier et érige en infraction pénale la réalisation, le même jour, de tout travail quel qu'il soit. Selon Fuller, une telle procédure n'a peut-être aucun sens mais il n'est pas contraire à la logique formelle de faire faire quelque chose à un homme et d'ensuite le punir pour cet acte⁴¹. Il veut mettre en évidence le fait que, pour déterminer si deux règles de comportement sont incompatibles entre elles, il convient souvent de prendre en compte des considérations extrinsèques aux termes de la loi, qu'elles soient d'ordre juridique, moral, politique, économique ou sociologique. Aux formules classiques de solution des contradictions (*lex specialis*, *lex posterior*), il admet préférer la méthode consistant à procéder à un ajustement réciproque entre les deux dispositions ou les deux lois incompatibles en interprétant l'une à la lumière de l'autre. Dans l'exemple précité, la meilleure solution selon lui est de considérer que ni le propriétaire qui pose ses plaques le premier janvier, ni celui qui attend le lendemain pour s'exécuter ne sont dans l'illégalité.

Selon Fuller, un échec total à rencontrer une des huit exigences de la légalité prive un système juridique de toute juridicité. Cela ne signifie pas qu'il faille

fait d'apposer un tampon spécial sur le certificat de mariage par la personne qui célèbre la cérémonie. Seulement, en raison d'un problème technique, les tampons ne sont pas distribués avant l'entrée en vigueur de la loi de sorte qu'il convient d'empêcher cette loi impossible à appliquer de sortir ses effets (*Ibid.*, p. 62-63).

40. L.L. Fuller, *La moralité du droit*, op. cit., p. 62. Il estime ainsi qu'il faut distinguer la loi pénale qui sanctionne rétroactivement un comportement de la loi fiscale qui impose en 1963 des revenus de 1960 : « Une telle loi peut être foncièrement injuste mais on ne peut pas dire qu'elle soit, à strictement parler, rétroactive. Elle base certes le montant de la taxe sur quelque chose qui a eu lieu dans le passé. Mais le seul acte qu'elle exige de son destinataire est très simple, à savoir qu'il paie la taxe demandée. Cette exigence opère de façon prospective » (*Ibid.*, p. 68).

41. *Ibid.*, p. 74. Et d'ajouter non sans ironie : « Si le but est d'essayer de construire un système de règles visant à orienter le comportement de cet homme, cette tentative sera vouée à l'échec. On pourrait, par contre, réussir à provoquer chez lui une dépression nerveuse. Quoi qu'il en soit, on n'aura enfreint la logique ni dans un cas, ni dans l'autre » (*Idem*).

envisager ces principes de façon absolue: il s'agit plutôt d'idéaux vers lesquels il faut tendre⁴². Il est d'ailleurs possible que certaines de ces exigences entrent en conflit⁴³, voire que la violation d'un des critères soit justifiée par l'accomplissement des autres⁴⁴. En outre, leur importance respective, ainsi que leur hiérarchisation, dépendent de la branche du droit en question ou de la règle concernée. On comprend que, pour Fuller, la légalité constitue un art pratique: « il est facile de voir que les lois devraient être exprimées clairement dans des règles générales qui valent pour l'avenir et sont portées à la connaissance du citoyen. Mais savoir comment, dans quelles circonstances et selon quel équilibre ces choses doivent être accomplies n'exige rien de moins que d'être un législateur »⁴⁵.

Cet trop bref aperçu de la pensée de Fuller pourrait faire douter de la légitimité de son rattachement au courant du droit naturel. Ainsi sa conception du droit naturel substantiel semble se limiter à une injonction de communication entre les hommes et son droit naturel procédural pourrait se comprendre comme un ensemble d'exigences visant principalement à assurer l'*effectivité* du droit. Ainsi, dans *le concept de droit*, Hart écrivait que la moralité interne du droit de Fuller était « malheureusement compatible avec une très grande iniquité »⁴⁶. Dworkin déclarait par ailleurs ne pas voir d'immoralité dans la loi qui contient une incohérence à ce point fondamentale que la loi en devient une coquille vide⁴⁷. En d'autres termes, ces auteurs comme d'autres peinaient à percevoir la dimension « morale » des huit exigences de Fuller dont ils ne contestaient pas, par ailleurs, l'intérêt.

Cette incapacité à comprendre les interactions entre moralités interne et externe du droit a laissé Fuller, de son propre aveu, « sans voix ». Et de regretter que Hart se soit abstenu de citer « des exemples de régimes qui ont combiné une adhésion fidèle à la moralité interne du droit et une indifférence brutale envers la justice et le bien-être humain »⁴⁸. En effet, pour Fuller, la moralité interne du droit est non seulement un préalable à la justice, mais également de nature à l'induire: « le respect par l'État de la moralité interne du droit sera généralement propice à un respect de ce qu'on peut appeler la moralité externe ou substantielle

42. Même en l'absence d'échec total, un système juridique peut, comme dans l'Allemagne nazie, connaître une détérioration drastique et générale de la légalité (*Ibid.*, p. 49).

43. Tel est le cas de l'exigence de stabilité des lois et de celle qui s'oppose à ce que les lois demandent l'impossible lorsque les circonstances factuelles ont à ce point changé qu'elles créent des barrières quasi insurmontables à l'obéissance (*Ibid.*, p. 54).

44. *Ibid.*, p. 111 (voy. ci-avant note 34).

45. *Ibid.*, p. 101-102.

46. H.L.A. HART, *le concept de droit*, op. cit., p. 225.

47. Pour Dworkin, une loi peut être vague ou incohérente sans qu'il n'y ait d'immoralité, cela dépend des usages qu'on en fait, non de sa rédaction (R. Dworkin, « The Elusive Morality of Law », *Villanova Law Review*, 1965, p. 632-634).

48. L.L. Fuller, *La moralité du droit*, op. cit., p. 161.

du droit »⁴⁹. À l'inverse, il réplique à Dworkin qu'il perd de vue que « toute violation des exigences de la légalité tend à ébranler la confiance que les hommes accordent au droit en général ainsi que leur respect de ses prescriptions »⁵⁰. Par ailleurs, l'indifférence de principe de la moralité interne envers les buts substantiels du droit n'implique pas que n'importe quel but substantiel peut être poursuivi sans compromettre la légalité⁵¹. Il faut à tout le moins que la moralité externe du droit adhère à certains principes indissociables de la nature humaine, à savoir la rationalité, la responsabilité et le libre arbitre⁵². Dans le même ordre d'idées, Fuller insiste sur le fait que la moralité interne du droit « postule une certaine vision de l'homme, celle d'un agent responsable, capable de comprendre et d'obéir à des règles, et de répondre de ses actes » et « si on accepte que l'homme n'est pas responsable, la moralité du droit perdrait sa raison d'être »⁵³.

Lorsque Fuller écrit que l'essence de la position jusnaturaliste, qu'il rejoint sur ce point, est de postuler que le système complexe de fins qu'on appelle homme peut avoir besoin d'être corrigé et contient en même temps les indications qui vont diriger ce processus de redressement⁵⁴, il est difficile de ne pas penser à la conception aristotélicienne (et à sa notion de cause finale). Fuller est donc bien, à sa façon, un penseur du droit naturel.

49. *Ibid.*, p. 228. Comme le relève Summers, on trouve chez Fuller l'idée que : « if we do things the right way, we are likely to the right thing » (*Lon L. Fuller, op. cit.*, p. 30).

50. L.L. Fuller, *La moralité du droit, op. cit.*, p. 226.

51. *Ibid.*, p. 159-160.

52. J.-E. Murray, « Observations on the Morality of Law », *Villanova Law Review*, 1965, p. 668-669.

53. L.L. Fuller, *La moralité du droit, op. cit.*, p. 167-168.

54. L.L. Fuller, « American Legal Philosophy at Mid-Century (...) », *op. cit.*, p. 473.