

Préface du traducteur

Selon R. Summers, Lon Luvois Fuller était un des quatre théoriciens du droit américains les plus importants de ces derniers siècles¹. Son œuvre est, pourtant, largement méconnue dans le monde juridique francophone alors que les noms de Hart et Dworkin sont généralement familiers, à tout le moins des théoriciens du droit. La présente traduction, faut-il le dire, nourrit l'ambition de remédier à cette injustice. Avant de laisser la parole à l'auteur, quelques mots sur lui, son œuvre et la traduction.

L'auteur, tout d'abord. Né en 1902, au Texas, il commence une carrière académique à 24 ans, dans la Faculté de droit de l'Université d'Oregon. Il passera ensuite par l'Université de l'Illinois, puis par la Duke University, avant d'arriver à Harvard en 1939, qu'il ne quittera plus. Outre sa contribution à la théorie du droit², et son débat animé avec les positivistes, Fuller a également marqué la doctrine américaine du droit des contrats. Il est décédé le 8 avril 1978.

L'œuvre ensuite. Au cœur de la pensée de l'auteur, on retrouve l'idée que le droit est une entreprise visant à soumettre le comportement humain à la gouvernance de règles, entreprise qui ne peut se comprendre en faisant abstraction de l'intention qui l'anime. Sa réussite dépend de sa capacité à rencontrer les huit exigences essentielles à tout système juridique digne de ce nom : les règles de droit doivent être générales, intelligibles, stables, ni rétroactives ni contradictoires, être portées à la connaissance de leurs destinataires et ne pas en exiger l'impossible et, enfin, être appliquées par les autorités publiques. Il est sans doute impossible d'atteindre l'excellence dans chacune de ces huit voies, et un échec dans l'une d'entre elles peut parfois justifier d'en violer une autre.

¹ R. S. SUMMERS, *Lon L. Fuller*, Londres, Edward Arnold, 1984, p. 1. Les autres étant : Oliver Wendell Holmes Jr., Roscoe Pound et Karl N. Llewellyn. Le lecteur s'étonnera de l'absence de mention de Dworkin dans cette liste mais il prendra néanmoins la mesure de l'auteur que nous avons pris l'initiative de traduire.

² Il n'est pas possible, en quelques lignes, de rendre justice à la philosophie du droit de Lon Fuller et encore moins de la situer dans le contexte intellectuel de l'époque. Tel sera cependant l'objet d'une contribution plus fouillée publiée prochainement dans la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*.

Ces exigences constituent la moralité interne du droit et forment, selon Fuller, les principes d'un droit naturel procédural. Droit « naturel » dès lors qu'il s'agit de règles inhérentes au droit, mais qui « 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. « Procédural » car ces principes ne concernent pas les buts substantiels des règles de droit, même si certains de ses buts ne peuvent être adoptés sans compromettre la moralité interne du droit.

La traduction, enfin. Il faut l'arrogance d'un juriste pour penser faire seul un travail pour lequel il n'est pas formé. Je tiens à remercier très sincèrement Sara Correa Roa pour sa relecture approfondie de cette traduction, qui a permis de l'améliorer substantiellement et, au passage, de corriger quelques erreurs. Celles qui demeurent me sont, évidemment, entièrement imputables. J'ai fait le choix de laisser quelques notions fondamentales de *common law* dans leur langue d'origine, tout en les expliquant succinctement en note de bas de page.

Je voudrais terminer cette préface par une double dédicace. La première s'adresse à feu Michel van de Kerchove, dont la traduction du *Concept de droit* de H.L.A. Hart a largement contribué à faire connaître sa pensée dans le monde juridique francophone. La présente traduction aurait certainement bénéficié des conseils avisés de celui qui nous a quittés trop tôt ; qu'elle soit à tout le moins un sincère hommage à son œuvre.

L'autre dédicataire de cette traduction fait également partie des grands noms de la théorie du droit. Il s'agit de François Ost qui accède cette année à l'éméritat. Il sait mieux que quiconque l'importance et la difficulté de la traduction, lui qui considère que le droit constitue un champ d'application privilégié du paradigme de la traduction, présenté comme la grammaire de notre monde pluriel.

Préface à la seconde édition

Dans cette nouvelle édition de la *Moralité du droit*, les quatre premiers chapitres ont été réédités dans leur version originale, avec l'une ou l'autre correction mineure. Le seul changement au niveau du contenu consiste donc en l'ajout d'un cinquième et dernier chapitre intitulé : « Une réponse aux critiques ».

Le fait que les quatre premiers chapitres soient restés pratiquement inchangés n'implique pas qu'ils m'offraient entièrement satisfaction, que ce soit au niveau de la forme ou du fond. Cela indique simplement que je n'ai pas poussé suffisamment la réflexion relative aux idées qu'ils contiennent pour entreprendre une reformulation substantielle des opinions que j'ai exprimées pour la première fois lors des conférences de 1963. Cela signifie également que, fondamentalement, je maintiens la position que j'y défendais.

J'espère que ce nouveau chapitre ne sera pas uniquement reçu comme un exercice polémique. Durant de nombreuses décennies, la philosophie du droit a été dominée par la tradition d'Austin, Gray, Holmes et Kelsen. La place centrale occupée par leur conception générale du droit ne signifie pas qu'elle a toujours convaincu ; même ses adhérents ont souvent affiché un certain inconfort face à certaines de ses implications. Dans le nouveau chapitre de ce livre, je pense avoir mieux articulé qu'auparavant mes propres insatisfactions à l'égard du positivisme juridique analytique. J'en suis profondément redevable à mes détracteurs, et particulièrement à H. L. A. Hart, Ronald Dworkin et Marshall Cohen. Si leurs critiques n'ont pas toujours été formulées avec douceur, elles n'en ont pas pour autant été obscurcies par les réflexes d'auto-défense que l'on trouve souvent dans les attaques polémiques. En dévoilant les prémisses fondamentales de leur pensée, ils m'ont aidé à en faire de même avec la mienne.

Dès lors que les auteurs férus d'anthropologie et de sociologie du droit ont trouvé un certain intérêt à la première édition de ce livre, il est utile de faire une suggestion à ceux qui, partant de centres d'intérêts similaires, l'abordent pour la première fois. Je leur propose de commencer par lire les chapitres II et IV, dans cet ordre, en passant dans un premier temps les autres chapitres. Cette façon d'appréhender ce livre leur permettra de

percevoir la valeur que celui-ci pourrait avoir pour leurs centres d'intérêt, tout en leur offrant quelque notion des différences fondamentales de point de vue qui divisent les juristes lorsqu'ils définissent leur objet d'étude.

Pour conclure, je voudrais exprimer ma gratitude à Martha Anne Ellis, ma secrétaire, et à Ruth D. Kaufman, des Presses de l'Université de Yale, pour leur contribution à ce livre (et à ma tranquillité d'esprit). Leur diligence et leur perspicacité ont largement soustrait à mes préoccupations les détails chronophages et anxiogènes qui accompagnent toujours la conversion d'un manuscrit en sa forme imprimée définitive.

L.L. Fuller

Préface à la première édition

Ce livre est basé sur des conférences données à la Faculté de droit de Yale en avril 1963, dans le cadre des *William L. Storrs Lecture Series*. Bien que le présent ouvrage augmente considérablement le texte original, j'en ai conservé la forme, qui se prête mieux au sujet et au style informel - et souvent provocateur - qui a ma préférence. Il en résulte une certaine incongruité entre la forme et le contenu ; autrement, même la patience courtoise du public de Yale ne lui aurait pas permis de rester assis jusqu'à la fin de ma deuxième conférence.

Dans une annexe, j'ai ajouté un texte que j'avais écrit bien avant d'avoir entamé ces conférences. Je l'ai intitulé : *Le problème du délateur rancunier*. Il pourrait être utile de le lire et de réfléchir au problème qu'il traite avant d'aborder le deuxième chapitre. À l'origine, ce problème a été conçu afin de servir de base de discussion à mon cours de théorie du droit. Ces dernières années, il a également été utilisé comme une sorte d'introduction aux problèmes de théorie du droit dans un cours suivi par tous les étudiants de première année de la Faculté de droit de Harvard.

Mes remerciements vont tout d'abord à la Faculté de droit d'Harvard, non seulement pour l'impulsion provoquée par son invitation, qui fut la bienvenue, mais également pour m'avoir accordé un délai supplémentaire afin que je puisse remplir plus adéquatement ses exigences. Je voudrais aussi exprimer ma gratitude envers la *Rockefeller Foundation* qui m'a aidé à avoir accès, durant l'année académique 1960-1961, à la denrée la plus rare de la vie académique : le temps libre. Par « temps libre », je veux évidemment parler de la chance de pouvoir lire et réfléchir sans la pression d'un engagement à être, ou prétendre être, immédiatement utile. Sans l'aide de la Fondation, je n'aurais tout simplement pas été capable d'accepter l'invitation de Yale. Je suis redevable à l'égard de tant de collègues, pour leur aide qui a pris tant de formes différentes, qu'il m'est impossible de les remercier comme il le faudrait. Aucun d'entre eux, cela va sans dire, n'a eu la possibilité de sauver le texte final de ces maladroites de dernière minute que les auteurs têtus sont enclins à commettre. Au cours des premières étapes de l'entreprise, cependant, leur contribution a été à ce point essentielle qu'à mes yeux, ce livre est autant le leur que le mien. Enfin, pour exprimer la contribution très importante

de mon épouse, Marjorie, je me permets d'emprunter l'idée d'un autre auteur : elle ne sait peut-être pas ce que ça veut dire, mais elle a compris ce que cela signifiait.

L.L. Fuller

Chapitre I : Les deux moralités

Péché : s'écarter volontairement du chemin du devoir prescrit à l'homme par Dieu (*Webster's New International Dictionary*)

*Die Sünde ist ein Versinken in das Nichts*³

Le contenu des chapitres qui suivent a été principalement inspiré par une insatisfaction causée par la littérature abordant le rapport entre droit et morale. Cette littérature me semble lacunaire pour deux raisons importantes. La première tient à son incapacité à clarifier le sens même de la morale. On ne manque pas de définitions du droit, elles sont presque pléthoriques. Mais quand le droit est comparé à la morale, on semble partir du principe que tout le monde sait ce que recouvre le second terme de la comparaison. Thomas Reed Powell avait l'habitude de dire qu'était doué de l'esprit juridique celui qui était capable de penser à une chose liée à une autre chose, sans penser à cette dernière. Dans ce cas-ci, j'ai l'impression que l'esprit juridique a tendance à s'épuiser en pensant au droit et à son contenu, au point d'oublier l'étude de la chose à laquelle le droit est lié et dont on le distingue.

Dans mon premier chapitre, j'essaie de rétablir cet équilibre. J'y parviens essentiellement en accentuant la distinction entre ce que j'appelle la moralité d'aspiration et la moralité du devoir. Il me semble que l'incapacité à faire cette distinction est la cause d'une grande confusion dans les discussions concernant la relation entre droit et morale.

L'autre cause majeure d'insatisfaction qui sous-tend ces conférences résulte du manque d'attention porté au sujet de mon deuxième chapitre, à savoir : « La moralité qui rend le droit possible ». La littérature actuelle ne traite généralement de ce sujet - que j'appelle « la moralité interne du droit » -, que pour l'écarter

³ Il se peut que cette citation soit le fait de mon imagination. Je pense me souvenir l'avoir lue il y a longtemps mais des amis instruits en théologie ont été incapables d'en identifier la source. Ils m'ont expliqué que cette pensée était de type augustinien et qu'on trouvait un passage très proche chez Karl Barth : « *Die Sünde ist ein Versinken in das Bodenlose* ». Cependant, « *das Bodenlose* » implique une perte de limites ou de frontières et suggère la transgression d'une obligation. Ce que je cherchais, c'était une expression du concept de péché du point de vue d'une moralité d'aspiration – le péché comme incapacité à réaliser la qualité propre à l'humain.

à l'aide de quelques remarques relatives à la « justice légale », cette conception de la justice qu'on assimile à l'exigence purement formelle selon laquelle les cas similaires doivent être traités de façon similaire. Peu reconnaissent qu'il ne s'agit que d'un aspect d'un problème beaucoup plus important : définir l'orientation de l'effort humain essentiel au maintien de tout système juridique, même si les objectifs ultimes de ce dernier sont erronés ou néfastes.

Les troisième et quatrième chapitres proposent un approfondissement et une application de l'analyse présentée dans les deux premiers chapitres. Le troisième chapitre, intitulé « Le concept de droit », tente de faire le lien entre cette analyse et les différentes écoles de philosophie du droit. Le quatrième chapitre, intitulé « Les buts substantiels du droit », cherche à démontrer comment un respect adéquat de la moralité interne du droit limite le type de fins substantielles qui peuvent être poursuivies par des règles de droit. Le chapitre se termine par la question de savoir dans quelle mesure une espèce de « droit naturel » substantiel peut être dérivé de la moralité d'aspiration.

Les moralités du devoir et d'aspiration

Abordons sans plus tarder la distinction entre moralité d'aspiration et moralité du devoir. Cette distinction n'a, en elle-même, rien de neuf⁴. Je crois, cependant, que l'intégralité de ses implications n'a, de façon générale, pas été perçue et, en particulier, qu'elles n'ont pas été suffisamment développées dans les débats relatifs aux relations entre droit et morale.

La moralité d'aspiration trouve sa meilleure illustration dans la philosophie grecque. Il s'agit de la moralité de la Vie bonne, de l'excellence, de la réalisation complète des potentialités humaines. Dans une moralité d'aspiration, on peut trouver les nuances d'une notion s'approchant de celle du devoir. Mais ces

⁴ Voy. par exemple Lindsay 1940 ; Macbeath 1952, p. 55-56 *et passim* ; Lamont 1946 et 1955 ; Hart 1961, p. 176-180 ; Findlay 1961 ; Brandt 1959, spéc. p. 356-368. Dans aucun de ces travaux, cependant, on ne retrouve la terminologie que j'ai adoptée. Lindsay, par exemple, distingue la moralité de « mon rôle et ses devoirs » et la moralité du défi de la perfection. Le livre de Findlay est particulièrement précieux pour la façon dont il traite des abus « pressants » du concept de devoir.

nuances sont généralement voilées, comme chez Platon et Aristote. Ces penseurs avaient, bien entendu, admis qu'un homme peut échouer à réaliser ses pleines capacités. Il peut être pris en défaut, tant comme citoyen que comme autorité. Dans un tel cas, cependant, il était condamné en raison de cet échec et non pour avoir manqué à son devoir ; pour avoir fait trop peu et non pour avoir mal fait. De façon générale, on trouve chez les Grecs une conception du comportement correct et approprié, qui sied à un être humain fonctionnant au mieux de ses capacités, plutôt que des idées relatives au bien et au mal, ou à l'exigence et à l'obligation morales⁵.

Alors que la moralité d'aspiration part du sommet de la réalisation humaine, la moralité du devoir part de sa base. Elle établit les règles essentielles sans lesquelles une société organisée est impossible ou, à tout le moins, ne peut atteindre ses objectifs. C'est la moralité de l'Ancien Testament et des dix commandements. Elle s'exprime le plus souvent sous la forme négative (« tu ne ... pas ») et, plus rarement, sous une forme positive. Elle ne condamne pas les hommes pour n'avoir pas saisi les opportunités leur permettant la réalisation la plus complète de leurs potentialités mais pour n'avoir pas respecté les exigences de base de la vie en société.

Dans sa *Théorie des sentiments moraux*, Adam Smith emploie une image qui est utile pour distinguer les deux moralités que je décris⁶. La moralité du devoir « peut être comparée aux règles de grammaire » ; la moralité d'aspiration, « aux règles établies par les critiques pour atteindre ce qui est sublime et élégant dans la rédaction ». Les règles de grammaire prescrivent ce qui est requis pour préserver le langage comme instrument de communication, tout comme les règles de la moralité du devoir prescrivent ce qui est nécessaire à la vie en société. À l'instar des principes d'une moralité d'aspiration, les principes d'une bonne rédaction « sont lâches, vagues et indéterminés et nous proposent

⁵ Cf. « Les Grecs n'ont jamais rien produit qui ressemble à la notion moderne d'un droit subjectif » (Jones 1956, p. 151).

⁶ Smith 1759, p. 442. Smith n'opère pas de distinction entre moralité du devoir et moralité d'aspiration mais entre la justice et « les autres vertus ». Il y a clairement, cependant, une affinité forte entre la notion de justice et celle de devoir moral, même si l'obligation de traiter les autres de façon juste a probablement une portée moins étendue que celle des devoirs moraux en général.

une idée générale de la perfection vers laquelle on doit tendre plutôt que des indications certaines et infaillibles pour l'atteindre ».

Il peut être utile à ce stade de choisir un type de comportement humain et de se demander de quelle façon il serait jugé selon les deux moralités. J'ai choisi l'exemple des jeux de hasard. Lorsque j'utilise ce terme, je ne pense pas à un petit jeu de poker entre amis mais à celui qui porte sur des gros enjeux, ce que Bentham appelle de façon pittoresque dans sa *Théorie de la législation*, le « *deep play* ».

Comment la moralité du devoir percevrait le jeu ainsi défini ? Typiquement, elle postulerait une sorte de législateur moral hypothétique, investi de la responsabilité de décider si jouer est à ce point dommageable qu'on devrait considérer qu'il existe un devoir moral général, s'imposant à tous, de s'en abstenir. Un tel législateur pourrait relever que le jeu est une perte de temps et d'énergie, qu'il semble agir comme une drogue sur ceux qui en sont dépendants et qu'il a de nombreuses conséquences indésirables pour le joueur, comme le fait de négliger sa famille et ses obligations envers la société en général.

Si notre législateur moral hypothétique était allé à l'école de Jeremy Bentham et des économistes de l'utilité marginale, il pourrait trouver de bonnes raisons pour déclarer les jeux de hasard intrinsèquement dommageables, et pas uniquement en raison de leurs conséquences indirectes. Si toute la fortune d'un homme se limite à mille dollars et qu'il parie cinq cents dollars avec 50 % de chances de gagner, il n'a pas, en réalité, conclu une transaction dans laquelle les gains et les pertes possibles s'équilibrent. Chaque dollar qu'il perd diminue davantage son bien-être. S'il gagne, les cinq cents dollars qu'il reçoit représentent moins d'utilité pour lui que les cinq cents qu'il aurait payés s'il avait perdu. Nous arrivons donc à la conclusion intéressante que deux personnes peuvent, volontairement et sans intention de se faire du tort, conclure une transaction qui les désavantage tous les deux – en s'en tenant, bien entendu, à la situation qui précède immédiatement le jet de dés.

En mettant en balance ces considérations, la moralité du devoir pourrait bien conclure que les hommes ne devraient pas parier des montants importants et qu'ils ont une obligation d'éviter le *deep play*.

En quoi un tel jugement moral est-il lié à la question de savoir s'il faut prohiber, légalement, les jeux de hasard ? La réponse est que ces questions sont très directement liées. Notre législateur moral hypothétique pourrait endosser le rôle de pouvoir législatif sans changer fondamentalement ses méthodes de jugement. Certes, il devra traiter certaines questions qu'il pourrait, comme moraliste, laisser à la casuistique. Il devra décider ce qu'il convient de faire des jeux d'adresse et des jeux dont le résultat est déterminé en partie par l'adresse et en partie par la chance. En tant que rédacteur de lois, il sera confronté à la difficulté de faire la différence entre les jeux de hasard portant sur des petites sommes, qui relèvent du divertissement innocent, et les jeux de hasard dans leurs formes les plus addictives et les plus dommageables. S'il n'obtient pas facilement une formule toute faite et adaptée à son objectif, il pourrait être tenté de rédiger sa loi de telle sorte que tous les jeux de hasard soient visés, laissant au ministère public le soin de distinguer ceux qui sont innocents de ceux qui sont réellement nocifs. Avant de recourir à ce moyen, souvent décrit avec euphémisme comme une « application sélective » de la loi, notre moraliste devenu législateur devra réfléchir aux conséquences dangereuses susceptibles de résulter d'une application élargie de ce principe, dont abusent déjà les autorités chargées de l'exécution des lois. Il devra prendre en compte bien d'autres considérations de cette nature en rédigeant et en proposant sa loi mais, à aucun moment, il n'y aura de rupture brutale avec les méthodes qu'il a suivies en décidant s'il convenait de condamner moralement les jeux de hasard.

Examinons maintenant les jeux de hasard du point de vue de la moralité d'aspiration. Celle-ci s'intéresse moins aux maux spécifiques qui peuvent résulter du jeu qu'à la question de savoir si c'est une activité digne des capacités humaines. Certes, dans les affaires humaines, le risque participe à tout effort créatif et il est juste et bon qu'un homme qui entreprend une activité créative ne se contente pas d'accepter les risques inhérents à ce rôle, mais qu'il s'en réjouisse. Le parieur, par contre, cultive le risque pour le risque. Incapable de faire face aux responsabilités plus importantes du rôle humain, il découvre la joie de jouir d'une de ses satisfactions sans accepter les charges qui l'accompagnent. Parier des montants importants devient, en réalité, une sorte de fétichisme. L'analogie avec certaines déviations sexuelles vient

rapidement à l'esprit et a, en fait, été déjà largement exploitée par une vaste littérature psychiatrique relative à l'obsession du jeu⁷.

Le jugement final que la moralité d'aspiration pourrait donc porter sur le jeu ne serait pas tant une accusation qu'une expression de dédain. Pour cette moralité, s'adonner au jeu constituerait moins la violation d'un devoir qu'une forme de comportement indigne d'un être doté de capacités humaines.

Quelle serait la portée d'un tel jugement sur le droit ? Aucune. Le droit ne dispose d'aucun moyen pour contraindre un homme à être à la hauteur de l'excellence dont il est capable. Pour trouver des critères de jugement réalisables, le droit doit se tourner vers son cousin, la moralité du devoir. Il pourra, le cas échéant, y trouver de l'aide pour décider si les jeux de hasard doivent ou non être interdits par la loi.

Mais ce que la moralité d'aspiration perd en pertinence directe pour le droit, elle le gagne par l'omniprésence de ses implications. D'une certaine façon, tout notre système juridique 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. Lorsqu'en contractant avec un autre, un homme paie de l'argent sur la base d'une erreur de fait, le droit des quasi-contrats impose un remboursement. Le droit des contrats déclare nulles les conventions conclues sur la base d'une mauvaise compréhension mutuelle des faits pertinents. En droit de la responsabilité, un homme peut entreprendre une activité sans devoir répondre des dommages qui sont la conséquence fortuite de ses actions, sauf lorsqu'il s'est lancé dans une activité qui a causé des risques prévisibles, susceptibles d'être assurés et donc de faire l'objet d'une évaluation rationnelle préalable. Le droit, à ses débuts, n'admettait aucun de ces principes. Leur reconnaissance actuelle représente le fruit d'un combat séculaire pour juguler la part d'irrationnel dans les affaires humaines.

Il n'existe cependant aucun moyen de contraindre un homme à vivre une vie raisonnable. On peut seulement chercher à exclure de sa vie les manifestations les plus grossières et les plus évidentes du hasard et de l'irrationalité. Il est possible de créer les conditions essentielles pour une existence humaine rationnelle

⁷ Voy. la bibliographie reprise par Bergler 1957, note I, p. 79-82.

mais, si ces conditions sont nécessaires, elles ne sont pas suffisantes pour atteindre un tel but.

L'échelle morale

Si on contemple toute la diversité des questions morales, il est possible d'imaginer une sorte d'échelle ou d'instrument de mesure, qui commence en bas avec les exigences les plus élémentaires de la vie sociale, pour s'élever vers les sommets de l'aspiration humaine. Quelque part sur cette échelle se trouve un curseur invisible qui marque la ligne de séparation entre la pression du devoir et le défi de l'excellence. L'entièreté du débat moral est dominée par une grande guerre, non déclarée, quant à l'emplacement de ce curseur. Il y a ceux qui s'évertuent à le pousser vers le haut et ceux qui s'appliquent à le rabaisser. Ceux que nous considérons comme étant moralistes d'une façon déplaisante – à tout le moins inopportune – essaient toujours de déplacer le curseur vers le haut, de façon à étendre l'emprise du devoir. Au lieu de nous inviter à les rejoindre dans la réalisation d'un modèle de vie qu'ils considèrent comme étant digne de la nature humaine, ils veulent nous forcer à croire que nous avons l'obligation d'adopter ce modèle. Nous avons probablement tous été soumis, à un moment ou à un autre, à une variante de cette technique. Le fait d'y être exposé trop longtemps peut laisser à la victime un dégoût à vie pour la notion d'obligation morale.

Je viens de parler d'un curseur imaginaire qui marque la ligne de séparation entre devoir et aspiration. Il me semble que la tâche consistant à en trouver la localisation exacte a été inutilement compliquée par une confusion conceptuelle qui remonte au moins jusqu'à Platon. Je pense à un débat du genre : pour juger ce qui est mauvais dans le comportement humain, il faut savoir ce qui est parfaitement bon. Chaque action doit être évaluée à la lumière de cette contribution à la vie parfaite. Sans une image de l'idéal de l'existence humaine, on ne peut avoir aucun critère, soit pour imposer des devoirs, soit pour ouvrir de nouvelles pistes pour l'expression des capacités humaines. Ceux qui acceptent cette façon de raisonner écartent le problème de l'endroit où s'arrête le devoir et où commence l'aspiration, soit parce que ce problème est dépourvu de sens, soit parce qu'il est insoluble. À leurs yeux, il est clair que la moralité d'aspiration est

le fondement de toute moralité. Dès lors que la moralité du devoir doit inévitablement intégrer les normes empruntées à la moralité d'aspiration, il n'est ni utile ni nécessaire de tracer une ligne claire entre les deux moralités.

Curieusement, l'opinion selon laquelle tous les jugements moraux doivent reposer sur une connaissance de la perfection a, historiquement, été employée pour justifier des conclusions diamétralement opposées en ce qui concerne l'objectivité des jugements moraux. Les uns soutiennent que c'est un fait d'expérience que nous pouvons savoir et se mettre d'accord sur ce qui est mal. Il doit en résulter que nous devons avoir, quelque part dans notre esprit, une idée partagée de ce qui est parfaitement bon. La tâche de la philosophie morale est donc de mettre en lumière quelque chose que nous possédons déjà et sur lequel nous sommes déjà d'accord. Telle est la voie suivie par le Socrate de Platon.

Les autres raisonnent comme suit. Il est clair que les hommes divergent quant à ce qui est parfaitement bon. Mais, dès lors qu'il est impossible d'émettre des jugements sensés sur ce qui est mal sans un consensus sur ce qui est parfaitement bon – consensus qui n'existe manifestement pas – notre accord apparent sur ce qui est mal ne peut être qu'une illusion, qui résulte sans doute d'un conditionnement social, d'une accoutumance ou d'un préjugé partagé.

Les deux conclusions reposent sur le postulat qu'on ne peut connaître le mal sans connaître ce qui est parfaitement bon ou, en d'autres termes, que les devoirs moraux ne peuvent être discernés rationnellement sans avoir d'abord embrassé une moralité d'aspiration exhaustive. Ce postulat est pourtant contredit par l'expérience humaine la plus élémentaire. L'injonction morale « tu ne tueras point » n'implique aucune idée de la vie parfaite. Elle repose sur le constat prosaïque que, si les hommes se tuent les uns les autres, aucune moralité d'aspiration ne peut être réalisée. Aucun champ de l'entreprise humaine ne confirme l'idée que nos jugements quant à ce qui est indésirable devraient être secrètement dirigés par une sorte d'utopie à moitié perçue. Dans le domaine linguistique, par exemple, aucun de nous ne prétend savoir à quoi ressemblerait une langue parfaite. Cela ne nous empêche pas de nous battre contre certaines corruptions d'usage qui tendent à détruire des distinctions utiles.

Il n'est pas un domaine de l'activité humaine qui n'offre une réfutation généralisée de l'idée qu'on ne peut savoir ce qui est inadapté à une fin sans savoir ce qui est parfaitement adapté pour l'atteindre. Lorsque nous sélectionnons des instruments pour atteindre nos objectifs, nous sommes capables de nous en sortir avec des conceptions imparfaitement définies de ce que nous essayons de réaliser. Aucun outil humain, par exemple, n'est parfaitement adapté pour une tâche particulière. Il est plutôt conçu pour accomplir, de façon satisfaisante, un nombre indéfini de tâches. Le marteau du charpentier sert de façon adéquate pour une variété importante mais indéfinie d'usages et ne révèle ses limites que lorsqu'on essaie de clouer de très petites punaises ou de lourds poteaux de tente. Si un collègue de travail me demande un marteau, ou l'objet qui s'en rapproche le plus à ma portée, je saurai directement, sans connaître exactement l'opération qu'il entreprend, que de nombreux outils lui seront inutiles. Je ne lui donnerai ni tournevis ni bout de corde. En bref, je peux savoir ce qui est mal sur la base de notions très imparfaites de ce qui serait parfaitement bon. Je crois qu'il en va de même pour les règles sociales et les institutions. Nous pouvons, par exemple, savoir ce qui est totalement injuste sans s'engager à déclarer de façon irrévocable à quoi ressemblerait la justice parfaite.

Aucun de ces arguments ne sous-entend qu'il n'y aurait aucune difficulté à tracer la ligne entre moralité du devoir et d'aspiration. Déterminer quand le devoir doit s'arrêter est une des tâches les plus complexes de la philosophie sociale. Cette solution implique une part importante de jugement et les différences d'opinion individuelles sont inévitables. Je défends ici l'idée que nous devrions faire face à ces difficultés, et ne pas les esquiver au motif qu'aucune réponse ne serait possible tant que nous n'avons pas élaboré une moralité complète d'aspiration. Nous en savons assez pour créer les conditions qui permettront à un homme de se dépasser. C'est certainement préférable que d'essayer de le paralyser avec une conception définitive de son bien suprême.

Sans doute est-ce le bon moment pour anticiper un malentendu supplémentaire. Il a été suggéré que la moralité du devoir concerne la vie de l'homme en société, alors que la moralité d'aspiration est une affaire entre l'homme et lui-même, ou entre lui

et son Dieu⁸. Cela n'est vrai que dans la mesure où, lorsque l'on grimpe l'échelle, du devoir le plus évident vers l'aspiration la plus haute, les différences individuelles de capacité et de compréhension deviennent de plus en plus importantes. Mais cela ne signifie pas que le lien social soit brisé dans cette ascension. La formulation classique de la moralité d'aspiration est celle des philosophes grecs. Or, ceux-ci considéraient comme acquis qu'il n'y avait de vie bonne pour l'homme, en tant qu'animal politique, que partagée avec d'autres. Si nous étions coupés de notre héritage social en termes de langage, de pensée et d'art, aucun de nous ne pourrait aspirer à quoi que ce soit de plus qu'une existence purement animale. Une des plus hautes responsabilités de la moralité d'aspiration est de préserver et d'enrichir cet héritage social.

Le vocabulaire de la morale et les deux moralités

Une des raisons pour laquelle la distinction entre moralité de devoir et d'aspiration n'occupe pas davantage de place dans la pensée moderne réside, me semble-t-il, dans le fait que notre vocabulaire moral lui-même recouvre et dissimule cette distinction. Prenons, par exemple, l'expression « jugement de valeur ». Le concept de valeur est proche de la moralité d'aspiration. Si on lui avait choisi un autre compagnon et parlé de « la perception de valeur », cette expression se serait sentie tout à fait à l'aise dans un système de pensée orienté vers l'accomplissement de l'existence humaine. Mais, à la place, nous avons associé le mot « valeur » au terme « jugement », une expression qui ne suggère pas une tension vers la perfection mais une proposition en termes d'obligations. Un subjectivisme adapté aux plus hautes instances de l'aspiration humaine se répand donc dans tout le langage du discours moral et on en arrive facilement à la conclusion absurde que des obligations manifestement essentielles pour la vie en société reposent sur une sorte de préférence essentiellement ineffable.

⁸ L'analyse précieuse de W.D. Lamont me semble gâchée par ce présupposé que la moralité du devoir concerne les relations sociales alors que la moralité de valeur vise les préférences individuelles, voy. Lamont 1955.

Je pense que la question controversée de la relation entre fait et valeur gagnerait en clarté si les débatteurs faisaient l'effort de garder à l'esprit la distinction entre moralités du devoir et d'aspiration. Lorsque l'on émet un jugement relatif à un devoir moral, il paraît absurde de dire qu'un tel devoir dépend de la connaissance d'une situation de fait. On peut comprendre les faits de fond en comble, il sera toujours nécessaire de faire intervenir un acte de jugement avant de conclure qu'un devoir existe. Même s'il n'est pas difficile, cet acte de jugement doit en principe avoir lieu.

Il en va différemment de la moralité d'aspiration qui, à cet égard, témoigne de son affinité étroite avec l'esthétique. Quand on cherche à saisir une nouvelle forme d'expression artistique, notre effort – s'il est suffisamment éclairé – se dirigera immédiatement vers l'objectif poursuivi par l'artiste. On se demandera : « Qu'essaie-t-il de faire ? Que cherche-t-il à communiquer ? ». Lorsque l'on a répondu à ces questions, soit on aime soit on déteste l'œuvre en question, mais aucune étape distincte n'intervient entre notre compréhension et notre approbation ou désapprobation. Si on désapprouve mais qu'on se méfie de notre jugement, on ne se demande pas si on a appliqué le mauvais critère d'approbation, mais plutôt si on a bien compris ce que l'artiste essayait de faire. I.A. Richards a montré les dégâts provoqués dans les jugements littéraires des étudiants lorsqu'ils ne se préoccupent pas de l'objectif de l'auteur mais de l'application de critères à l'aune desquels ils supposent que la littérature pourrait être jugée bonne ou mauvaise⁹. Dans le même sens, Norman T. Newton a démontré comment les jugements esthétiques en architecture pouvaient être déformés par l'effort consistant à trouver une formule verbale de nature à justifier le jugement adopté¹⁰.

Ces dernières remarques ne visent pas à refuser à la moralité d'aspiration toute qualité de rationalité. Au contraire, elles tendent à affirmer que le type de justification discursive qui caractérise les jugements de devoir est déplacée dans la moralité d'aspiration. Je pense que le Socrate de Platon permet d'illustrer ce point.

Socrate identifiait la vertu à la connaissance. Il supposait que si les hommes comprenaient vraiment ce qu'était le bien, ils le

⁹ Richards 1949.

¹⁰ Newton 1951.

désireraient et chercheraient à l'atteindre. Cette conception a souvent été considérée comme étant soit déconcertante, soit absurde – selon la modestie de l'auteur de la critique. Si Socrate enseignait une moralité de devoir, ces critiques auraient certainement été justifiées. Mais il parlait de moralité d'aspiration. Il voulait faire voir et comprendre aux hommes la vie bonne, pour qu'ils s'efforcent de l'atteindre. Son argument aurait été clarifié mais se serait perdu en cours de route s'il avait dit : « Premièrement, je vais démontrer ce qu'est la vie bonne, de façon à ce que vous puissiez la comprendre et percevoir quel type d'homme vous deviendriez si vous la meniez. Ensuite, je vous donnerai les raisons pour lesquelles vous devriez mener une telle vie ».

L'identification socratique de la vertu à la connaissance illustre la tendance maladroite de notre vocabulaire éthique à faire des allers et retours entre les deux moralités. Pour nous, le mot « vertu » a été totalement assimilé à la moralité du devoir. Pour les modernes, le mot a largement perdu sa signification originale de pouvoir, d'efficacité, d'adresse et de courage, un ensemble de connotations qui, à l'époque, l'aurait clairement situé dans la moralité d'aspiration. Le mot « péché » a subi une migration similaire. Pour nous, pécher signifie violer un devoir. Cependant, les mots traduits de la Bible par « péché » contenaient à l'origine la métaphore de « rater sa cible ». Quelque chose de cette forme originelle demeurait parmi les premiers chrétiens dès lors qu'ils énuméraient, parmi les péchés mortels, non seulement l'avarice et l'impudicité mais également ce que Sidgwick appelle les « péchés assez singuliers » de la morosité et de l'indifférence indolente¹¹.

Utilité marginale et moralité d'aspiration

J'ai suggéré que, si on cherche des affinités au sein des sciences humaines, le cousin le plus proche de la moralité du devoir est le droit, alors que la moralité d'aspiration présente une étroite parenté avec l'esthétique. Je propose maintenant de mener une enquête qui peut sembler un peu particulière et qui vise à

¹¹ Sidgwick 1949, p. 129.

déterminer la relation entre les deux moralités et les modes de jugement propres à la science économique.

Une première difficulté résulte de ce qu'il n'existe pas d'accord général entre les économistes en ce qui concerne la définition de leur sujet. Bien que l'économie ait la réputation méritée d'être la plus avancée des sciences sociales, le monde attend toujours une réponse définitive à la question : « de quoi s'agit-il ? ». La plupart des traités d'économie se contentent d'introduire le lecteur à leur sujet par une liste plus ou moins impressionniste des types de problèmes qui intéressent l'économiste. Au-delà, il appartient au lecteur de décider par lui-même ce qu'il étudie au juste¹².

Il y a eu, cependant, quelques tentatives sérieuses de définir proprement la science économique¹³. Parmi celles-ci, deux conceptions générales émergent. La première est que l'économie s'occupe de relations d'échange. L'autre est qu'au cœur de l'économie se trouve le principe d'utilité marginale, à savoir le principe par lequel nous répartissons de la façon la plus effective les ressources dont nous disposons en poursuivant les objectifs – quels qu'ils soient – que l'on s'est fixés. La figure classique employée pour distinguer ces deux conceptions est, bien entendu, celle de Robinson Crusoé. Du moins jusqu'à l'arrivée de Vendredi, il n'y avait personne avec qui Crusoé pouvait échanger quoi que ce soit, excepté dans le sens métaphorique où il échangeait un travail solitaire contre les fruits de la nature. Si l'économie est identifiée aux échanges entre êtres humains, Crusoé n'avait aucun problème économique. D'un autre côté, il devait décider comment utiliser de la façon la plus effective les rares ressources à sa disposition, en ce compris son temps et son énergie. S'il cultivait un champ, il

¹² Le traité *Economics – An Introductory Analysis* de Paul A. Samuelson est considéré comme un des manuels scolaires les plus utilisés qui ait jamais été écrit. Dans la deuxième édition (1951, p. 14-16), on trouve une discussion relative aux « frontières et limites de l'économie », dans laquelle il est avancé que l'économie s'occupe exclusivement des moyens et n'est pas compétente pour traiter des fins. Dans la cinquième édition (1961), cette tentative de délimiter la compétence du sujet a disparu et a été remplacée par une liste des différents sujets dont s'occupe l'économie (p. 5-6). On trouvera une démonstration intéressante du fait que la science économique est caractérisée par un type particulier de fin, et est incapable de répondre à des questions lorsque cette fin n'est pas prise en considération, dans Harrod 1938, réédité dans Clemence 1950, p. 1-30.

¹³ Le traitement du sujet qui a été le plus lu est celui de Lionel Robbins (1935).

pouvait se demander si, en portant ses efforts sur la pêche, il obtiendrait un meilleur rendement grâce à sa première heure de pêche ou grâce à une heure passée à cultiver ce champ. En ce sens, Crusoe connaissait bien des problèmes économiques, et non des moindres.

Il y a, me semble-t-il, un parallèle frappant à effectuer entre ces deux conceptions de l'économie et les deux conceptions de la moralité qui font l'objet de ce chapitre. L'économie de l'échange entretient une affinité étroite avec la moralité du devoir. L'économie de l'utilité marginale est, pour ainsi dire, la contrepartie économique de la moralité d'aspiration. Je commencerai par cette seconde relation.

La moralité d'aspiration porte sur nos efforts pour faire le meilleur usage de nos courtes vies. L'utilité marginale traite de nos efforts pour faire le meilleur usage de nos ressources économiques limitées. Les deux ne sont pas seulement semblables dans leur objectif, mais aussi dans leurs limitations. On dit que la moralité d'aspiration implique nécessairement une certaine conception du bien le plus élevé pour l'homme, bien qu'elle échoue à nous dire ce que c'est. On peut adresser la même critique, avec la même force, au principe de l'utilité marginale. Le consommateur est présenté par l'économie de l'utilité marginale comme cherchant à égaliser le rendement de chaque dollar qu'il dépense. Lorsqu'il atteint le point à partir duquel le rendement de ses dépenses pour l'achat de livres commence à diminuer de façon perceptible, il peut consacrer ses dépenses à autre chose, par exemple un régime diététique plus riche et plus satisfaisant. Dans ce changement – si on accepte qu'il soit *possible* de comparer et d'égaliser des dépenses relatives à des choses radicalement différentes – il semble qu'on postule une sorte de critère ultime qui se situe au-dessus des livres, de la nourriture, des vêtements, et de toutes les autres choses et services pour lesquels les hommes peuvent dépenser de l'argent. L'économie de l'utilité marginale n'est pas en mesure de décrire ce qu'est ce critère, même si, à la différence de la moralité d'aspiration, elle a un mot pour désigner cette ignorance. Ce mot est, bien entendu, « utilité ». Lorsque l'utilité d'une marchandise A valant un dollar diminue au point qu'elle est inférieure à l'utilité d'une marchandise B ayant la même valeur, le consommateur déplace ses dépenses vers le second type de bien. Ce terme d'« utilité » permet à l'économiste de dissimuler son

incapacité à identifier un bien économique supérieur à tous les biens particuliers, qui servirait de guide pour choisir parmi ces derniers. Pourtant, l'échec de l'économiste demeure essentiellement le même que celui du moraliste qui prétend montrer aux hommes comment atteindre la Vie bonne, sans définir ce qu'est ou ce que devrait être le but le plus élevé de cette vie¹⁴.

La tentative de Bentham de substituer à l'objectif d'excellence celui de plaisir revenait en réalité simplement à introduire dans la moralité le même défaut secret qui demeure invétéré en économie. Il est impossible de maintenir l'affirmation que tout effort humain tend vers le plaisir sauf à accepter d'élargir la notion de plaisir au point qu'elle devienne, comme l'utilité en économie, un contenant vide pour tout type de désir ou d'effort humain. Si, en suivant Mill, on essaie d'être plus sélectif quant à ce qui rentre dans ce contenant, on aboutit non pas au principe du plus grand bonheur mais à quelque chose qui ressemble à la conception grecque de l'excellence.

A défaut d'un bien moral ou économique le plus élevé, on a recours finalement, tant dans la moralité d'aspiration que dans l'économie de l'utilité marginale, à la notion d'équilibre – ni trop, ni trop peu. Cette notion n'est pas aussi banale qu'on pourrait le penser. Il est propre aux êtres humains de poursuivre une pluralité de fins ; un intérêt obsessionnel pour une fin unique, quelle qu'elle soit, peut être prise pour un symptôme de maladie mentale. Thomas d'Aquin semble proposer l'argument curieux selon lequel l'existence d'une fin ultime pour la vie humaine est révélée par la circonstance que nous passons, en pratique, d'une fin particulière à l'autre et que, en l'absence d'un critère orientant ce passage, nous

¹⁴ On pourrait objecter que la comparaison confond les registres descriptif et prescriptif. À la différence du philosophe moral, l'économiste, pourrait-on dire, ne s'intéresse pas à la question de savoir ce que le consommateur *devrait* vouloir ; il décrit simplement un processus d'évaluation et trouve le terme « utilité » pertinent dans le cadre de cette description. Mais cette objection esquivait les difficultés qu'implique toute tentative de décrire en des termes entièrement non évaluatifs un processus qui est lui-même évaluatif (ces difficultés ont été l'occasion d'un échange entre le professeur Ernest Nagel et moi-même, voy. Nagel 1958, p. 68-104 ; Fuller 1959, p. 86-104). L'économiste ne se soucie peut-être pas de ce que veut le consommateur mais il ne peut être indifférent au processus par lequel le consommateur prend sa décision concernant ce qu'il veut. S'il veut comprendre ce processus, l'économiste doit être capable d'y participer indirectement et d'avoir une compréhension de ses conditions.

continuerions à tendre vers la même direction à l'infini. Dès lors que cela est impossible et absurde, il en résulte que nous n'agirions pas du tout si nous n'étions pas guidés par une fin supérieure¹⁵. Quoi qu'on puisse penser de ce raisonnement paradoxal, il n'y a rien de banal dans la conception aristotélicienne du juste milieu, qui ne doit pas être confondue avec la notion moderne de la « voie moyenne ». Pour les modernes, la voie moyenne est la voie facile, qui implique un minimum d'investissement. Pour Aristote, le juste milieu était la voie difficile, celle dont le paresseux et l'incompétent risquaient le plus de s'écarter. À cet égard, il imposait les mêmes exigences à la perspicacité et à l'intelligence qu'une saine gestion économique.

Réciprocité et moralité du devoir

Voilà ce qu'on peut dire de la relation entre la moralité d'aspiration et une conception de la science économique essentiellement préoccupée par une gestion prudente. Examinons maintenant l'affinité que je décèle entre la moralité du devoir et l'économie de l'échange.

Il est clair que les devoirs, moraux et juridiques, peuvent résulter d'un échange ; par exemple, un échange de promesses ou l'échange d'une promesse contre un acte présent. Il existe donc un territoire que partagent les concepts d'échange et de devoir. D'un autre côté, il serait certainement saugrenu d'essayer d'interpréter tous les devoirs comme résultant d'un échange explicite. On peut affirmer, par exemple, que le citoyen a une obligation morale de voter, et de s'informer suffisamment pour voter intelligemment, sans que ce devoir repose sur un marché conclu entre lui et son gouvernement ou entre lui et ses concitoyens.

Pour établir une affinité entre le devoir et l'échange, il nous faut un troisième terme, un principe-arbitre. Il me semble qu'il réside dans la relation de réciprocité. Un échange n'est, après tout, rien d'autre que l'expression particulière de cette relation plus générale, et souvent plus subtile. La littérature relative à la moralité du devoir est, du reste, remplie de références à quelque chose qui ressemble au principe de réciprocité.

¹⁵ *Summa Contra Gentiles*, III, ch. II.

Même au milieu des appels exaltés du Sermon sur la Montagne, on trouve une note répétée de sobre réciprocité : « Ne jugez pas afin de ne pas être jugés, car on vous jugera de la même manière que vous aurez jugé et on utilisera pour vous la mesure dont vous vous serez servis. [...] Tout ce que vous voudriez que les hommes fassent pour vous, vous aussi, faites-le de même pour eux, car c'est ce qu'enseignent la loi et les prophètes. »¹⁶

Ce genre d'enseignements – on en trouve dans toutes les moralités du devoir – n'implique pas, bien entendu, que tout devoir résulte d'une relation bilatérale de marchandage. Cela devient clair si on reformule la Règle d'or comme suit : « Dès que j'aurai reçu la garantie de votre part que vous me traiterez comme vous voudriez être traité, alors je serai prêt à vous accorder à mon tour un traitement identique ». Ce n'est pas le langage de la moralité, ni même du commerce amical, mais celui du commerce prudent, voire hostile. L'ériger en principe général reviendrait en fin de compte à dissoudre le lien social.

Le message que la Règle d'or cherche à faire passer n'est pas que la société est composée d'un réseau de marchés explicites mais qu'elle tient ensemble grâce à un lien omniprésent de réciprocité. On trouve des signes de cette conception dans toutes les moralités du devoir, qu'elles reposent sur l'intérêt personnel ou sur les exigences nobles de l'Impératif catégorique. Chaque fois qu'un appel au devoir essaie de se justifier, il le fait toujours en des termes qui s'apparentent au principe de réciprocité. Ainsi, si on doit inciter un électeur récalcitrant à aller voter, il est presque certain qu'on lui demandera, à un certain moment : « est-ce que vous aimeriez que tout le monde agisse comme vous le proposez ? ».

On pourrait m'objecter que ces remarques concernent la rhétorique du devoir plutôt que sa sociologie. Il est naturel qu'un moraliste qui essaie de pousser les hommes vers un devoir désagréable inclue dans son argumentation une forme ou l'autre d'appel à l'intérêt personnel. Il est tout aussi naturel d'essayer de faire accepter aux hommes une contrainte inopportune – c'est-à-

¹⁶ Matthieu, 7.1 et 12. Cf. Deutéronome 7:11-12 : « Ainsi, observe les commandements, les lois et les ordonnances que je te prescris aujourd'hui, et mets-les en pratique. Si tu écoutes ces ordonnances, si tu les observes et les mets en pratique, l'Éternel, ton Dieu, gardera envers toi l'alliance et la miséricorde qu'il a jurées à tes pères ».

dire une contrainte extérieure – en leur faisant croire qu'elle a été volontairement acceptée. C'est ainsi que la dure réalité du pouvoir politique a été dissimulée, historiquement, par la fiction du contrat social.

L'argument sous-estime, me semble-t-il, la mesure dans laquelle le principe de réciprocité trouve ses racines non seulement dans nos professions mais également dans nos pratiques. La reformulation de la Règle d'or que je viens de proposer était manifestement détournée de son intention. Je pense qu'il en irait différemment si on devait ajouter une réserve de ce type : « dès qu'il deviendra parfaitement clair que vous n'avez absolument aucune intention de me traiter de la façon dont vous voudriez être traité, je considérerai que je suis libéré de mon obligation de vous traiter comme j'aurais aimé l'être ». Ici, l'élément de réciprocité se trouve fortement éloigné du devoir lui-même ; il représente une sorte de système de sécurité. Il ne fait aucun doute que le moment exact où ce point sera atteint fera l'objet de divergences d'opinion. Mais il y a des cas évidents où aucune discussion n'est possible. Ainsi, mon insistance auprès d'un citoyen sur son obligation d'aller voter perd certainement de sa force s'il sait pertinemment qu'il n'y a aucune chance que son vote soit dépouillé.

L'obligation de vote n'est pas absolue, mais elle dépend de ce que les autres, par leur comportement, rencontrent certaines attentes. Il en irait même ainsi d'un citoyen qui voterait tout en sachant que son vote ne sera pas dépouillé, et ce afin de démontrer l'existence de certains abus électoraux. Si le monde entier demeure indifférent et insensible à son action – c'est-à-dire en l'absence de toute réaction – alors cette action s'avère complètement inutile.

Dans ce sens large, il y a une notion de réciprocité implicite dans la notion même de devoir – à tout le moins pour tout devoir qui concerne la société ou un autre être humain responsable. Il est possible d'imaginer un lien social qui ne connaît aucun devoir. Un tel lien pourrait exister dans un couple très amoureux, ou au sein d'un petit groupe d'hommes unis par une sorte de situation d'urgence, comme un baroud d'honneur contre un ennemi qui les a encerclés. Dans une telle situation, il ne peut être question de contribution mesurée. Le seul principe d'organisation pertinent est : « un pour tous et tous pour un ». Mais, dès que les contributions de chacun sont réparties et mesurées – en d'autres termes, dès qu'il y a des devoirs – il doit y avoir une sorte de

critère, aussi grossier et approximatif soit-il, à l'aune duquel on peut déterminer le type et l'étendue de la contribution attendue. Ce critère doit être élaboré à partir d'un modèle de tissu social qui rassemble des éléments d'action individuelle. Une rupture suffisante de ce tissu doit – si on doit appréhender cette question avec un tant soit peu de rationalité – dispenser les hommes de devoirs qui n'étaient justifiés que par le maintien d'un modèle d'interaction sociale, détruit dans l'intervalle.

Cette argumentation contient une notion implicite de collaboration anonyme entre les hommes, par laquelle leurs activités se poursuivent à travers les institutions et les procédures d'une société organisée. Cette conception semble très éloignée de celle d'un simple échange de valeurs économiques. Mais il faudrait rappeler que même une relation directe et explicite de réciprocité ne se limite pas à une sorte de marchandage. Imaginons, par exemple, que deux hommes se promettent mutuellement de donner une somme égale à la même œuvre de bienfaisance. Ici, les motifs habituels d'intérêt personnel à l'échange font défaut, tout comme la notion de prestations respectives des parties à l'échange. Pourtant, dans ce cas, nous avons certainement une relation de réciprocité et, si on postule qu'aucun droit de l'œuvre de bienfaisance n'est en cause, le fait pour une des parties de revenir sur sa promesse devrait, en toute équité, relever l'autre de la sienne. Les obligations des deux parties proviennent et dépendent de la relation de réciprocité dont la nature n'est pas différente de celle qui unit, de façon plus complexe, les membres d'une société.

S'il est vrai qu'on peut généralement retracer l'origine des devoirs au principe de réciprocité, il est tout aussi vrai que la réciprocité dont découle un devoir donné peut se donner à voir dans des mesures différentes. Elle est parfois évidente pour ceux qui sont concernés ; pour les autres, elle trace une trajectoire plus subtile et obscure à travers les méandres des institutions et des pratiques sociales. Cela nous amène à la question suivante : dans quelles circonstances un devoir, qu'il soit légal ou moral, devient-il le plus compréhensible et le plus acceptable pour ceux qu'il affecte ? Je pense qu'on peut identifier trois conditions pour garantir l'efficacité optimale de la notion de devoir. *Premièrement*, la relation de réciprocité dont découle le devoir doit résulter d'un accord volontaire entre les parties immédiatement affectées ; ils

« créent » eux-mêmes le devoir. *Deuxièmement*, les prestations réciproques des parties doivent être, dans un certain sens, égales en valeur. Bien que la notion même d'acceptation volontaire en appelle déjà à un fort sentiment de justice, cet appel est renforcé quand on y ajoute l'élément d'équivalence. On ne peut pas parler ici d'identité parfaite dès lors que cela n'a aucun sens d'échanger un livre ou une idée contre le même livre ou la même idée. Le lien de réciprocité unit les hommes non pas simplement *en dépit* de leurs différences mais *grâce* à leurs différences. Lorsque, par conséquent, on recherche l'égalité dans une relation de réciprocité, ce qu'on exige est une certaine mesure de valeur qui peut être appliquée à des choses qui sont de nature différente. *Troisièmement*, les relations au sein de la société doivent être suffisamment fluides pour qu'on puisse être redevable demain de ce qu'on doit aujourd'hui – en d'autres mots, la relation d'obligation doit, en théorie et en pratique, être réversible. Sans cette symétrie, on risque d'être coincé par cette question de Rousseau : pour quelle raison devrais-je, étant moi, agir comme si j'étais l'autre personne alors que je suis quasiment certain que je ne me retrouverai jamais dans cette situation¹⁷?

Telles sont les trois conditions pour une réalisation optimale de la notion de devoir, celles qui rendent un devoir le plus compréhensible et le plus acceptable pour celui qui en est le débiteur. Quand on se demande : « dans quelle sorte de société ces conditions sont les plus susceptibles d'être rencontrées ? », la réponse est surprenante : dans une société d'agents économiques. Par définition, les membres d'une telle société s'inscrivent dans des relations d'échange qui sont directes et volontaires. Quant à l'égalité, c'est seulement avec l'aide d'un marché libre, par exemple, qu'il est possible de développer quelque chose

¹⁷ Ce passage de Rousseau provient de son livre *Émile*, tel que cité dans Del Vecchio 1952, p. 96. Rousseau avait bien entendu l'intention, par cette question, de réfuter les théories utilitaristes du devoir. Del Vecchio lui-même fait grand cas de la réciprocité dans son analyse de la justice. En distinguant une simple demande d'une demande fondée sur un droit subjectif, Del Vecchio indique que le second présuppose un principe général, en vertu duquel, si les positions des parties étaient inversées, le même devoir s'imposerait dans le sens inverse. Cette réciprocité abstraite perd cependant beaucoup de son intérêt si le renversement des positions ne peut pas, dans les faits, se produire. Il est peu réconfortant pour l'esclave, par exemple, de s'entendre dire que s'il était né maître, et son maître, esclave, il aurait alors eu le droit d'exiger ce qu'il doit maintenant exécuter.

ressemblant à une mesure exacte de la valeur de biens différents¹⁸. Sans une telle unité de mesure, la notion d'égalité perd de sa substance et régresse à un niveau métaphorique. Enfin, les agents économiques changent souvent de rôle, étant tour à tour vendeurs et acheteurs. Les obligations qui découlent de leurs échanges sont donc réversibles, non seulement en théorie mais également en pratique. La réversibilité de rôle qui caractérise donc une société de l'échange n'existe nulle part ailleurs dans une même mesure, comme le montre une comparaison avec les obligations existant entre parent et enfant, mari et femme, citoyen et gouvernement. Hayek considère que la *Rule of Law*¹⁹ même dépend de la condition que, dans une société, les hommes puissent se réunir aujourd'hui pour légiférer quant à leurs obligations sans savoir si, demain, ils en seront les débiteurs ou les bénéficiaires. Bien entendu, pour Hayek, une telle société est organisée sur la base du principe du marché et il prédit un échec de la *Rule of Law* pour toute société qui abandonnerait ce principe²⁰.

Cette analyse suggère la conclusion quelque peu surprenante que seul le capitalisme peut permettre à la notion de devoir moral et légal d'atteindre son plein épanouissement. Telle était, du reste, la conclusion d'un écrivain soviétique autrefois célèbre, Evgueni Pachoukanis, peut-être le seul penseur soviétique à avoir apporté une contribution spécifique à la philosophie sociale²¹.

La théorie de Pachoukanis est connue sous le nom de *Théorie du Droit de l'Échange des Marchandises*, bien qu'il eût

¹⁸ Il faudrait rappeler, cependant, qu'il existe des propositions (qui ont été à tout le moins partiellement mises en œuvre dans le bloc soviétique) visant à réguler une économie socialiste avec des principes de marché. Voy. par exemple, Lange 1936-1937, réimprimé dans un volume portant le même titre, édité par Benjamin E. Lippincott (1938), p. 55-129.

¹⁹ [NdT] La notion de *Rule of Law* ne peut être tout à fait assimilée à celle d'État de droit (qui est la notion la plus proche pour les juristes francophones). Sa traduction dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à savoir « prééminence du droit », est plus adéquate mais trop peu connue et son utilisation risque de créer des malentendus quant à la portée exacte de cette notion tout à fait fondamentale en *common law*. Il a donc été décidé de conserver l'expression en langue anglaise.

²⁰ Hayek 1944, p. 72-87.

²¹ Voy. *Soviet Legal Philosophy*, Vol. V, 20th Century Legal Philosophy Series, trad. Babb (1951), « The General Theory of Law and Marxism », p. 111-225. J'ai tenté de résumer la théorie de Pachoukanis dans Fuller 1949, p. 1157-66.

été préférable de l'appeler la *Théorie du Devoir Légal et Moral de l'Échange des Marchandises*. Cette théorie a été construite sur deux piliers de la pensée marxiste : *premièrement*, dans l'organisation de la société, le facteur économique est d'une importance capitale ; les principes moraux et juridiques ainsi que les institutions constituent donc une sorte de « superstructure » reflétant l'organisation économique de la société ; *deuxièmement*, quand l'état de communisme sera enfin atteint, le droit et l'État vont disparaître.

Dans ses grandes lignes, le raisonnement de Pachoukanis était assez simple. L'organisation économique de la société capitaliste est déterminée par l'échange. Il en résulte par conséquent que les institutions juridiques et politiques d'une telle société sont imprégnées de notions dérivées de l'échange. Ainsi, dans le droit pénal bourgeois, on trouve un tableau des crimes avec un programme des sanctions ou expiations – une sorte de liste de prix pour la mauvaise conduite. En droit privé, la figure dominante est celle du sujet de droit qui a des obligations, est titulaire de droits et se voit attribuer le pouvoir de régler ses différends avec les autres par un accord. Le sujet de droit est donc l'équivalent juridique de l'agent économique. Avec le communisme, l'échange économique sera aboli, ainsi que toutes les conceptions juridiques et politiques qui en découlent. En particulier, le communisme ne connaîtra ni droits ni obligations juridiques.

La même analyse a été étendue au domaine de la morale. Une fois le communisme achevé, la moralité telle qu'elle est généralement comprise (à savoir, la moralité du devoir) cessera de remplir toute fonction. La réaction de Pachoukanis aux écrits de Kant permet de voir jusqu'où il a poussé sa théorie. Le point de vue de Kant, selon lequel on doit traiter son prochain comme une fin et non comme un moyen, est généralement considéré comme étant une des expressions les plus nobles de sa philosophie. Pour Pachoukanis, il s'agissait simplement du reflet d'une économie de marché, car c'est seulement en nouant des relations d'échange que nous sommes capables de faire en sorte que les autres servent nos buts en même temps que nous servons les leurs. En effet, toute réciprocité, quelle que soit la façon sinueuse dont elle opère à travers les formes sociales, cantonne les hommes dans un rôle dual, comme des fins en soi ou comme des moyens pour les fins des autres. Dès lors qu'il n'existe pas de point d'arrêt ou de rupture

clairs entre la réciprocité implicite et l'échange explicite, Pachoukanis en conclut que, lorsque le communisme sera enfin terminé, tous les devoirs moraux disparaîtront.

Ces conceptions se sont avérées trop radicales, ou à tout le moins trop encombrantes, pour les contemporains de Pachoukanis dans la Russie staliniste, et il fut exécuté en 1937. Pour rendre justice à sa mémoire, il faut préciser que ses théories ont des racines solides dans les enseignements des pères fondateurs du communisme. Elles découlent manifestement de la double doctrine de la superstructure et de la disparition de l'État et du droit. Elles ont également une affinité émotionnelle remarquable avec la pensée de Marx dans son ensemble, particulièrement telle que révélée dans son juvénile « thème de l'aliénation ». Marx semble avoir eu un dégoût particulier pour tout principe ou disposition qui pourrait amener quelqu'un à servir les fins d'un autre, bien que cette contrainte ne soit pas seulement présente dans l'échange mais dans toute sorte d'organisation sociale officielle. Ce dégoût se dévoile implicitement dans l'antipathie qu'il a affichée tout au long de sa vie envers la notion même de répartition officielle du travail, une antipathie d'autant plus curieuse que Marx ne pouvait ignorer que la production économique recherchée par le communisme serait impossible sans les bénéfices résultant de la spécialisation des fonctions. Cette aversion fondamentale envers l'interdépendance trouve son expression la plus éloquente dans un passage ancien où Marx décrit la vie dans une société bourgeoise – c'est-à-dire dans une société d'échange – comme une vie dans laquelle l'homme « traite les autres comme des moyens, se réduit au rôle d'un moyen, et devient le jouet de forces étrangères »²².

On peut comparer ce passage plein d'amertume avec la description de l'échange économique donné par Philip Wicksteed, un pasteur unitarien devenu économiste :

En ce qui concerne l'ensemble des biens échangeables, nous pouvons généralement agir avec plus d'efficacité en recourant à la méthode indirecte, consistant à poursuivre ou à promouvoir les buts immédiats des autres, qu'en recourant à la méthode directe consistant à poursuivre ses propres objectifs [...] nous

²² Cité par Tucker 1961, p. 105. Ce livre est hautement recommandé à quiconque souhaite comprendre ce qu'on pourrait appeler le « sens moral » de la pensée de Marx.

concluons des relations d'affaires, non parce que nos intentions sont égoïstes, mais parce que ceux avec qui nous contractons y sont relativement indifférents, et ils sont (comme nous) vivement intéressés par leurs propres intentions, à l'égard desquelles nous sommes à notre tour relativement indifférents [...] Il n'y a certainement rien de dégradant ou de révoltant pour notre sens moral le plus élevé dans cette poursuite mutuelle des objectifs de l'autre parce que nous sommes intéressés par les nôtres [...] La connexion économique (c'est-à-dire, la connexion de l'échange) étend indéfiniment notre liberté de combinaison et de mouvement ; car elle nous permet de former un ensemble de groupes liés par cohésion de (diverses) facultés et ressources, et un autre ensemble de groupes liés par communauté d'objectif, sans avoir à trouver la « double coïncidence » qui serait autrement nécessaire²³.

Si, par une sorte de renversement du flux temporel, Marx avait pu avoir connaissance de ce passage, et avait pu en absorber tant la pensée que l'esprit, le monde d'aujourd'hui serait fort différent.

Localiser le curseur sur l'échelle morale

Revenons à présent à une comparaison plus générale entre les concepts de l'économie et ceux de la moralité. En parlant de la relation entre les deux moralités, j'ai proposé l'image d'une échelle ascendante, commençant en bas avec les conditions clairement essentielles à la vie sociale et terminant au sommet avec les efforts les plus nobles vers l'excellence humaine. Les échelons les plus bas de cette échelle représentent la moralité du devoir ; ses échelons les plus hauts, la moralité d'aspiration. Une ligne de démarcation fluctuante sépare les deux, qu'il est difficile de localiser avec précision, mais qui a une importance vitale.

Cette ligne de démarcation opère comme un rempart essentiel entre les deux moralités. Si la moralité du devoir dépasse sa propre sphère, la main de fer de l'obligation imposée risque d'étouffer l'expérience, l'inspiration et la spontanéité. Si la moralité d'aspiration envahissait le domaine du devoir, les hommes pourraient commencer à peser et nuancer leurs

²³ Wicksteed 1933, p. 156, 179-180.

obligations à l'aune de leurs propres critères et on finirait avec un poète jetant sa femme à l'eau, dans l'espoir – peut-être quelque peu justifié – qu'il sera plus inspiré en son absence.

Une relation similaire unit l'économie de l'échange et celle de l'utilité marginale. Au regard du principe de l'utilité marginale, rien n'est sacré ; tous les accords existants sont susceptibles d'être réorganisés dans l'intérêt d'un rendement économique plus important. Les économies de l'échange, par contraste, se fondent sur deux points fixes : la propriété et le contrat. Le calcul intéressé est toujours permis, sauf lorsqu'il est question de fidélité au contrat ou de respect de la propriété. Sans une déférence désintéressée envers ces institutions, un régime d'échange perdrait son ancrage et personne n'occuperait une position suffisamment stable pour savoir ce qu'il doit offrir à ou ce qu'il peut espérer recevoir d'un autre. Cela dit, les rigidités de la propriété et du contrat doivent être maintenues dans certaines limites. Si elles les dépassaient, l'effort de la société d'allouer ces ressources de la façon la plus effective possible se verrait contré par un système d'intérêts individuels et institutionnels, un « marché réservé » par exemple, qui est une sorte de droit de propriété dépassant sa propre portée. Nous voilà encore confrontés au problème qui consiste à placer le curseur imaginaire au bon endroit. À nouveau, l'économiste jouit d'un avantage par rapport au moraliste. S'il éprouve également des difficultés pour tracer la ligne, il peut au moins abriter ses tâtonnements derrière un vocabulaire impressionnant, qui dans ce cas va bien au-delà de la transparence innocente du mot « utilité » et mobilise des termes comme monopole, monopsonie, action parallèle et prix rigides.

On pourrait suggérer qu'une certaine rigidité est inhérente à tous les devoirs, qu'ils soient moraux ou juridiques, qu'ils découlent d'un échange ou d'une autre sorte de relation. En même temps, il est de la nature de toute aspiration humaine à la perfection, y compris celle qui recherche l'efficacité économique maximale, d'être souple et sensible aux conditions changeantes.

Un problème omniprésent du projet social est donc celui de maintenir un équilibre entre structure porteuse et fluidité adaptative. Ce problème est partagé par la morale, le droit, l'économie, l'esthétique et – comme Michael Polanyi l'a montré –

la science²⁴. On ne peut concevoir adéquatement la nature de ce problème si on la pense en des termes simplistes d'opposition entre sécurité et liberté, dès lors qu'il ne s'agit pas simplement de savoir si les individus sont – ou se sentent – libres ou en sécurité, mais d'atteindre une harmonie et un équilibre entre les processus – souvent anonymes – de la société dans son ensemble²⁵.

Dans un sens quelque peu paradoxal, même les rigidités sociales essentielles doivent se maintenir, non pas en restant passives mais en travaillant activement à leur reconnaissance. Holmes a ainsi relevé que tout droit individuel tend à devenir absolu²⁶. On pourrait penser que cette tendance vers l'absolu constitue la signification essentielle d'un « droit », qu'il soit juridique ou moral. De la même manière, on pourrait dire que le propre de la notion de devoir est de résister à toute relativisation. Contrairement à de simples envies, des conseils de prudence ou des appels à de vagues idéaux, les droits et devoirs (qu'ils soient moraux ou juridiques) constituent des points rigides de la décision humaine. Si, dans certains cas, ils peuvent être considérés comme étant relatifs, on peut compter sur eux pour résister à toute relativisation.

L'opinion qui vient d'être émise est très proche de la notion de H.L.A. Hart de « concepts défectibles »²⁷. Dire qu'un homme a conclu un contrat ne revient pas uniquement à faire pencher la balance de la justice, de façon indéterminée, vers la conclusion qu'il pourrait peut-être avoir contracté une obligation. Cela revient à dire qu'il *est* lié, à moins qu'une cause d'excuse spécifique, comme l'incapacité ou la contrainte, puisse être établie. Ce qui se manifeste ici n'est peut-être qu'une impulsion de la

²⁴ Polanyi 1951 ; 1958.

²⁵ On pourrait penser que la question de la fonction du statut, ou du rôle institutionnel, fait partie de ce problème plus important. Une grande partie de l'analyse de ce problème par Chester Barnard pourrait, me semble-t-il, être reformulée à l'aide des termes employés dans le texte. Voy. chapitre IX dans son *Organization and Management* (1948).

²⁶ « Tous les droits tendent à se déclarer absolus selon une logique extrême. Cependant, ils sont tous limités dans les faits par la proximité de principes de politique qui sont différents de ceux sur lesquels le droit particulier est fondé, et qui deviennent assez solides pour tenir tous seuls quand un certain point est atteint » (Hudson CountyWater Company v. McCarter, 209 U.S. 349, p. 355 (1908)).

²⁷ Hart 1952, p. 145-166.

moralité du devoir, qui s'exprime par le biais du droit, pour protéger sa propre intégrité des menaces de toute opinion qui essaie de résoudre trop d'équations à la fois.

Récompenses et sanctions

Il reste à mentionner brièvement une dernière manifestation de la distinction entre moralité du devoir et d'aspiration, dont on trouve une reconnaissance tacite dans nos pratiques sociales de récompenses et de sanctions.

Dans la moralité du devoir, il est compréhensible que les sanctions passent avant les récompenses. Il n'y a lieu ni d'encenser un homme, ni de lui attribuer les honneurs parce qu'il s'est conformé aux conditions minimales de la vie en société. On préfère le laisser tranquille et concentrer notre attention sur celui qui a échoué à s'y conformer, en lui faisant part de notre désapprobation, voire en lui infligeant un désagrément plus tangible. Des considérations de symétrie pourraient suggérer que la récompense et la louange devraient jouer, pour la moralité d'aspiration qui tend vers le superlatif, le même rôle que la punition et la désapprobation dans la moralité du devoir. Dans une certaine mesure, cette image en miroir se vérifie en pratique. Mais la symétrie parfaite est gâchée par le fait que, plus un homme s'approche du sommet de l'accomplissement humain, moins les autres sont compétents pour évaluer sa performance.

Le fait de distribuer des récompenses et des sanctions est omniprésent dans notre société et s'étend, au-delà du droit, à l'éducation, à l'industrie, à l'agriculture et au sport. Dès que des distinctions sont décernées ou que des privations sont imposées, il est naturel de sélectionner un arbitre ou un comité pour prendre la décision et, qu'il s'agisse de sanction ou de récompense, l'autorité qui a le pouvoir de décision est censée agir avec intelligence et impartialité. Néanmoins, il y a une énorme différence entre les procédures qui sont généralement mises en place pour infliger des sanctions et celles qui visent à octroyer des récompenses. Lorsqu'il s'agit de sanctions et de privations, on entoure la décision des garanties procédurales du droit à un « due process »²⁸, qui sont

²⁸ [NdT] Cette notion essentielle du droit constitutionnel américain, qui trouve son fondement dans les 5ème et 14ème amendements de la Constitution, a une

souvent élaborées, et il n'est pas rare qu'on impose une obligation de rendre des comptes à la société. Quand des récompenses et des honneurs sont octroyés, on se contente de méthodes de décision plus informelles et moins minutieusement contrôlées.

La raison de cette différence est évidente. Les sanctions et les privations opèrent aux niveaux les plus bas de l'accomplissement humain, où il est possible d'identifier une performance défectueuse avec une relative certitude et d'établir des critères formels pour en juger. Au niveau des honneurs et des prix, on voit qu'il y aurait peu de sens, et même une bonne dose d'hypocrisie, à soumettre une décision qui est essentiellement subjective et intuitive à des formalités propres à une procédure judiciaire.

On pourrait donner plusieurs illustrations de cette différence, dans de nombreuses franges de la société. J'en mentionnerai uniquement deux. Dans les relations entre syndicats et patronat, le contrôle arbitral vise généralement surtout les licenciements. Les promotions peuvent, dans certains contrats, n'être jamais soumises à un tel contrôle ; si elles le sont, elles offrent un matériau nettement moins satisfaisant pour le processus d'arbitrage que les licenciements. Au baseball, les erreurs sont jugées formellement par des experts et annoncées publiquement, alors que la reconnaissance de superbes séquences de jeu – l'arrêt de Willie Mays, par exemple²⁹ – dépend de l'opinion informelle de fans et des journalistes. Cette pratique peut, évidemment, perturber la moyenne des courses gagnées par le lanceur, mais cette distorsion est considérée comme un modeste prix à payer pour échapper à l'obligation de mesurer avec précision ce qui ne peut l'être.

En général, on se satisfait de telles méthodes informelles de décision, du reste souvent ignorées du public, lorsque des sélections sont faites pour des titres honorifiques, des décorations militaires, des médailles de héros, des prix scientifiques et littéraires, des prix de fondations et des dîners d'hommage. On pourrait penser que la procédure extrêmement formelle de

dimension procédurale (définie *infra* à la note 70) et une dimension substantielle, qui vise les garanties juridiques fondamentales en matière de liberté et de propriété (comme la liberté d'expression).

²⁹ [NdT] Willie Mays était un joueur de baseball américain, rendu notamment célèbre par sa superbe réception d'une balle lors d'un match en 1954.

béatification dans l'Église catholique romaine constitue une exception frappante à ce laxisme. Il n'en est rien. Son objet n'est pas, en effet, d'honorer un saint, mais d'autoriser un culte. Dans le langage du droit administratif, il s'agit d'une procédure de certification. La performance exigée – qui inclut la réalisation d'un miracle – dépasse nécessairement le sommet de l'échelle de l'accomplissement humain. Il est probable, toutefois, qu'elle ne se situe qu'aux échelons les plus bas de l'échelle du surnaturel.

Les pratiques sociales que je viens de décrire constituent une solide réfutation de la notion, tellement courante dans le débat moral, que nous devons savoir ce qui est parfaitement bon avant de pouvoir identifier ce qui est mauvais ou inadéquat. Si cela était vrai, il devrait être beaucoup plus simple d'évaluer une déviation de 5 % de la perfection qu'un écart de 90 %. Mais lorsqu'il s'agit de cas réels, notre bon sens nous indique qu'il est plus aisé d'évaluer objectivement des écarts relatifs à des performances satisfaisantes que des performances qui s'approchent de la perfection. Et tant nos institutions que nos pratiques sont construites sur cette opinion de bon sens.

Chapitre II : La moralité qui rend le droit possible

« Une loi à laquelle un homme ne peut pas obéir, et conformément à laquelle il ne peut agir, est nulle et n'est pas une loi : et il est impossible d'obéir à des contradictions, ou d'agir conformément à celles-ci. » (Vaughan, C.J., in *Thomas v. Sorell* 1677)

« Il est souhaitable que nos éminents avocats répondent aux questions qui suivent [...] est-ce que le *Commonwealth*, lorsqu'il a choisi le Parlement, lui a donné un pouvoir sans restriction légale et lui a permis de s'écarter de ses propres lois et ordonnances selon son bon plaisir avant de les avoir abrogées ? » (Lilburne, *England's Birth-Right Justified*, 1645)

Ce chapitre s'ouvre sur une allégorie relativement longue. Elle concerne le règne malheureux d'un monarque portant le nom commode, mais peu créatif et pas si majestueux, de Rex.

Huit façons dont la création du droit peut échouer

Rex est monté sur le trône animé du zèle d'un réformateur. Il estimait que le plus grand échec de ses prédécesseurs concernait le domaine du droit. Pendant des générations, le système juridique n'avait pas connu de réforme fondamentale. Les procédures judiciaires étaient lourdes, les règles légales étaient rédigées dans la langue archaïque d'un autre âge, la justice était coûteuse, les juges étaient négligés et parfois corrompus. Rex était résolu à remédier à tout cela et à se faire un nom dans l'histoire en tant que grand législateur. Son triste destin fut d'échouer dans cette ambition et ce, de façon spectaculaire car, non seulement il ne parvint pas à introduire les réformes nécessaires, mais il ne réussit même jamais à créer la moindre loi, bonne ou mauvaise.

Son premier acte officiel fut, cependant, aussi dramatique qu'opportun. Dès lors qu'il avait besoin de faire table rase du passé, il annonça à ses sujets l'abrogation immédiate de toute loi existante, quelle qu'elle soit. Il se mit ensuite à rédiger un nouveau code. Malheureusement, son éducation de prince solitaire avait été fort lacunaire. En particulier, il se révéla incapable de faire même les plus simples généralisations. Il ne manquait pas d'assurance lorsqu'il s'agissait de trancher des controverses particulières, mais l'effort qu'il devait fournir pour donner des motifs clairs et précis à

ses décisions mettait ses capacités à rude épreuve, jusqu'au point de rupture.

Désormais conscient de ses limites, Rex abandonna le projet d'un code et annonça à ses sujets qu'il agirait désormais comme juge de tous les conflits qui pourraient naître entre eux. De cette façon, sous l'impulsion de la variété des cas particuliers, il espérait que ses capacités latentes de généralisation écloraient et que, en procédant au cas par cas, il pourrait élaborer graduellement un système de règles qui pourraient ensuite être intégrées dans un code. Malheureusement, les lacunes de son éducation étaient plus importantes qu'il ne l'avait supposé. L'entreprise échoua lamentablement. Après qu'il eut prononcé des centaines de décisions, ni lui ni ses sujets ne purent y déceler la moindre logique. Ces tentatives de généralisation ne firent, en réalité, qu'aggraver la confusion car elles induisaient ses sujets en erreur et pesaient malencontreusement sur ses piètres compétences de jugement dans les affaires ultérieures.

Après ce fiasco, Rex comprit qu'il était nécessaire de repartir à zéro. Son premier geste fut de prendre des cours de généralisation. Ses capacités intellectuelles ainsi renforcées, il reprit son projet de code et, après de nombreuses heures de travail solitaire, il parvint à préparer un document assez long. Il n'était pas encore tout à fait convaincu, cependant, d'avoir réussi à surmonter totalement ses erreurs passées. Par conséquent, il annonça à ses sujets qu'il avait rédigé un code qui le guiderait désormais pour décider les cas qui lui seraient soumis, mais que le contenu de ce code resterait, pour un temps indéterminé, un secret d'État, connu seulement de lui et de son scribe. À la surprise de Rex, ce plan judicieux fut très peu apprécié par ses sujets. Ils affirmèrent qu'il était très déplaisant que leur cas soit décidé sur la base de règles qu'ils n'avaient aucun moyen de connaître.

Sidéré par ce rejet, Rex entreprit un inventaire sérieux de ses points forts et de ses faiblesses. Il constata que la vie lui avait enseigné une leçon claire, à savoir qu'il était plus facile de décider a posteriori, que d'essayer de prévoir et de contrôler le futur. Non seulement le recul facilitait la prise de décisions, mais également – et c'était particulièrement important pour Rex – leur motivation. Ayant décidé de tirer avantage de ce constat, Rex arrêta le plan d'action suivant. Au début de chaque année civile, il trancherait toutes les controverses apparues l'année précédente et il

accompagnerait ses décisions d'une énumération complète de ses motifs. Naturellement, ces derniers ne pourraient être compris comme limitant les décisions futures dès lors que cela irait complètement à l'encontre du but recherché par le nouveau système, à savoir bénéficier des avantages offerts par le recul. Rex annonça avec assurance son nouveau plan à ses sujets, faisant remarquer qu'il allait publier tant le texte complet de ses jugements que les règles appliquées par lui, afin de rencontrer l'objection principale du plan précédent. Les sujets de Rex accueillirent cette annonce en silence, puis firent calmement expliquer par leurs chefs que, lorsqu'ils avaient demandé à connaître les règles, ils voulaient dire qu'ils avaient besoin de connaître les règles *à l'avance* afin de pouvoir agir en fonction de celles-ci. Rex marmonna qu'ils auraient pu être un peu plus clairs sur ce point, mais répondit qu'il verrait ce qu'il pouvait faire.

Rex avait compris maintenant qu'il n'échapperait pas à la publication d'un code établissant les règles qui seraient appliquées aux futurs litiges. Tout en poursuivant ses cours de généralisation, il travaillait avec diligence à un code corrigé et déclara enfin qu'il serait bientôt publié. Cette annonce fut accueillie avec une satisfaction unanime. La consternation des sujets de Rex fut d'autant plus grande lorsque le code fut mis à leur disposition et qu'ils découvrirent que c'était un chef d'œuvre d'obscurité. Les experts juridiques qui l'étudièrent déclarèrent qu'il ne contenait pas une seule phrase qui puisse être comprise, que ce soit par un citoyen ordinaire ou par un juriste de formation. L'indignation était généralisée et, bientôt, un piquet fut planté devant le palais royal portant une pancarte sur laquelle on pouvait lire : « Comment est-il possible de suivre une règle que personne ne peut comprendre ? ».

Le code fut rapidement retiré. Reconnaisant pour la première fois qu'il avait besoin d'aide, Rex confia à un groupe d'experts la mission de travailler à une révision. Il leur donna instruction de laisser le contenu intact mais d'en clarifier l'expression d'un bout à l'autre. Le résultat était un modèle de clarté, mais l'étude de cette nouvelle mouture mit en évidence que le code était truffé de contradictions. Des sources autorisées affirmèrent qu'il n'y avait pas une seule disposition de ce code qui n'était pas invalidée par une autre avec laquelle elle était

incompatible. Une nouvelle pancarte apparut devant la résidence royale, portant le message suivant : « Cette fois, le Roi s'est fait comprendre – dans les deux sens ».

A nouveau, le code fut retiré pour être revu. À ce stade, cependant, Rex avait perdu patience à l'égard de ses sujets et de leur réaction négative face à tout ce qu'il essayait de faire pour eux. Il décida de leur donner une leçon et de mettre un terme à leurs plaintes. Il intima à ses experts de purger le code de ses contradictions mais également de durcir drastiquement chaque exigence qu'il contenait et d'ajouter une longue liste de nouvelles infractions. Ainsi, alors qu'auparavant un citoyen convoqué à comparaître devant le trône avait dix jours pour s'exécuter, le délai fut, après révision, réduit à dix secondes. Le fait de tousser, éternuer, avoir le hoquet, s'évanouir ou chuter en présence du Roi fut érigé en crime sanctionné par un emprisonnement de dix ans. Le fait de ne pas comprendre, croire ou professer correctement la doctrine de la rédemption évolutionniste et démocratique fut qualifié de trahison.

Lorsque le nouveau code fut publié, il en résulta presque une révolution. Des notables déclarèrent leur intention de bafouer ses dispositions. Quelqu'un découvrit chez un ancien auteur un passage qui paraissait pertinent : « Ordonner ce qui ne peut être fait n'est pas légiférer ; c'est défaire le droit, car un ordre qui ne peut être respecté ne sert d'autre fin que la confusion, la peur et le chaos ». Bientôt, ce passage fut cité dans une centaine de requêtes adressées au Roi.

Le code fut à nouveau retiré et un comité d'experts fut chargé de sa révision. Cette fois, leur tâche consistait à modifier toute règle demandant l'impossible de façon à ce qu'on puisse s'y conformer. Il s'avéra que, pour accomplir cette mission, chaque disposition de ce code devait être substantiellement réécrite. Le résultat final fut, cependant, un bijou de rédaction. Il était clair, cohérent, et ne demandait rien de son destinataire que celui-ci ne puisse accomplir facilement. Il fut imprimé et distribué gratuitement à tous les coins de rue.

Cependant, avant la date d'entrée en vigueur du nouveau code, on réalisa que les révisions successives du texte original de Rex avaient pris tellement de temps que son contenu avait été sérieusement dépassé par les événements. Depuis que Rex était monté sur le trône, les procédures légales ordinaires avaient été

suspendues et cela avait entraîné d'importants changements économiques et institutionnels dans le pays. L'adaptation à ces nouvelles conditions exigeait de nombreuses modifications du contenu de la loi. Par conséquent, dès que le code entra en vigueur, il fut soumis à un flux quotidien d'amendements. À nouveau, le mécontentement populaire grandit ; un pamphlet anonyme circulait dans les rues contenant des caricatures du Roi et un article principal intitulé : « Il vaut mieux ne pas avoir de loi du tout qu'une loi qui change tous les jours ».

Cette source de mécontentement tarit rapidement, le rythme des amendements se relâchant progressivement. Avant même qu'on ne s'en rende compte, Rex annonça une importante décision. Ayant réfléchi aux mésaventures de son règne, il conclut qu'une grande partie de ses problèmes provenait des mauvais conseils qu'il avait reçu des experts. Il déclara par conséquent qu'il allait à nouveau exercer lui-même le pouvoir judiciaire. De cette façon, il pourrait contrôler directement l'application du nouveau code et protéger son pays d'une autre crise. Il passait désormais pratiquement tout son temps à entendre et à décider les cas rentrant dans le champ d'application du nouveau code.

Le fait de mener à bien cette mission entraîna l'épanouissement tardif de ses capacités, longtemps latentes, de généralisation. Ses opinions commencèrent à révéler une virtuosité confiante et presque exubérante, alors qu'il distinguait avec adresse les cas nouveaux de ses décisions antérieures, exposait les principes sur lesquels il se fondait, et formulait des directives pour la résolution de futures controverses. Il semblait aux sujets de Rex qu'ils étaient à l'aube d'une ère nouvelle, où ils pourraient enfin adapter leur comportement à un corps de règles cohérent.

Cet espoir fut, cependant, bientôt brisé. Dès que les volumes reliés des jugements de Rex devinrent accessibles et furent soumis à un examen plus approfondi, ses sujets furent horrifiés de découvrir qu'il n'existait pas de lien perceptible entre ces jugements et le code qu'ils étaient censés respecter. Alors même que les controverses étaient tranchées en se référant à ce nouveau code, ce dernier aurait pu tout aussi bien ne pas exister. Et pourtant, dans quasiment toutes ses décisions, Rex affirmait et répétait que le code était la loi fondamentale de son royaume.

Les notables commencèrent à tenir des réunions privées pour discuter quelles mesures, avant d'en venir à une révolte ouverte, pourraient être prises pour éloigner le roi des audiences et le ramener sur le trône. Pendant que ces discussions se poursuivaient, Rex mourut subitement, vieux avant son heure et profondément déçu par ses sujets.

Le premier acte de son successeur, Rex II, fut d'annoncer qu'il retirait tous les pouvoirs aux juristes pour les mettre entre les mains de psychiatres et d'experts en relations publiques. De cette façon, expliqua-t-il, il serait possible de rendre les gens heureux sans règles.

Les conséquences de l'échec

La carrière ratée de Rex, tant comme législateur que comme juge, illustre le fait que la tentative de créer et de maintenir un système de règles légales peut échouer de huit façons ; il y a dans cette entreprise, si l'on peut dire, huit trajectoires distinctes qui mènent au désastre. La première (1) et la plus évidente réside dans l'incapacité totale d'adopter des règles, de sorte que chaque problème doit être décidé au cas par cas. Les autres trajectoires sont les suivantes : 2) le fait de ne pas publier, ou du moins de ne pas rendre accessible à la partie concernée, les règles qu'elle est censée respecter ; 3) l'abus de législation rétroactive, qui non seulement ne peut pas guider l'action, mais porte atteinte à l'intégrité des règles valables pour l'avenir, dès lors qu'elles sont soumises à la menace d'un changement rétroactif ; 4) le fait de ne pas arriver à rendre les règles compréhensibles ; 5) l'adoption de règles contradictoires ou 6) qui exigent un comportement hors de portée de la partie concernée ; 7) l'introduction de changements dans les règles à ce point fréquents que ces dernières ne peuvent plus orienter l'action du sujet ; et enfin 8) l'absence de concordance entre les règles annoncées et leur application en pratique.

Un échec total dans chacune de ces huit voies ne résulte pas simplement en un mauvais système ; il aboutit à quelque chose qui ne mérite pas d'être appelé un système juridique, sauf peut-être dans un sens pickwickien où un contrat nul serait néanmoins

considéré comme étant une sorte de contrat³⁰. Il ne fait aucun doute qu'il est parfaitement irrationnel d'affirmer qu'un homme aurait l'obligation morale d'obéir à une règle qui n'existe pas, qui lui est celée, qui est entrée en vigueur après qu'il a agi, qui est incompréhensible, qui est contredite par une autre règle du même système, qui exige l'impossible ou qui change à chaque minute. Il n'est peut-être pas impossible pour un homme d'obéir à une règle qui n'est pas respectée par ceux qui sont chargés de son application mais, à un certain moment, l'obéissance devient futile – aussi futile, en réalité, que le fait d'exprimer un vote qui ne sera jamais dépouillé. Comme le sociologue Simmel l'a relevé, il y a une sorte de réciprocité entre l'État et le citoyen lorsqu'il s'agit du respect des règles³¹. L'État dit en effet au citoyen : « Voici les règles que vous êtes censés suivre. Si vous les suivez, nous vous garantissons que ces règles seront appliquées à votre comportement ». Lorsque ce lien de réciprocité est définitivement et complètement rompu par l'État, le respect des règles qui devrait s'imposer au citoyen perd tout fondement.

Le malheur du citoyen s'aggrave encore lorsque, même en l'absence d'échec total dans une des huit directions précitées, un système connaît une détérioration drastique et générale de la légalité, comme cela s'est passé dans l'Allemagne d'Hitler³². Par

³⁰ [NdT] Fuller se réfère ici au personnage de Dickens, M. Pickwick. Le terme doit être compris comme suit : qui signifie autre chose que sa signification évidente ou littérale.

³¹ Simmel 1950, p. 186-189 ; voy. aussi le chap. 4 « Subordination under a Principle », p. 250-267. Le texte de Simmel vaut la peine d'être étudié par ceux qui essaient de définir les conditions de réalisation de l'idéal de la *Rule of Law*.

³² J'ai discuté certaines caractéristiques de cette détérioration dans mon article « Positivism and Fidelity to Law » (Fuller 1958, p. 648-657). Cet article n'essaie pas d'offrir une étude exhaustive de toutes les décisions judiciaires d'après-guerre relatives à des événements qui se sont passés sous le régime d'Hitler. Certaines des décisions plus tardives justifiaient la nullité de jugements rendus par les cours et tribunaux sous Hitler, pas parce que les lois appliquées étaient nulles, mais parce que les juges nazis avaient mal interprété les lois de leur propre gouvernement. Voy. Pappe 1960, p. 260-274. Il me semble que le professeur Pappe insiste sur cette distinction davantage qu'il n'est nécessaire. Après tout, la signification d'une loi dépend en partie des modes acceptés d'interprétation. Peut-on dire que les tribunaux allemands de l'après-guerre ont donné plein effet aux lois nazies lorsqu'ils les ont interprétées en fonction de leurs propres critères, au lieu des critères fort différents en cours sous le régime nazi ? En outre, avec des

exemple, bien que certaines lois soient publiées, d'autres, y compris les plus importantes, ne le sont pas. Si la plupart des lois ne s'appliquent que pour l'avenir, il est fait un tel abus du mécanisme de rétroactivité qu'aucune loi n'est à l'abri d'être modifiée a posteriori, si cela agréé à ceux qui sont au pouvoir. Pour juger d'affaires criminelles relatives à la loyauté au régime, des tribunaux militaires spéciaux sont mis en place et ces tribunaux font fi, lorsque cela leur convient, des règles qui sont censées contrôler leurs décisions. De plus en plus, l'objectif principal du gouvernement semble davantage être de terroriser le citoyen que de lui donner des règles lui permettant d'orienter son comportement. Dans ce cas, le problème que rencontre le citoyen n'est pas aussi simple que celui de l'électeur qui sait avec certitude que son vote ne sera pas dépouillé. Sa situation est plutôt comparable à celle de l'électeur qui sait qu'il y a peu de chances que son vote soit dépouillé et que, même si c'est le cas, il est fort probable que ce dernier soit comptabilisé en faveur du camp contre lequel il a voté. Ce citoyen doit alors déterminer s'il doit rester dans ce système et faire de son vote un acte symbolique pour exprimer l'espoir d'un jour meilleur. Il en allait ainsi pour le citoyen allemand sous Hitler, qui devait décider s'il avait une obligation d'obéir aux quelques lois que la terreur nazie avait laissées intactes.

Dans de telles situations, aucun principe simple ne permet d'évaluer l'obligation de fidélité à la loi qui incombe au citoyen, ni son droit de s'engager dans une révolution. Une chose est claire, cependant. Le simple respect pour l'autorité constituée ne doit être pas confondu avec la fidélité à la loi. Les sujets de Rex, par exemple, sont restés fidèles à leur roi tout au long de son règne, long et maladroît, mais pas à sa loi, dès lors qu'il ne légiféra jamais.

L'aspiration à la légalité parfaite

Jusqu'à maintenant, nous nous sommes préoccupés de tracer huit trajectoires menant à l'échec dans l'entreprise de

lois de ce type, parsemées de formulations vagues et de délégations de pouvoir sans restriction, il paraît un peu déplacé de s'échiner sur des questions d'interprétation correcte.

création du droit. À ces huit trajectoires correspondent huit types d'excellence juridique vers lesquels un système de règles peut tendre. Ce qui apparaît au niveau le plus bas comme des conditions indispensables à l'existence même du droit se mue, lorsqu'on grimpe l'échelle de l'accomplissement, en défis toujours plus exigeants pour la capacité humaine. Au sommet de cette ascension, on est tenté d'imaginer une utopie de légalité dans laquelle les règles sont parfaitement claires, cohérentes les unes avec les autres, connues de chaque citoyen, et jamais rétroactives. Les règles y restent constantes à travers le temps, ne demandent que ce qui est possible, et sont scrupuleusement observées par les tribunaux, la police, et toute autre personne chargée de leur application. Pour des raisons que j'expliquerai bientôt, cette utopie, dans laquelle les huit principes de légalité sont réalisés à la perfection, n'est pas un objectif utile pour orienter l'impulsion vers la légalité ; le but de la perfection est beaucoup plus complexe. Néanmoins, elle suggère huit critères distincts à l'aune desquels évaluer l'excellence en termes de légalité.

En exposant en détail, dans mon premier chapitre, la distinction entre moralité du devoir et d'aspiration, j'ai parlé d'une échelle imaginaire qui commence en bas avec les devoirs moraux les plus évidents et essentiels, et qui monte vers les accomplissements humains les plus élevés. J'ai également parlé d'un curseur invisible qui indiquerait le point à partir duquel la pression du devoir s'arrête et le défi de l'excellence commence. La moralité interne du droit, cela devrait être clair maintenant, présente tous ces aspects. Elle comprend également une moralité du devoir et d'aspiration. Elle est aussi confrontée au problème de savoir où tracer la frontière en dessous de laquelle les hommes seront condamnés en cas d'échec, mais ne peuvent attendre aucun éloge en cas de succès, et au-dessus de laquelle ils seront admirés en cas de succès, mais ne susciteront que la pitié en cas d'échec.

Appliquer l'analyse du premier chapitre à notre sujet exige de prendre en compte certains traits distinctifs de la moralité interne du droit. Dans ce qu'on pourrait appeler la moralité fondamentale de la vie sociale, les devoirs envers les autres personnes en général (par opposition aux devoirs envers des personnes particulières) n'exigent en principe que des abstentions ou sont négatives par nature : ne tue pas, ne blesse pas, ne trompe

pas, ne diffame pas, et ainsi de suite. De tels devoirs se prêtent facilement à une définition formelle. En d'autres termes, que l'on ait affaire à des devoirs légaux ou moraux, on est capable de développer des critères qui désignent avec une certaine précision – qui n'est jamais totale – le type de comportement qui doit être évité.

Les exigences de la moralité interne du droit, cependant, bien qu'elles concernent des personnes en général, demandent plus que des abstentions ; elles sont, comme on le dit de façon approximative, affirmatives par nature : publier la loi, la rendre cohérente et claire, veiller à ce qu'elle guide les décisions officielles, etc. Ces exigences ne peuvent être rencontrées qu'en canalisant de façon positive et spécifique les énergies humaines, et pas uniquement en les dissuadant de commettre des actes dommageables.

En raison du caractère affirmatif et créatif de ses exigences, la réalisation de la moralité interne du droit ne se conçoit guère en termes de devoirs, qu'ils soient moraux ou légaux. Aussi désirable que puisse paraître une certaine orientation de l'effort humain, l'ériger en devoir nous impose de définir à quel moment ce devoir a été violé. Il est facile d'affirmer que le législateur a le devoir moral de rendre ses lois claires et compréhensibles. Cependant, cela reste tout au plus une exhortation, à moins qu'on soit préparé à définir le degré de clarté qu'il doit atteindre pour accomplir sa mission. L'idée même de soumettre la clarté à une évaluation quantitative présente des difficultés manifestes. On peut se contenter, bien entendu, de dire que le législateur a au moins un devoir moral d'essayer d'être clair. Mais cela ne fait que reporter la difficulté dès lors que, dans certains cas, rien n'est plus déconcertant que de tenter de déterminer dans quelle mesure un homme souhaitait faire ce qu'il n'a pu accomplir. Quoiqu'il en soit, dans la moralité du droit, les bonnes intentions ne sont, comme le roi Rex l'a largement démontré, que de peu d'utilité. Tout ceci nous amène à conclure que la moralité interne du droit est condamnée à rester essentiellement une moralité d'aspiration et non de devoir. Elle exige avant tout un sens de la tutelle bienveillante et la fierté de l'artisan.

Il existe une exception de taille aux observations qui précèdent. Il s'agit de l'exigence de rendre les lois connues, ou au

moins de les rendre accessibles à ceux qu'elles affectent. À la différence des autres, elle se prête tout particulièrement à une formalisation. Une constitution écrite peut en effet prescrire qu'aucune loi ne deviendra du droit tant qu'elle n'est pas publiée dans une forme spécifiée. Si les tribunaux ont le pouvoir de contrôler le respect de cette disposition, on peut parler d'une véritable exigence légale pour l'élaboration de la loi. Mais un simple devoir moral de publication est tout aussi facilement imaginable. Une coutume, par exemple, pourrait définir quel type de promulgation des lois est attendu, sans que les conséquences, lorsqu'il n'est pas suivi, ne soient précisées. Une formalisation de l'exigence de publicité présente des avantages manifestes par rapport à des pratiques non catalysées, même si elles sont intelligentes et consciencieuses. Un critère formalisé de publication n'indique pas seulement au législateur comment publier ses lois ; il informe également le sujet – ou l'avocat qui représente ses intérêts – de l'endroit où il peut prendre connaissance du droit applicable.

On pourrait croire que le principe condamnant les lois rétroactives pourrait également être facilement formalisé dans une règle simple qui prohiberait leur adoption ou les frapperait de nullité. Une telle règle, cependant, desservirait la cause de la légalité. Curieusement, une des exigences de la légalité qui paraît la plus évidente – qu'une règle adoptée aujourd'hui régie ce qui se passe le lendemain et non la veille – nous confronte, en réalité, à certains des problèmes les plus épineux de toute la moralité interne du droit.

Quant aux autres exigences de la légalité, tout ce qu'on peut espérer des constitutions et des tribunaux est qu'ils nous sauvent du désastre ; on ne peut s'attendre à ce qu'ils déterminent les différentes étapes nécessaires à leur réalisation optimale.

Légalité et calcul économique

Dans mon premier chapitre, j'ai essayé de démontrer de quelle manière, lorsqu'on quitte la moralité du devoir pour monter vers les plus hauts niveaux de la moralité d'aspiration, le principe d'utilité marginale joue un rôle croissant dans nos décisions. Lorsqu'on se situe au niveau du devoir, tout calcul économique,

quel qu'il soit, est déplacé. Dans la moralité d'aspiration, un tel calcul n'est pas seulement approprié, mais il fait intégralement partie de la décision morale et ce, de plus en plus à mesure qu'on s'approche des plus hauts niveaux de l'accomplissement humain.

Il n'est pas difficile de démontrer qu'une sorte de calcul économique peut s'avérer nécessaire lorsqu'un conflit surgit entre les moralités interne et externe du droit. Du point de vue de la moralité interne du droit, par exemple, il est souhaitable que les lois restent stables à travers le temps. Mais il est clair que des changements de circonstances ou des évolutions dans les consciences humaines peuvent entraîner une modification des buts substantiels du droit, parfois à une fréquence perturbante. Dans ce cas, nous sommes souvent condamnés à trouver un compromis fluctuant entre des changements trop fréquents et le statu quo, animés par la conviction, non que la voie choisie est la seule bonne, mais qu'il faut à tout prix éviter les écueils désastreux dont nous menacent l'un ou l'autre extrême.

Il pourrait paraître beaucoup moins évident que des antinomies puissent surgir au sein même de la moralité interne du droit. Et pourtant, il est facile de démontrer que les différentes exigences qui constituent cette moralité entrent parfois en opposition l'une avec l'autre. Ainsi, il est simultanément souhaitable que les lois restent stables à travers le temps et qu'elles n'imposent pas de barrière insurmontable à leur obéissance. Des changements rapides de circonstances, comme une inflation, peuvent rendre l'obéissance autrefois aisée à une loi particulière de plus en plus difficile, voire impossible. Dans ce type de situation, à nouveau, il peut s'avérer nécessaire de suivre une voie moyenne impliquant un affaiblissement des deux exigences.

Lors d'une visite en Pologne en 1961, j'ai eu, avec une ancienne ministre de la justice, une conversation pertinente pour le sujet qui nous occupe. Elle m'a expliqué comment, au début du régime communiste, un effort sérieux et soutenu avait été fait pour rédiger des lois à ce point claires qu'elles seraient intelligibles pour le travailleur et le paysan. Il fut vite découvert, cependant, que ce type de clarté ne pouvait être atteint qu'au détriment de ces éléments qui, dans un système juridique, permettent l'agencement des règles en un ensemble harmonieux et leur application cohérente par les tribunaux. En d'autres termes, il a été constaté que le fait de rendre les lois compréhensibles pour le citoyen

comportait un coût caché en ce que cela rendait leur application par les tribunaux plus capricieuse et moins prévisible. Un retour vers une conception plus équilibrée devint par conséquent inévitable.

Ces exemples et illustrations pourraient être multipliés à l'envi. On en a assez dit, me semble-t-il, pour démontrer que l'utopie de légalité ne requiert pas que chaque exigence de la moralité du droit soit réalisée à la perfection. Du reste, il ne s'agit pas d'une qualité – et certainement pas d'un défaut – propre à la moralité interne du droit. Toute quête humaine est un jour confrontée au problème de l'équilibre à trouver, au fur et à mesure qu'on parcourt le long trajet qui mène de l'abîme de l'échec total aux cimes de l'excellence humaine.

Passons à présent en revue, de façon approfondie, les huit exigences de la moralité interne du droit. Cet examen abordera certaines difficultés qui n'ont été que survolées jusqu'à présent, particulièrement en ce qui concerne la relation entre les moralités interne et externe du droit. Il sera également ponctué de quelques observations sur les façons dont les problèmes de la moralité interne du droit ont surgi tout au long de l'histoire.

La généralité du droit

La première exigence d'un système qui vise à soumettre le comportement humain à la gouvernance des règles tombe sous le sens : il doit y avoir des règles. Il s'agit de l'impératif de généralité.

L'exemple le plus récent de l'incapacité à réaliser des règles générales nous vient sans doute de certaines de nos autorités de régulation, particulièrement celles qui sont chargées de la répartition des ressources. À l'instar du roi Rex, elles ont entamé leur mission avec la conviction qu'en procédant au cas par cas, elles seraient capables d'acquérir progressivement une connaissance leur permettant de développer des critères généraux de décision. Cet espoir a parfois été complètement déçu ; tel a été le cas, en particulier, du Comité de l'Aéronautique civile et de la Commission des Communications fédérales. Je crois que la raison de cet échec provient de la nature des tâches assignées à ces autorités publiques ; elles essaient d'accomplir, par la voie

juridictionnelle, quelque chose dont la réalisation ne se prête pas à ce type d'exercice³³. Mais quelle qu'en soit la raison, si on les envisage comme des tentatives de créer des systèmes juridiques cohérents, ces autorités se sont révélées particulièrement décevantes.

Ce qu'on peut reprocher à ces autorités de régulation, ce n'est pas tellement d'avoir adopté des règles injustes mais plutôt d'avoir échoué à développer la moindre règle digne de ce nom. Cette distinction est déterminante dès lors que l'exigence de généralité est parfois interprétée comme signifiant que la loi doit agir de façon impersonnelle, que ses règles doivent s'appliquer à des catégories générales et ne contenir aucun nom propre. Des dispositions constitutionnelles invalidant des « lois privées » et des « législations spéciales » expriment ce principe³⁴. Mais le principe protégé par ces dispositions est un principe de justice qui, dans les termes de l'analyse présentée ici, relève de la moralité externe du droit.

³³ J'ai essayé d'analyser les limites de toute procédure juridictionnelle dans deux articles : « Adjudication and the Rule of Law » (Fuller 1960, p. 1-8) ; « Collective bargaining and the Arbitrator » (Fuller 1963, p. 3-46). J'ai l'intention de publier ultérieurement une analyse plus générale dont le titre sera : « The forms and Limits of Adjudication ». Voy. également *infra*, p. 178-185. [NdT] Cet article a effectivement été publié dans la *Harvard Law Review* (vol. 92, 1978-1979, p. 353).

³⁴ Voy. le verbo « Special, Local or Private Laws », dans l'*Index Digest of State Constitutions*, 2ème éd., 1959, publié par le *Legislative Drafting Research Fund of Columbia University*. Des dispositions de ce type ont posé de nombreuses difficultés aux tribunaux et aux législateurs. Parfois, leurs exigences sont rencontrées par des mécanismes manifestement hypocrites, comme la disposition selon laquelle une loi particulière s'appliquera « à toutes les villes d'un État qui, selon le dernier recensement, a une population de plus de 165.000 et de moins de 166.000 habitants ». Avant de condamner ce détournement manifeste, il faut rappeler que la catégorie ou l'ensemble qui contient un élément est un concept familier et essentiel de la logique et de la théorie des ensembles. Il arrive également que l'interdiction des lois spéciales vise des abus assez évidents du pouvoir législatif. La Constitution de Californie, par exemple, prohibe les lois spéciales « relatives à la sanction de crimes [...] réglementant la pratique des cours et tribunaux [...] prononçant des divorces [...] déclarant une personne majeure » (article VI§25, telle qu'amendé le 4 novembre 1952). Le même article, cependant, contient une interdiction générale de lois spéciales ou locales « dans tous les cas dans lesquels une loi générale peut être rendue applicable ». Cette disposition a entraîné une véritable explosion contentieuse.

Ce principe est différent de l'exigence de la moralité interne du droit selon laquelle, au strict minimum, il doit y avoir des règles, peu importe qu'elles soient justes ou non. On peut parfaitement imaginer un système juridique qui concerne un seul individu et qui régleme son comportement avec d'autres individus spécifiquement désignés. Tel peut être le cas entre un employeur et son employé. Si l'employeur veut éviter d'avoir à surveiller constamment son employé et à diriger la moindre de ses actions, il pourrait trouver indispensable de communiquer à ses employés certains principes généraux de comportement. Dans cette entreprise, toutes les trajectoires de l'échec empruntées par le roi Rex se présentent à l'employeur. Il pourrait échouer à formuler des règles générales ; s'il y parvient, il pourrait ne pas réussir à les communiquer à son employé, etc. Si l'employeur arrive à mettre en place un système de règles qui fonctionne, il découvrira que ce succès a été obtenu à un certain prix. Outre les efforts et l'intelligence qu'une telle entreprise exige, son succès limite la liberté d'action de l'employeur. Si, en distribuant éloges et critiques, il prend l'habitude de ne pas suivre ses propres lois, il pourrait voir son système juridique se désintégrer, et sans aucune révolte ouverte, ce système pourrait cesser de produire les avantages que son créateur cherchait à en obtenir.

Dans les systèmes existants de contrôle et de direction du comportement humain, il est rare de constater un échec total à adopter une règle générale, quelle qu'elle soit. Une certaine généralisation est implicite dans l'acte même de communiquer un souhait. Quand on demande à un chien de donner la patte, cela exige un certain pouvoir de généralisation tant de la part du maître que du chien. Avant qu'il ne puisse exécuter l'ordre, ce dernier doit percevoir la gamme d'actes légèrement différents qui seront acceptés comme signifiant le fait de donner la patte. En outre, un chien bien dressé arrivera, avec le temps, à percevoir dans quel type de situations il est susceptible de se voir demander de donner la patte, et il finira souvent par la tendre en anticipation d'un ordre pas encore exprimé. Il va de soi que quelque chose de ce type peut se produire – et se produit – dans les affaires humaines, même lorsque ceux qui ont le pouvoir de commander n'ont pas le désir d'adopter des règles générales. Mais, si une incapacité totale à généraliser exige l'incompétence toute particulière d'un roi Rex, il

n'en demeure pas moins que de nombreux systèmes juridiques, grands et petits, souffrent gravement d'un manque de principes généraux³⁵.

Le problème de la généralité a été traité de façon très insatisfaisante par la littérature de théorie du droit. Austin avait pourtant compris qu'un système juridique était davantage qu'une série d'exercices de pouvoir politique dépourvue de toute logique. Et pourtant, sa tentative de distinguer les ordres généraux et particuliers est tellement arbitraire, et tellement éloignée de son système pris dans sa totalité, que la littérature anglo-américaine qui lui a succédé s'est à peine remise de ces errements originels³⁶.

Il se peut que le défaut fondamental de l'analyse d'Austin réside dans son incapacité à distinguer deux questions : (1) qu'est-ce qui est essentiel pour l'efficacité d'un système de règles, et (2) qu'appelle-t-on « une loi » ? Dans notre analyse, l'exigence de généralité repose sur le truisme que, pour soumettre le comportement humain à des règles, il doit y avoir des règles. Cela n'implique nullement que tout acte étatique possédant « force de loi » – telle qu'une décision juridictionnelle visant un défendeur particulier – doive être énoncé sous la forme d'une règle générale. Je n'essaie pas davantage de trancher ici certaines questions de commodité linguistique, comme le fait de savoir si on doit appeler « loi » un acte qui établit un bureau de taxation à Centreville.

La publication

La publication des lois est un problème séculaire et récurrent, qui remonte à tout le moins à la sécession des plébéiens à Rome³⁷. Même si cette exigence peut paraître évidente et indispensable, il faut admettre qu'elle est soumise au principe

³⁵ La critique d'Herbert Wechsler, selon lequel certaines des décisions récentes de la Cour suprême relatives à des questions constitutionnelles n'offrent pas le degré de généralité qui garantirait sa « neutralité », est la dernière expression d'une plainte qui remonte au début du droit lui-même. Voy. Wechsler 1961.

³⁶ Voy. Austin 1879, p. 94-98 ; Gray 1921, p. 161-162 ; Brown 1906, p. 17-20 ; Cf. Kelsen 1945, p. 37-39 ; Somlo 1927, §20, p. 64-65. La meilleure analyse en anglais à ma connaissance est celle de Patterson 1953, ch. 5.

³⁷ On trouvera des débats pertinents sur le sujet dans : Austin 1879, p. 542-544 ; Gray 1921, p. 162-170. Austin accepte, sans autre discussion, la conception anglaise traditionnelle selon laquelle un acte du Parlement est considéré comme étant effectif sans avoir été publié.

d'utilité marginale. Il serait en effet insensé d'essayer d'apprendre à chaque citoyen la signification complète de chaque loi qui pourrait, en théorie, lui être appliquée, même si Bentham était disposé à aller assez loin en ce sens³⁸.

La nécessité de cette éducation dépendra, bien entendu, de la mesure dans laquelle les besoins juridiques s'écartent des opinions généralement partagées en ce qui concerne le bien et le mal. La *common law* s'est longtemps contentée d'essayer de déterminer quelles étaient les implications des conceptions qui étaient généralement partagées par la société de l'époque. Cette convergence importante entre demandes morales et juridiques a permis de relativiser fortement l'objection selon laquelle les règles de *common law* étaient, contrairement à celles des systèmes de droit civil, difficiles d'accès.

Le problème de la publication est rendu encore plus compliqué par la question suivante : « Qu'est-ce qui est vraiment considéré comme étant du droit, au regard des objectifs de cette exigence ? ». Les autorités décisionnelles, et particulièrement les tribunaux administratifs, sont souvent d'avis que, si les règles qu'elles appliquent aux controverses doivent être publiées, il n'en va pas de même des règles et pratiques relatives à leurs procédures internes. Pourtant, tout avocat expérimenté sait que, pour prévoir l'issue d'une affaire, il est souvent essentiel de connaître non seulement les règles formelles qui s'y appliquent, mais également les procédures internes de délibération et de consultation régissant l'application de ces règles en pratique. C'est peut-être pour cette raison que s'est développée, en Suisse et au Mexique, l'exigence – qui peut paraître incongrue – selon laquelle certains tribunaux délibèrent en public.

Celui que Thurman Arnold appelle parfois le « simple réaliste » (lorsqu'il ne se réserve pas ce rôle à lui-même)³⁹ pourrait

³⁸ Voy. par exemple les efforts éducatifs recommandés dans Bentham 1848, p. 508-585.

³⁹ Parfois, le juge Arnold semble pouvoir combiner les rôles. Dans son article intitulé « Professor Hart's Theology » (Arnold 1960, p. 1311), il s'élève avec éloquence au-dessus du « simple réaliste » en déclarant : « Sans la poursuite constante et sincère de l'idéal, brillant mais toujours hors de portée, de la prééminence du droit sur les hommes, de la "raison" au-dessus de la "préférence personnelle", nous n'aurions pas un gouvernement civilisé ». Mais, dans le même

être tenté de dire quelque chose de ce genre au sujet de l'exigence de publication : « Après tout, nous avons des milliers de lois, dont seule une petite partie est connue, de façon directe ou indirecte, par le citoyen ordinaire. Pourquoi faire toute une histoire de leur publication ? Sans lire le code pénal, le citoyen sait qu'il ne peut ni tuer, ni voler. Quant aux lois plus ésotériques, leur texte complet pourrait être distribué à chaque coin de rue qu'il ne serait pas lu par un homme sur cent ». Une telle affirmation appelle plusieurs réponses. Même si seul un homme sur cent prend la peine de s'informer par exemple sur les lois applicables à sa pratique, cela suffit à justifier l'effort consistant à rendre les lois accessibles à tous. Ce citoyen, à tout le moins, a le droit de savoir et il ne peut pas être identifié à l'avance. En outre, il existe de nombreuses activités dans lesquelles les hommes respectent la loi, non parce qu'ils la connaissent directement, mais parce qu'ils suivent l'exemple de ceux qu'ils savent être mieux informés. De cette façon, la connaissance du droit par quelques-uns influence souvent, de façon indirecte, les actions de beaucoup d'autres. Il convient également de publier les lois pour qu'elles puissent être soumises à la critique publique, en ce compris la critique selon laquelle il s'agit de lois qui ne devraient être adoptées que si leur contenu peut effectivement être communiqué à leurs destinataires. Il est également évident que, si les lois ne sont pas rendues facilement accessibles, il n'est pas possible de contrôler leur respect par ceux qui sont chargés de leur application et de leur exécution. Enfin, la plus grande partie des lois modernes concerne des formes spécifiques d'activité, comme le fait d'exercer une profession particulière ou d'exploiter des entreprises ; il est par conséquent sans importance qu'elles ne soient pas connues du citoyen moyen. L'exigence selon laquelle les lois doivent être publiées ne repose pas sur l'attente absurde que le citoyen consciencieux prenne le temps de toutes les lire.

article, il reproche au professeur Henry M. Hart d'avoir suggéré que la Cour suprême passe davantage de temps à « mûrir la pensée collective ». Arnold déclare : « Un tel processus n'existe pas, et n'a jamais existé ; les hommes d'opinion positive sont uniquement renforcés dans ces opinions par [...] discussion » (p. 1312).

Les lois rétroactives

Dans ce pays, le problème des lois rétroactives est explicitement visé par certaines dispositions de la Constitution des États-Unis⁴⁰ et dans quelques articles de certaines constitutions étatiques⁴¹. En dehors du champ d'application de ces dispositions, on envisage généralement la question de la validité d'une législation rétroactive sous l'angle du « due process »⁴². Je ne vais pas m'attarder sur la complexité et les incertitudes de cette partie du droit constitutionnel⁴³ et je vais plutôt aborder certains problèmes fondamentaux relatifs à la relation entre la rétroactivité et les autres éléments de la légalité⁴⁴.

⁴⁰ Le troisième paragraphe de l'article I, section IX, dispose : « Aucun décret de confiscation, ni aucune loi rétroactive ne seront promulgués » par le Congrès. En dépit de ses termes très larges, cette disposition relative aux lois rétroactives a été interprétée de façon à ne s'appliquer qu'aux lois pénales (voy. les articles cités à la note 41 *infra*). Par les termes « décret de confiscation », la Constitution visait d'abord les actes législatifs imposant des peines aux individus. L'interdiction de tels décrets s'appuyait sur la conviction, non seulement que les lois devaient avoir un effet prospectif, mais également que des mesures punitives devaient être imposées par des règles d'application générale. L'interdiction de décrets de confiscation et de lois rétroactives est étendue aux États par l'article I, section X. Cette section ajoute une disposition selon laquelle « Aucun État ne pourra [...] promulguer [...] aucune loi [...] qui porterait atteinte aux obligations résultant de contrats ». Cette dernière disposition est généralement considérée comme invalidant un type particulier de loi « rétroactive ». Cependant, comme je l'expliquerai plus tard dans ce texte, il est extrêmement difficile de donner une définition précise d'une « loi rétroactive ». Ces difficultés deviennent particulièrement aiguës lorsqu'on applique la clause précitée.

⁴¹ Voy. les verbos « Ex Post Facto Laws and Retroactive Laws » dans l'*Index Digest of State Constitutions*, 1959, 2ème éd. La *ratio legis* de ces lois trouve une expression vigoureuse dans la Partie I, section 23 de la Constitution du New Hampshire de 1784 : « Les lois rétroactives sont hautement néfastes, oppressives et injustes. De telles lois ne devraient, par conséquent, être adoptées ni pour le jugement de causes civiles, ni pour la punition d'infractions pénales ».

⁴² Sur cette notion, voy. *supra* note 28.

⁴³ Voy. Hale 1944, p. 512-557 ; 612-674 ; 852-892 ; Hochman 1960, p. 692-727 ; Prospective overruling and Retroactive Application in the Federal Courts 1962, p. 907-951.

⁴⁴ La littérature de théorie du droit accorde peu d'intérêt aux lois rétroactives. Gray développe abondamment l'effet rétroactif des décisions jurisprudentielles (Gray 1921, p. 89-101, 218-233) mais se contente d'écrire, en ce qui concerne les lois rétroactives : « Le législateur [...] peut même, en l'absence de toute

Prise isolément, et en faisant abstraction de la fonction qu'elle est susceptible d'exercer dans un système de lois principalement prospectives, une loi rétroactive est réellement une abomination. L'objet du droit est d'orienter le comportement humain par des règles. Vouloir orienter ou diriger le comportement humain aujourd'hui à l'aide de règles qui seront adoptées demain est tout simplement vide de sens. Essayer d'évaluer un système juridique composé exclusivement de lois rétroactives revient à se demander quelle est la pression de l'air dans un vide intégral.

Si, par conséquent, on doit évaluer les lois rétroactives de façon intelligente, on doit les placer dans le contexte d'un système de règles qui sont, en général, applicables pour l'avenir. Curieusement, le fait de donner un effet rétroactif à des règles juridiques peut alors, dans certains cas, paraître acceptable, voire se révéler essentiel pour promouvoir la cause de la légalité.

Comme dans toute entreprise humaine, la tentative de rencontrer les exigences –souvent complexes – de la moralité interne du droit peut aboutir à différents types de débâcle. C'est lorsque les choses tournent mal que la loi rétroactive devient souvent indispensable à titre de mesure curative ; bien que le mouvement normal du droit soit d'avancer dans le temps, il arrive qu'il faille s'arrêter et revenir en arrière pour recoller les morceaux. Supposons qu'une loi dispose qu'à partir de son entrée en vigueur, aucun mariage ne sera valide à moins qu'un tampon spécial, fourni par l'État, soit apposé sur le certificat de mariage par la personne qui célèbre la cérémonie. En raison d'une panne au

interdiction constitutionnelle, rendre une nouvelle loi rétroactive » (Gray 1921, p. 187). Les lois rétroactives semblent déranger quelque peu Kelsen, mais il relève que, dès lors qu'il est généralement admis que l'ignorance de la loi n'est pas une cause d'excuse et que, par conséquent, une loi peut être appliquée à quelqu'un qui ne la connaissait pas, la loi rétroactive ne fait qu'aller un peu plus loin en s'appliquant à quelqu'un qui n'aurait pas pu la connaître (Kelsen 1945, p. 43-44, 73, 146, 149). Pour Somlo, il s'agit d'une question d'équité ; il n'y a pas de raison intrinsèque à la nature du droit lui-même selon laquelle les lois ne pourraient être rétroactives (Somlo 1927, p. 302-303). Seul Austin semble considérer que les lois rétroactives présentent un sérieux problème pour l'analyse juridique. Décivant le droit comme un ordre auquel une sanction est attachée, il relève qu'« une injustice ou une faute supposent une *intention* illicite, ou un des modes d'inadvertance *illicite* tels que la négligence, l'insouciance ou la précipitation. Sauf si la personne savait ou aurait pu savoir qu'elle violait son obligation, la sanction ne pourrait opérer, au moment de la faute, afin de l'inciter » à obéir à l'ordre (Austin 1879, p. 485).

bureau d'impression, les tampons ne sont pas disponibles lorsque la loi entre en vigueur.

Bien que la loi ait été régulièrement adoptée, sa publication est insuffisante et la méthode par laquelle elle devrait normalement être connue de ceux qui célèbrent des mariages, à savoir le bouche-à-oreille, échoue en raison du fait que les tampons ne sont pas distribués. De nombreux mariages ont lieu entre des personnes qui ne connaissent rien au droit, et souvent devant un pasteur qui ne s'y connaît pas davantage. Tout cela se passe à la fin de la session parlementaire. À la rentrée parlementaire, le législateur adopte une loi conférant validité aux mariages qui, selon les termes de la loi antérieure, étaient nuls. Bien que, pris isolément, l'effet rétroactif de la seconde loi porte atteinte au principe de légalité, il réduit l'effet d'une incapacité antérieure à réaliser deux autres exigences de la légalité : que les lois soient portées à la connaissance de leurs destinataires et qu'il soit possible d'y obéir⁴⁵.

On pourrait être tenté de tirer de cet exemple l'enseignement selon lequel les lois rétroactives sont toujours justifiées, ou à tout le moins innocentes, lorsque leur intention est de remédier aux irrégularités formelles. Avant de conclure trop vite en ce sens, il convient de se rappeler de la Purge de Roehm de 1934. Hitler avait décidé que certains éléments du parti nazi rassemblés autour de Roehm étaient devenus un fardeau pour le régime. Dans une dictature, la procédure normale, dans un tel cas, aurait été d'ordonner la tenue de faux procès suivis d'une condamnation et d'une exécution. Le temps pressant, Hitler et ses associés ont fait un voyage précipité dans le sud, au cours duquel ils ont abattu une centaine de personnes. En revenant à Berlin, Hitler s'est rapidement arrangé pour faire adopter une loi

⁴⁵ Parce que leurs rédacteurs perdent généralement de vue le besoin occasionnel de lois « curatives », les interdictions constitutionnelles catégoriques de lois rétroactives ont parfois dû être substantiellement réécrites par les tribunaux. Ainsi, l'article I, §20 de la Constitution du Tennessee de 1870 dispose-t-elle qu'« aucune loi rétroactive, ou portant atteinte aux obligations contractuelles ne sera adoptée ». Cette disposition fut dès le début interprétée comme si elle stipulait : « aucune loi, rétroactive ou non, portant atteinte aux obligations contractuelles ne sera adoptée ». Les premiers cas ont été débattus dans l'affaire *Wynne's Lessee v. Wynne*, 32 Tenn. 405 (1852).

rétroactive convertissant leurs meurtres en exécutions légales. Ensuite, il a déclaré que, durant cette affaire, « la Cour suprême du peuple allemand était composée de moi-même », indiquant ainsi que, selon lui, les fusillades n'étaient viciées que par une simple irrégularité de forme, en l'espèce avoir tenu dans sa main un pistolet plutôt que le bâton de la justice⁴⁶. Et, sur ce point, il aurait même pu citer notre Cour suprême lorsqu'elle refusa d'invalidier un texte qu'elle qualifia de « loi curative bien conçue pour remédier [...] à des défauts dans l'administration du gouvernement »⁴⁷.

Un deuxième aspect des lois rétroactives concerne moins leur éventuelle contribution positive à la moralité interne du droit que leur lien inévitable avec l'office du juge. Il est important de noter qu'un système visant à gouverner le comportement humain à l'aide de règles adoptées formellement n'exige pas nécessairement la mise en place de tribunaux ou d'une autre procédure institutionnelle pour trancher des conflits relatifs à la signification de ces règles. Dans une société amicale et de petite taille, gouvernée par des règles relativement simples, de tels conflits peuvent ne pas surgir et, si c'est le cas, ils peuvent généralement être réglés par un ajustement volontaire des intérêts en présence. Même s'ils ne sont pas résolus, le fait que demeure un certain nombre de controverses ne menace pas nécessairement l'efficacité du système dans son ensemble.

Je souligne ce point parce qu'on considère souvent comme allant de soi que les tribunaux reflètent un but (supposé) fondamental du droit, à savoir régler les conflits. Le besoin de règles – semble-t-on penser – provient entièrement de la nature égoïste, querelleuse, et contestataire de l'homme. Dans une société d'anges, il n'y aurait pas besoin de droit.

Mais cela dépend des anges. Si ceux-ci peuvent vivre ensemble et accomplir leurs bonnes œuvres sans la moindre règle, alors, en effet, ils n'ont pas besoin de droit. Ils n'en ont pas davantage besoin si les règles sur la base desquelles ils agissent sont tacites, informelles et intuitivement perçues par tous. Mais si, afin d'exécuter leurs fonctions célestes, les anges ont besoin de

⁴⁶ Des références pertinentes peuvent être trouvées dans mon article publié dans le volume n°71 de la *Harvard Law Review*, 1958, p. 650.

⁴⁷ *Graham v. Goodcell*, 202 U.S. 409, 429 (1930).

règles « adoptées », de règles créées par une décision explicite, alors ils ont besoin du droit tel qu'on l'entend dans cet essai. Un roi Rex appelé à les gouverner et à établir des règles n'en échouerait pas moins dans sa mission parce que ses sujets sont des anges. On pourrait objecter qu'à tout le moins, le problème consistant à assurer la conformité de l'action officielle avec la règle adoptée ne se poserait pas ; mais ce n'est pas vrai car Rex pourrait facilement céder à la tentation d'adresser des requêtes particulières à ses sujets angéliques qui entreraient en conflit avec les règles générales qu'il aurait établies pour leur comportement. Cette pratique pourrait produire un état de confusion dans lequel les règles générales perdraient leur pouvoir directif.

Dans une société complexe et nombreuse, les tribunaux accomplissent une fonction essentielle. Aucun système juridique – qu'il soit d'origine jurisprudentielle ou législative – ne peut être élaboré de façon à ce point parfaite qu'il ne laisse aucune place au conflit. Lorsqu'un litige surgit quant à la signification d'une loi particulière, il est nécessaire de disposer d'une règle pour le résoudre et le meilleur moyen est de recourir à une forme ou l'autre de procédure juridictionnelle.

Supposons, donc, qu'un conflit surgisse entre A et B quant au sens d'une loi qui détermine leurs droits respectifs. Leur litige est soumis à un tribunal. Après avoir soupesé tous les arguments des deux parties avec attention, le juge pourrait considérer qu'ils s'équivalent et constater que la loi ne lui donne pas de critère clair pour trancher ce cas. Et pourtant, les principes pertinents pour sa décision sont bien contenus dans cette loi, dont les exigences ne poseraient, dans neuf cas sur dix, absolument aucun problème. Si le juge refuse de rendre une décision, il manque à son devoir de régler les conflits à partir des règles existantes. S'il prend une décision, il s'engage inévitablement dans un acte de législation rétroactive.

Il est évident que le juge doit trancher le cas. Si, à chaque fois qu'un doute survenait quant à la signification d'une règle, le juge se contentait de constater l'existence d'un vide juridique, l'efficacité de tout le système juridique s'en trouverait sérieusement ébranlée. Afin de pouvoir agir en confiance sur la base de règles existantes, on doit non seulement avoir la possibilité d'en prendre connaissance mais également avoir la garantie qu'en

cas de conflit quant à leur signification, il existe une méthode pour résoudre ce conflit.

Le cas précité offre un argument très solide en faveur d'une décision rétroactive. Supposons, cependant, que le tribunal soit saisi d'une demande visant non pas à dissiper un doute relatif à l'interprétation d'une loi, mais à renverser un de ses propres précédents. Suite au cas A c. B, par exemple, le même conflit surgit entre C et D. C refuse de régler le litige sur la base de la décision rendue dans A c. B. et, à la place, soumet le cas aux tribunaux. C convainc le tribunal que sa première décision était erronée et devrait faire l'objet d'un revirement. Si ce revirement est rendu rétroactif, D perd, alors qu'il s'est basé sur un précédent qui était clairement en sa faveur. D'un autre côté, si la décision dans A c. B était erronée et devait faire l'objet d'un revirement, alors C a rendu un service d'intérêt général en refusant de l'accepter et en la soumettant au tribunal pour qu'elle soit réexaminée. Il serait certainement ironique que la seule récompense de C pour un tel service soit qu'on lui applique une règle désormais considérée comme étant inexacte. Si le tribunal devait opérer un revirement pour l'avenir, de sorte que la nouvelle règle ne s'appliquerait qu'aux cas surgissant après la décision de revirement, on conçoit mal comment un justiciable particulier pourrait être incité à obtenir la réformation d'une décision erronée ou ayant perdu sa justification en raison d'un changement de circonstances (il a été souligné que cet argument perdait de sa force dans le cas de ce qu'on peut appeler le « plaideur institutionnel », par exemple un syndicat ou une association commerciale, qui a un intérêt à ce que le droit continue à se développer au-delà des controverses particulières)⁴⁸.

Les situations précitées concernaient des litiges civils. Des considérations assez différentes s'appliquent aux affaires criminelles. Cela a été admis dans certains cas de revirements de jurisprudence, comme par exemple lorsqu'un tribunal, qui a interprété une loi pénale comme ne s'appliquant pas à un certain type d'activité, change d'avis dans une affaire ultérieure et modifie son interprétation⁴⁹. Si ce revirement avait une portée rétroactive,

⁴⁸ Prospective overruling and Retroactive Application in the Federal Courts 1962.

⁴⁹ Voy. la référence de la note précédente.

des hommes ayant agi conformément à une interprétation judiciaire du droit pourraient être ensuite qualifiés de criminels.

Certains ont affirmé qu'il en allait différemment des cas où le tribunal met un terme à des incertitudes relatives à l'application d'une loi pénale qui n'avaient pas encore été résolues, de tels cas devant être traités comme le cas précité entre A et B. Je crois que cette conception est erronée. Certes, certaines garanties atténuent ici l'injustice flagrante consistant à rendre criminel de façon rétroactive ce qui ne l'était pas clairement auparavant. Si l'application de la loi pénale est incertaine dans son ensemble, elle pourrait être jugée inconstitutionnelle en raison de son caractère vague. En outre, il existe un principe d'interprétation bien admis selon lequel une loi pénale doit être interprétée strictement, de sorte que des actes tombant en dehors de sa signification habituelle ne peuvent être considérés comme étant prohibés, simplement parce qu'ils présentent le même type de danger que celui décrit par les termes de la loi. Cependant, il est possible qu'une loi pénale soit rédigée de telle manière que, bien que sa signification soit raisonnablement claire dans neuf cas sur dix, elle soit à ce point obscure dans une situation factuelle particulière que le défendeur particulier n'ait pu être en mesure de savoir que ce qu'il faisait était interdit. Tel est particulièrement le cas lorsque des réglementations économiques sont en jeu. Les tribunaux ont généralement considéré que, dans ce type de cas, ils n'avaient pas d'autre choix que de dissiper le doute, créant par conséquent une loi pénale rétroactive. En d'autres termes, le problème est traité comme s'il s'agissait d'un litige civil. Cependant, dans un tel cas, un acquittement ne reviendrait pas à laisser le conflit d'interprétation non résolu, mais permettrait au défendeur de partir libre.

Je suggère qu'on consacre un principe selon lequel un défendeur ne peut être reconnu coupable d'un crime lorsque la loi, telle qu'appliquée à une situation particulière, est à ce point peu claire que, si elle avait été aussi obscure dans toutes ses applications, elle eût été déclarée nulle en raison de l'insécurité juridique qu'elle crée. Ce principe éliminerait la fausse analogie avec les litiges civils et harmoniserait le traitement de ce qu'on pourrait appeler une incertitude spécifique avec celui réservé aux lois pénales qui sont incertaines dans leur ensemble.

Il reste à examiner le problème le plus difficile de tous, qui consiste à déterminer quand un texte doit être considéré comme étant rétroactif. Le cas le plus évident est celui de la loi qui érige en infraction un acte qui était parfaitement légal lorsqu'il a été posé. Ce sont de telles lois qui sont principalement visées par les dispositions constitutionnelles interdisant les lois rétroactives. Le principe *nulla poena sine lege* est généralement admis par les nations civilisées. La raison pour laquelle la loi pénale rétroactive est condamnée de façon aussi universelle ne provient pas seulement du fait que les enjeux sont élevés dans le contentieux pénal. Elle résulte également – et principalement – du fait que, de toutes les branches du droit, le droit pénal est celui qui vise le plus clairement et le plus directement à façonner et à contrôler le comportement humain. C'est la loi pénale rétroactive qui fait apparaître le plus clairement l'absurdité brutale qui consiste à exiger aujourd'hui d'un homme qu'il ait fait quelque chose hier.

Comparons la loi pénale rétroactive à une loi fiscale adoptée, disons, en 1963, qui impose une taxe sur des gains financiers réalisés en 1960, soit à une époque où de tels bénéfices n'étaient pas encore soumis à une taxe. 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. En d'autres termes, nous n'adoptons pas aujourd'hui une taxe qui ordonne à une personne d'avoir payé les taxes hier, bien qu'on puisse adopter aujourd'hui une loi fiscale qui détermine l'impôt à prélever sur la base d'événements qui ont eu lieu dans le passé.

Le citoyen ordinaire pourrait penser que j'ergote. Il dirait sans doute que, de la même façon qu'un homme peut poser un acte parce qu'il sait qu'il est légal selon le droit pénal en vigueur, il peut conclure une transaction parce qu'il sait que, selon le droit en vigueur, le bénéfice qu'elle produit n'est pas soumis à une taxe. Si la loi pénale rétroactive est abjecte parce qu'elle sanctionne par une peine un acte qui n'emportait aucune sanction lorsqu'il a été commis, la loi qui impose une taxe à un homme en raison d'une activité qui n'était pas taxable lorsqu'il l'a entreprise est tout autant injuste.

La réponse à cet argument requiert d'examiner les conséquences qui s'ensuivraient si ses implications étaient acceptées jusqu'au bout. Des lois de toutes sortes, et pas uniquement des lois fiscales, rentrent dans les calculs et les décisions des hommes. Une personne peut décider d'entamer certaines études, de se marier, de limiter ou d'agrandir sa famille, de statuer de façon définitive sur ses biens, en se basant sur un ensemble de règles en vigueur, qui inclut non seulement des lois fiscales, mais également les lois en matière de propriété et de contrat, voire même, peut-être, les lois électorales qui entraînent une répartition particulière du pouvoir politique. Si, à chaque fois qu'une personne se basait sur le droit en vigueur lors de l'organisation de ses affaires, elle était protégée de toute modification des règles légales, notre système juridique s'en trouverait fossilisé à jamais.

A cet argument, on pourrait répliquer que les lois fiscales ne sont pas comme les autres lois. D'abord, elles rentrent plus directement dans la planification des affaires de chacun. En outre – et c'est encore plus important – leur objet principal n'est, souvent, pas uniquement de générer des recettes mais également de façonner le comportement humain conformément à ce qui est jugé désirable par le législateur. En ce sens, il s'agit de cousines proches du droit pénal. Les lois relatives à la propriété et aux contrats ne prescrivent ni ne recommandent un type d'action particulier ; leur objet est simplement de protéger les acquisitions résultant d'activités non spécifiées. Les lois fiscales, par contre, incitent les hommes à, ou les dissuadent d'adopter certains types de comportement et c'est souvent, précisément, leur objectif. Lorsqu'elles deviennent ainsi une sorte de substitut au droit pénal, elles perdent, si on peut dire, leur innocence primitive. Dans le cas décrit au début de cette discussion (où le droit n'imposait à l'origine aucune taxe à certains types de gains), le but de la loi a pu être d'inciter les hommes à conclure des transactions du type de celles qui produiraient les gains en question. Lorsqu'une taxe est plus tard imposée à des gains résultant de ces transactions, les hommes sont en pratique pénalisés pour avoir fait ce que le droit lui-même les avait incités à faire à l'origine.

A ce stade, on peut proposer la réponse suivante. Des lois de toutes sortes peuvent nous inciter à, ou nous dissuader

d'adopter des formes particulières de comportement. On pourrait dire de l'entièreté du droit des contrats, par exemple, qu'il vise à inciter les hommes à organiser leurs affaires par le biais de « l'entreprise privée ». Si des opérations commerciales sont planifiées en tenant compte, en partie, du droit des contrats en vigueur, est-ce que ce droit doit demeurer inchangé pour toujours ? Supposons qu'une personne qui ne sait ni lire ni écrire devienne agent immobilier à une époque où les contrats de courtage oraux sont valables. Doit-il être protégé contre une loi postérieure qui exigerait que de tels contrats soient justifiés par un écrit signé ? En ce qui concerne l'argument selon lequel les lois fiscales ont souvent le but explicite d'inciter les hommes à, ou de les dissuader d'exercer certaines activités, qui peut dire quelle est la fonction précise d'une taxe, à part le fait qu'elle génère une recette ? Un membre du pouvoir législatif peut avoir favorisé l'adoption d'une taxe pour une raison différente du but poursuivi par un autre. Que dire de la taxe sur les boissons alcoolisées ? Est-ce que son but était de décourager la consommation d'alcool ou de générer des recettes en imposant un prélèvement spécial à ceux dont les habitudes de vie indiquent qu'ils sont particulièrement en mesure de contribuer aux frais du gouvernement ? Il ne peut y avoir de réponse claire à des questions de ce genre.

A ce stade, il nous faut interrompre cette discussion et laisser ses problèmes non résolus. Le but était uniquement d'indiquer quelques-unes des difficultés qui entourent le concept de loi rétroactive, difficultés qui ne sont aucunement limitées au droit fiscal. Face à ces dernières, les tribunaux ont souvent recouru à la notion de contrat entre le gouvernement et les citoyens. Ainsi, si une exemption fiscale est octroyée en faveur de certaines activités et ensuite abrogée, le test qui est souvent appliqué consiste à se demander si on peut considérer que l'État s'était engagé à maintenir l'exemption. Il convient de relever que cette notion de contrat entre l'État et le citoyen est susceptible d'être étendue de façon indéfinie. Comme Georg Simmel l'a démontré, la position de l'État en tant que pouvoir supérieur repose en définitive sur une réciprocité tacite⁵⁰.

Cette réciprocité, lorsqu'elle est rendue explicite, peut être étendue aux huit principes de légalité. Si le roi Rex, au lieu d'être

⁵⁰ Voy. note *supra* 31.

un monarque héréditaire, avait été élu à vie sur la base de la promesse de réformer le système juridique, ses sujets auraient pu légitimement penser qu'ils avaient le droit de le destituer. L'idée selon laquelle une révolution peut être justifiée par une rupture de contrat dans le chef du gouvernement est, bien entendu, ancienne. On considère généralement que ce concept se situe au-delà même des prémisses habituelles du raisonnement juridique. Et pourtant, on retrouve une version atténuée de cette notion au sein même du système juridique, lorsque l'on fait dépendre la validité de la législation rétroactive de la fidélité de l'État envers le contrat conclu avec le citoyen.

Cette discussion sur les lois rétroactives s'est surtout concentrée sur les difficultés qu'elles présentent. C'est pourquoi je ne voudrais pas abandonner le sujet sans rappeler qu'il n'est pas toujours aussi complexe. Comme pour les autres exigences qui constituent la moralité interne du droit, ces difficultés et nuances ne devraient pas nous cacher le fait que, bien que la perfection soit un but insaisissable, il n'est pas difficile de reconnaître des indécentes flagrantes. Il n'est pas davantage nécessaire de limiter notre recherche d'exemples d'abus manifestes à l'Allemagne hitlérienne ou à la Russie staliniste. Nous avons également des législateurs qui, à leur façon, plus modestement, ont prouvé leur conviction que la fin justifie les moyens. Prenons par exemple une loi fédérale adoptée en 1938. Cette loi a rendu « illégal pour toute personne ayant été condamnée pour un crime violent [...] de recevoir une arme à feu ou des munitions qui ont été expédiées ou transportées dans le cadre d'un commerce interétatique ou étranger ». Les rédacteurs de la loi ont, à juste titre, considéré que les personnes visées par les termes de cette loi n'étaient, en général, pas nos citoyens les plus dignes de confiance. Ils ont également exprimé le souhait, assez compréhensible, de rendre leur loi rétroactive. Réalisant, cependant, que c'était impossible, ils ont cherché la meilleure option de rechange. Ils ont inclus dans cette loi la règle selon laquelle, si une arme à feu était reçue dans le cadre d'un commerce interétatique par une personne répondant aux conditions du texte, il devrait alors être présumé que la réception avait eu lieu après la date d'entrée en vigueur de la loi.

Cette astuce législative fut annulée par la Cour suprême dans son arrêt *Tot v. United States*⁵¹.

La clarté des lois

L'exigence de clarté constitue un des ingrédients les plus essentiels de la légalité⁵². Bien que cette proposition ne fasse pas vraiment débat, je ne suis pas certain que les responsabilités qu'implique cette exigence soient toujours bien comprises.

Il existe aujourd'hui une forte tendance à identifier le droit non avec des règles de comportement, mais avec une hiérarchie de pouvoir ou de commandement. Cette conception – qui confond fidélité à la loi et déférence envers l'autorité établie – mène facilement à la conclusion que, si les juges, les policiers et les procureurs peuvent violer la loi, il n'en va pas de même des législateurs, sauf lorsqu'ils vont à l'encontre de restrictions constitutionnelles explicites de leur pouvoir. Il est clair, cependant, qu'une législation obscure et incohérente est de nature à rendre la

⁵¹ *Tot v. United States*, 319 U.S. 463 (1942). La Cour a également annulé une autre présomption contenue dans la loi. Elle stipulait que la possession d'une arme à feu ou de munitions par une personne répondant aux conditions de la loi devrait donner lieu à la présomption qu'elles avaient été expédiées dans le cadre d'un commerce entre États ou avec l'étranger.

⁵² Cette exigence est peu débattue dans la littérature de théorie du droit. Le petit passage qui y est consacré dans l'œuvre posthume de Bentham (Everett 1945, p. 195) est entièrement dédié à une tentative laborieuse de développer une nomenclature capable de distinguer les différents types de manque de clarté. On aurait pu attendre d'Austin qu'il intègre dans la liste des « lois qui portent mal leur nom » (Austin 1879, p. 100-101) la loi qui est complètement inintelligible. Mais cela n'apparaît pas dans la discussion. Le fait que ce sujet soit négligé par les auteurs positivistes est, cependant, tout à fait compréhensible. Une reconnaissance du fait que les lois peuvent varier en clarté impliquerait de reconnaître également que les lois peuvent avoir différents degrés d'efficacité, que la loi qui n'est pas claire est, en réalité, moins une loi qu'une loi qui est claire. Cela reviendrait à accepter une proposition qui va à l'encontre des présupposés fondamentaux du positivisme. Dans ce pays, on a fait valoir, sans aucune référence à un critère imposé de façon implicite par des constitutions, que les tribunaux devaient refuser d'appliquer des lois manquant considérablement de clarté (Aigler 1922, p. 831-851). Au fur et à mesure que le droit s'est développé, cependant, l'exigence de clarté a été intégrée dans la doctrine de l'imprécision constitutionnelle et l'application de cette doctrine était presque entièrement confinée aux affaires pénales. Voy. la note approfondie, *The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court* 1960, p. 67-116.

légalité inaccessible à tous, à tout le moins sans passer par une révision qui porte elle-même atteinte à la légalité. On peut parfois purifier de l'eau provenant d'une source contaminée, mais seulement au prix de la transformer en quelque chose d'autre que ce qu'elle n'était. Être au sommet de la chaîne de commandement n'exempte pas le législateur de sa responsabilité de respecter les exigences de la moralité interne du droit ; en réalité, cette responsabilité n'en est que renforcée.

Le fait d'accorder beaucoup d'importance à la clarté législative ne revient pas à condamner d'emblée des règles qui attachent des conséquences en droit à des standards comme la « bonne foi » ou la « diligence ». Le meilleur moyen de réaliser la clarté est parfois de s'inspirer de standards de jugement de bon sens qui se sont développés dans la vie ordinaire, loin des couloirs parlementaires, et de les intégrer dans la loi. Après tout, un tel emprunt est inévitable lorsqu'on utilise le langage ordinaire comme vecteur pour véhiculer l'intention du législateur. On ne pourra jamais non plus, comme Aristote l'a observé il y a longtemps, être plus exact que ce que n'admet la nature du sujet que nous traitons. Une clarté spécieuse peut être plus dommageable qu'une imprécision ouverte et honnête.

D'un autre côté, c'est une erreur grave et récurrente de présumer que le rédacteur des lois qui, débordé, n'est pas en mesure de convertir son objectif en règles clairement formulées, pourrait toujours déléguer sans risque sa tâche aux tribunaux ou aux juridictions administratives spécialisées. En fait, cela dépend de la nature du problème qui fait l'objet de la délégation. En droit commercial, par exemple, on peut déterminer des exigences d'« équité » à partir des pratiques commerciales et des principes de comportement partagés par une communauté d'agents économiques. Il serait toutefois erroné d'en conclure que tous les conflits humains peuvent être réglés à l'aide de règles dérivées, au cas par cas, du standard d'équité.

Il est donc nécessaire de nuancer la condamnation à l'emporte-pièce d'Hayek à l'encontre des dispositions légales qui exigent ce qui est « juste » ou « raisonnable » :

On pourrait écrire une histoire du déclin de l'État de droit [...] au regard de la pénétration progressive de ces formules vagues

dans la législation et la jurisprudence⁵³, de l'augmentation de l'arbitraire et de l'incertitude tant du droit que du pouvoir judiciaire, et du manque de respect pour ces institutions qui en résulte⁵⁴.

Un chapitre de théorie du droit reste donc largement à écrire. Il serait consacré à une analyse des circonstances dans lesquelles des problèmes de réglementation peuvent être délégués sans danger à la décision juridictionnelle, dans l'attente raisonnable qu'émergent, à partir d'un traitement casuistique des controverses au gré de leur apparition, des standards de décision relativement clairs. Une attitude attentiste ou d'« expérimentation sociale » n'est guère souhaitable lorsqu'il s'agit de manier des problèmes à ce point fondamentaux.

Les contradictions dans les lois

Il est évident que la volonté d'éviter des contradictions involontaires dans la loi exige un soin tout particulier de la part du législateur. Ce qui va moins de soi, c'est qu'il peut être difficile de déterminer quand une contradiction existe ou comment la définir.

On suppose généralement qu'il s'agit simplement d'un problème de logique. Une contradiction est quelque chose qui viole le principe d'identité selon lequel A ne peut pas être non-A. Si ce principe formel a quelque valeur en soi, il n'en a aucune lorsqu'il s'agit de traiter du problème des lois contradictoires⁵⁵.

Prenons la situation dans laquelle une contradiction « au sens logique » semble être la plus manifeste. Imaginons qu'une même loi contienne deux dispositions : l'une impose au propriétaire d'une voiture d'installer des nouvelles plaques d'immatriculation pour le premier janvier ; l'autre érige en

⁵³ [NdT] Dans une note de bas de page, Fuller précise qu'il ne fait aucun doute qu'il faut lire, dans le texte anglais, le mot « adjudication » (jugement, ici traduit par jurisprudence) au lieu du terme « jurisdiction ».

⁵⁴ Hayek 1944, p. 78.

⁵⁵ L'analyse extrêmement formelle de Kelsen du problème des normes contradictoires n'offre, selon moi, aucune aide au législateur qui cherche à éviter les contradictions ou au juge qui tente de les résoudre (Kelsen 1945, p. 374-375 et passim ; voy. le verbo de l'index « Non-contradiction, principle of »). Il n'y a pas davantage à retirer de la discussion de Bentham sur les « *repugnances* » (Everett 1945, p. 195-198). [NdT] Sur ce terme, voy. *infra* note 59.

infraction la réalisation, le même jour, de tout travail quel qu'il soit. Il semble y avoir une violation du principe d'identité ; un acte ne peut pas être à la fois interdit et imposé au même moment. Mais est-il contraire à la logique de faire faire quelque chose à un homme et ensuite de le punir pour cet acte ? On peut sans doute dire d'une telle procédure qu'elle n'a aucun sens mais, en se prononçant de la sorte, on suppose tacitement l'objectif qui consiste à donner du sens à l'effort humain. On peut difficilement attendre d'un homme, qu'on punit régulièrement pour avoir fait ce qu'on lui demandait, qu'il se plie aux ordres qu'on lui donnera à l'avenir. 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.

Lorsque l'on traite de contradictions apparentes en droit, il est habituel de vérifier s'il existe une possibilité de réconcilier les dispositions qui semblent être incompatibles entre elles. En ce sens, un tribunal pourrait avoir l'idée de déclarer coupable un homme qui a installé ses plaques le jour du nouvel an et d'ensuite annuler sa sanction parce qu'il a travaillé en exécution d'une contrainte légale. Il est vrai qu'une telle solution peut paraître plutôt laborieuse, mais on a vu des procédures plus étranges au cours de l'histoire du droit. À une époque, un principe de droit canon prévoyait que toute promesse faite sous serment était contraignante, et un autre que certaines promesses, comme celles qui étaient extorquées ou usuraires, ne l'étaient pas. Que devaient faire les tribunaux en cas de promesse usuraire faite sous serment ? La solution était d'ordonner au promettant d'exécuter sa prestation envers le bénéficiaire et d'ensuite imposer immédiatement à ce dernier de restituer ce qu'il venait juste de recevoir⁵⁶. Cette curieuse procédure avait peut-être une certaine valeur symbolique. En assurant d'abord l'exécution du contrat, le tribunal appliquait la règle selon laquelle les hommes sont liés par leurs promesses faites sous serment et en annulant sa décision, il rappelait au bénéficiaire le prix à payer pour son abus.

⁵⁶ Von Jhering 1922, §45, p. 491.

Le tribunal qui, confronté à la loi du nouvel an, estime sans intérêt de condamner le défendeur avant d'annuler son amende, peut adopter deux interprétations de cette loi : il peut décider (1) soit que la section qui érige en infraction le fait de travailler le jour du nouvel an prévaut sur celle relative aux plaques d'immatriculation, de sorte que le propriétaire de la voiture peut légalement reporter l'installation de ses plaques au deuxième jour de janvier, (2) soit que la disposition relative aux plaques d'immatriculation prévaut sur l'interdiction de travailler, de sorte que le propriétaire doit poser ses plaques le premier janvier mais qu'il ne commet alors aucune infraction. Une solution, moins évidente mais nettement préférable, consiste à combiner ces interprétations de telle façon que le propriétaire qui pose ses plaques le premier ne commet aucune infraction, et que celui qui attend le lendemain pour s'exécuter demeure également dans la légalité. Cette solution mettrait en évidence que le problème fondamental de cette loi est qu'elle donne une instruction ambiguë au citoyen, de sorte qu'il devrait être autorisé à résoudre cette confusion d'une façon ou d'une autre sans se causer de tort à lui-même.

Il peut être utile d'examiner une autre loi qui se contredit elle-même – cette fois telle qu'elle a été appliquée dans une vraie décision. Dans l'arrêt *United States v. Cardiff*, le directeur d'une société fabriquant des produits alimentaires avait été condamné pour avoir refusé de permettre à un inspecteur fédéral de rentrer dans son usine afin de vérifier si sa société respectait la loi fédérale en vigueur⁵⁷. La section 704 de cette loi définit les conditions permettant à un inspecteur de rentrer dans une usine, parmi lesquelles le fait d'obtenir préalablement l'autorisation du propriétaire. La section 331 érige en infraction le fait, pour le propriétaire de l'usine, de refuser « l'entrée ou l'inspection telle qu'autorisée par la section 704 ». La loi semble donc dire que l'inspecteur a le droit de rentrer dans l'usine mais que le propriétaire a le droit de lui en refuser l'accès. Il existe, cependant, une façon très simple d'éliminer cette apparente contradiction. Il suffit d'interpréter la loi en ce sens que le propriétaire viole la loi si, *après* avoir donné à l'inspecteur l'autorisation de rentrer, il lui en refuse *ensuite* l'accès. Le fait que cela revienne à faire dépendre

⁵⁷ 344 U.S. 174, 1952.

sa responsabilité de sa propre volonté ne constitue pas une anomalie ; il n'a pas l'obligation de prendre un engagement mais, dans ce cas, il risque de voir sa responsabilité mise en cause.

La Cour suprême a bien envisagé cette interprétation mais elle a refusé de la suivre. Le problème de cette interprétation n'est pas qu'elle est illogique mais qu'elle ne correspond à aucune intention raisonnable du législateur. Il est compréhensible que le Congrès souhaite garantir que l'inspecteur ait accès à l'usine malgré les protestations du propriétaire. Il serait par contre incompréhensible qu'il limite le droit d'entrer de l'inspecteur au cas improbable où un propriétaire d'usine excentrique lui donnerait d'abord son autorisation pour ensuite lui opposer une porte close. Afin de donner du sens à la loi, on pourrait interpréter l'exigence imposant à l'inspecteur de demander d'abord la permission comme étant relative à la courtoisie normale, qui consiste à se mettre d'accord sur la date et l'heure de la visite, bien que les termes de la loi ne favorisent guère cette interprétation. La Cour suprême a considéré que le conflit entre les deux dispositions produisait un résultat trop ambigu pour mettre son destinataire en garde de façon appropriée quant à la nature de l'infraction ; elle a donc annulé la condamnation.

Jusqu'ici, la discussion a porté sur les contradictions qui résultent d'un même texte. Des problèmes plus épineux apparaissent lorsqu'une loi adoptée, par exemple, en 1963, entre en conflit avec les dispositions d'une loi bien différente, adoptée en 1953. Dans ce cas, la solution consacrée par l'usage est de considérer que les dispositions de la loi antérieure, qui sont incompatibles avec le texte plus récent, ont été implicitement abrogées par ce dernier, selon la maxime consacrée *lex posterior derogat priori*⁵⁸. Dans certains cas, cependant, il pourrait être préférable d'y appliquer le principe qui régit les contradictions au sein d'une même loi, à savoir procéder à un ajustement réciproque

⁵⁸ Dans un ancien traité sur l'interprétation, Lord Ellesmere a formulé la règle selon laquelle, lorsque des contradictions surgissent dans une seule et même loi, la première disposition – à savoir celle qui vient en premier dans l'ordre de lecture – prévaut (Thorne 1942, p. 132-133). On se demande quel est le fondement de cette curieuse solution : peut-être l'idée que les rédacteurs des lois deviennent plus fatigués et moins attentifs lorsqu'ils approchent de la fin de leur tâche ?

entre les deux lois en interprétant l'une à la lumière de l'autre. Une telle solution n'est toutefois pas dénuée de toute difficulté. L'une d'entre elles consiste à savoir quand s'arrêter, dès lors que les tribunaux pourraient facilement se trouver embarqués dans l'entreprise périlleuse d'essayer de réécrire l'ensemble de nos lois en un système plus cohérent. La réinterprétation de lois anciennes à la lumière de lois nouvelles entraînerait également des problèmes embarrassants de législation rétroactive. Je ne vais pas approfondir ces questions. Nous en avons assez dit, cependant, pour en tirer une leçon : toute négligence du législateur en ce qui concerne l'articulation des lois entre elles peut porter gravement atteinte à la légalité et il n'existe pas de règle simple pour réparer le dommage qui en résulte.

Il a été suggéré de parler d'« incompatibilités » plutôt que de « contradictions » dans le débat juridique et moral – pour des choses qui ne vont pas, ou pas bien ensemble. Un autre terme, qui a eu beaucoup de succès dans l'histoire de la *common law*, peut être utile. Il s'agit du mot anglais « *repugnant* »⁵⁹. Ce mot est particulièrement approprié dès lors que, ce qu'on appelle des lois contradictoires, ce sont des lois qui s'affrontent, mais sans nécessairement entraîner la disparition de l'une ou l'autre, comme ce serait le cas d'affirmations contradictoires en logique. Un autre terme approprié qui est tombé en désuétude est le mot « *inconvenient* »⁶⁰, dans son sens d'origine. On qualifiait de la sorte une loi qui ne convenait pas ou ne s'articulait pas avec les autres lois (Cf. le verbe français moderne *convenir*, qui signifie être d'accord ou converger).

L'analyse qui précède devrait avoir mis en évidence que, pour déterminer si deux règles de comportement sont incompatibles entre elles, on doit souvent prendre en compte toute une série de considérations qui sont extrinsèques aux termes de la loi. Il fut un temps où l'injonction « traverse cette rivière sans te mouiller » contenait une contradiction. Depuis l'invention des ponts et des bateaux, ce n'est plus le cas. Si je dis aujourd'hui à un homme de sauter en l'air mais de garder ses pieds en contact avec

⁵⁹ [NdT] Le terme pourrait être traduit par le mot « répugnant » mais la connotation en français est susceptible d'induire en erreur. Son étymologie est le verbe latin *repugno* qui signifie « opposer de la résistance à, lutter contre ».

⁶⁰ [NdT] Ce terme peut être traduit par « inopportun ».

le sol, mon ordre paraît contenir une contradiction simplement parce qu'on part du principe qu'il n'existe aucun moyen pour lui d'emporter le sol avec lui dans son saut. Il va de soi que le contexte qui doit être pris en considération quand on examine des problèmes d'incompatibilité n'est pas uniquement – ni même principalement – d'ordre technologique, puisqu'il inclut l'ensemble du cadre institutionnel du problème – juridique, moral, politique, économique et sociologique. On pourrait supposer, pour étayer cette affirmation, que la loi qui impose de placer les plaques d'immatriculation le jour du nouvel an stipule également le paiement d'un droit d'accise d'un dollar à toute personne travaillant le même jour. Il serait intéressant de se demander comment démontrer que ces dispositions sont contradictoires et que leur inclusion dans une même loi ne peut que résulter d'une erreur législative.

Les lois exigeant l'impossible

A première vue, une loi exigeant l'impossible paraît être une telle absurdité qu'on serait tenté de supposer qu'aucun législateur sain d'esprit, ni même le pire dictateur, n'aurait la moindre raison d'adopter une telle loi⁶¹. Malheureusement, l'expérience nous prouve le contraire. Une telle loi résulterait de ce

⁶¹ À ce stade, on pourrait se demander si la plupart des autres exigences de la moralité interne du droit ne concernent pas, finalement, la possibilité de l'obéissance aux lois. Il ne fait aucun doute que la question peut être envisagée de cette façon. Tout comme il est impossible d'obéir à une loi qui exige de quelqu'un qu'il mesure trois mètres, il est impossible d'obéir à une loi qui ne peut pas être connue, qui est incompréhensible, qui n'a pas encore été adoptée, etc. On peut cependant justifier la distinction opérée dans le texte par le fait que mon objectif n'est pas de réaliser un exercice de logique mais de développer des principes afin d'orienter un effort humain qui poursuit un but. Le logicien peut, s'il le souhaite, considérer une loi qui se contredit elle-même comme un exemple particulier de l'impossibilité d'obéissance, bien qu'il puisse, comme je l'ai indiqué, avoir des difficultés à définir ce qu'il entend par « contradiction ». Du point de vue du législateur, dans tous les cas, il existe une différence essentielle entre les précautions qu'il doit prendre pour maintenir une cohérence entre ses textes et celles qu'il doit prendre pour s'assurer que les exigences du droit soient portées à la connaissance de ceux qui y sont assujettis. Des différences aussi essentielles seraient dissimulées par toute tentative visant à condenser toute la problématique sous la notion de « l'impossibilité d'obéissance ».

que Lilburne a appelé « un pouvoir illimité et anarchique » en raison de son absurdité ; son inutilité brutale informe le sujet de droit qu'il n'est rien qui ne puisse lui être demandé et qu'il doit s'attendre à ce que cela puisse aller dans tous les sens.

La technique visant à exiger l'impossible est cependant susceptible d'être utilisée de façon plus subtile, voire même, parfois, bienveillante. Le bon professeur demande souvent à ses élèves davantage que ce qu'il pense pouvoir en attendre. Il fait cela avec l'intention fort louable de développer leurs capacités. Malheureusement, il est souvent difficile de faire la différence entre une exhortation vigoureuse et un devoir imposé. Le législateur a ainsi facilement tendance à croire, à tort, que son rôle ressemble à celui du professeur. Il oublie que le professeur dont les élèves ont échoué à faire ce qu'il leur a demandé peut, sans manquer de sincérité ou se contredire, les féliciter pour ce qu'ils ont réalisé. Dans une situation similaire, par contre, l'autorité publique doit choisir entre commettre une injustice flagrante et éroder le respect pour le droit en fermant les yeux sur sa violation.

Le principe selon lequel le droit ne peut pas exiger l'impossible du sujet de droit peut, s'il est considéré de façon absolue, avoir pour conséquence de demander l'impossible au législateur. On part parfois du principe qu'aucune forme de responsabilité ne peut être justifiée à moins qu'elle repose (1) soit sur l'intention de commettre un acte dommageable (2) soit sur une faute ou une négligence quelconque. L'idée est qu'en tenant un homme responsable d'une situation qu'il n'a causée ni intentionnellement ni par négligence, on lui impute une responsabilité pour quelque chose qui était en dehors de ses pouvoirs. Lorsque la loi est interprétée en ce sens, elle reproche en réalité à un homme d'avoir violé une injonction (« cela ne peut pas arriver ») à laquelle il lui était impossible d'obéir.

L'impression de sagesse qui se dégage de cette conclusion dissimule la portée réelle de ce qu'elle implique. En ce qui concerne la preuve de la faute, par exemple, le droit fait face à un dilemme insoluble. Si on applique à un défendeur particulier un critère objectif – traditionnellement celui de « l'homme normalement prudent et diligent » – on court clairement le risque de lui imposer des exigences qu'il est incapable de respecter, dès lors qu'il est possible que ce critère soit hors de portée de son éducation et de ses capacités innées. Si on choisit la voie opposée

et qu'on essaie de se demander si l'homme devant nous, avec toutes ses limites et ses particularités individuelles, n'a pas été à la hauteur de ce qu'il aurait dû réaliser, on se lance dans une entreprise hasardeuse dont le coût pourrait être la perte de tout jugement objectif. Cette démarche exige de pouvoir s'identifier, de façon compatissante, avec la vie d'un autre. Il est clair que des différences de classe, de race, de religion, d'âge ou de culture sont susceptibles de faire obstacle à, ou de déformer cette identification. Il en résulte que, si une justice qui garde ses distances est condamnée à être parfois dure, une justice personnalisée, qui cherche à explorer et comprendre les limites d'un monde privé, ne peut pas, dans la nature des choses, être impartiale. Le droit n'a pas de solution miracle lui permettant de transcender cette antinomie. Par conséquent, il est condamné à suivre une voie moyenne incertaine, en tempérant le critère de l'homme raisonnable au regard de certains défauts manifestes, dont il essaiera par ailleurs de formaliser la définition.

On pourrait dire que ces difficultés s'expliquent par le fait que la détermination d'une faute implique un jugement essentiellement moral, alors qu'identifier l'intention qui a guidé un acte semble n'exiger qu'une investigation en fait. À nouveau, la réalité est plus complexe. Si l'intention est un fait, il s'agit d'un fait privé déduit à partir de manifestations extérieures. Dans certains cas, cette déduction est relativement aisée. Holmes a dit un jour que même un chien connaissait la différence qui existe entre se faire bousculer par erreur et se faire battre. Cependant, il arrive que l'intention exigée par la loi soit très spécifique, comme lorsque l'imposition de sanctions pénales dépend de la preuve que le défendeur a sciemment violé la loi. Ce type de disposition se trouve parfois dans des réglementations économiques complexes, afin d'éviter de punir un homme pour un acte qui aurait pu, à première vue, paraître tout à fait licite. D'après mon expérience, on peut souvent se demander, dans ce cas, si le remède n'est pas pire que le mal. Il est tellement difficile de rapporter la preuve de l'intention requise, ou de son inexistence, que celui qui investigate les faits est presque inévitablement amené à se demander : « Est-ce que c'est le genre de personne qui respecte les règles ou qui les viole dès qu'il en a l'occasion ? ». Cette question,

malheureusement, en amène facilement une autre : « Est-ce qu'il me ressemble ? »⁶².

Telles sont donc les difficultés rencontrées lorsque, pour veiller à ce que la loi puisse être respectée par le citoyen, on limite la responsabilité de ce dernier aux cas où la faute ou l'intention dommageable peut être démontrée. Notre système juridique connaît cependant de nombreux cas dans lesquels la responsabilité est indépendante de toute preuve de faute ou d'intention.

Une forme assez répandue de ce type de responsabilité ne présente aucun problème sérieux pour la moralité interne du droit. Imaginons qu'un aliéné vole mon portefeuille. Il est possible que sa condition mentale soit telle qu'il lui soit impossible de comprendre ou d'obéir aux lois relatives à la propriété privée. Cette circonstance constitue une bonne raison de ne pas l'envoyer en prison mais pas de lui permettre de garder mon portefeuille. J'ai le droit de le récupérer et il a, en ce sens, une obligation légale de me le restituer, même si en le prenant il n'a pas agi fautivement, ni avec l'intention de faire quelque chose de mal. On trouve une autre illustration du même principe lorsque, lors de la liquidation des comptes entre deux parties, le débiteur paie plus à son créancier que ce qu'il ne doit, les deux ayant agi en toute bonne foi et en partageant la même croyance erronée quant à ce qui était dû. Ici, le créancier a l'obligation de rembourser l'excédent, bien qu'il soit entré en sa possession d'une façon qui n'était aucunement illicite.

Il existe un corps de règles considérable relatif à la prévention ou à la rectification de l'enrichissement injuste qui peut se produire lorsque les hommes agissent par inadvertance, par erreur ou sans avoir la capacité nécessaire pour comprendre la nature de leurs actes. Une partie de ces règles font explicitement partie des quasi-contrats ; les autres font sentir leur influence –

⁶² À cet égard, il faut attirer l'attention du lecteur sur l'article « The Modern Conception of Animus » (Brooks 1906, p. 12-33) de Brooks Adams, frère d'Henry et petit-fils de John Quincy. Dans cet article, Adams présente la thèse ingénieuse et curieusement marxiste selon laquelle les classes dirigeantes ont toujours manipulé dans leur propre intérêt la définition de l'intention (animus) requise pour certaines infractions et fautes. Adams essaie également de démontrer qu'une manipulation similaire a été opérée en ce qui concerne les règles de preuve qui déterminent comment prouver ou réfuter l'intention requise. Bien que sa thèse principale soit parfois plus ingénieuse que convaincante, l'article vaut la peine d'être lu pour sa démonstration des difficultés de preuve lorsque la responsabilité dépend d'une intention.

souvent silencieuse - en droit des contrats et de la responsabilité aquilienne. Leur analyse a été perturbée, tant en *common law* qu'en droit romain, par le fait que les actions classées formellement comme étant « délictuelles » ou « quasi-délictuelles » ont été utilisées pour rectifier l'enrichissement injuste d'une partie aux dépens de l'autre dans des situations dans lesquelles une éventuelle faute du défendeur importe peu.

L'existence de règles relatives à la correction d'inattentions semble suggérer une objection à l'analyse présentée dans cette étude. Le droit a jusqu'ici été présenté comme « l'entreprise visant à soumettre le comportement humain à la gouvernance des règles ». Cependant, lorsque les hommes agissent par erreur ou inadvertance, ils ne calquent manifestement pas leurs actes sur le droit – et ne sont pas en mesure de le faire ; personne n'étudie le droit des quasi-contrats pour apprendre ce qu'il devrait faire dans les moments où, précisément, il ne sait pas vraiment ce qu'il est en train de faire. La solution de ce problème est assez évidente. Afin de préserver l'intégrité d'un système de relations juridiques établies par la volonté, il est nécessaire de prévoir un système complémentaire de règles afin remédier aux effets de l'inadvertance. On peut faire ici un parallèle étroit avec le problème des lois rétroactives. Un système juridique composé exclusivement de lois rétroactives ne peut exister qu'à l'état d'invention grotesque, digne de Lewis Carroll ou Franz Kafka. Pourtant, une loi rétroactive « curative » peut remplir une fonction utile pour gérer des incidents susceptibles d'arriver dans un système de règles qui sont généralement applicables pour l'avenir⁶³. Il en va de même des règles qui réparent les effets de l'inadvertance. Les règles conçues à cette fin tirent non seulement leur justification, mais également leur signification profonde de leur fonction, comme complément d'un système plus vaste de règles censées orienter le comportement.

Le principe visant à rectifier l'enrichissement injuste mais involontaire ne peut pas, cependant, expliquer tous les cas dans lesquels une responsabilité juridique survient sans faute ou intention. Il y a, en réalité, un corps de règles tout à fait considérable qui impose une responsabilité objective ou absolue

⁶³ Voy. p. 62-64 *supra*.

pour des dommages résultant de certains types d'activité. Ainsi, des opérations impliquant des explosifs peuvent entraîner une responsabilité pour tout dommage causé à des tiers, alors même qu'aucune volonté dommageable ou négligence ne peut être démontrée⁶⁴. Dans ce genre de cas, le droit considère, selon la formule consacrée, que les hommes « agissent à leurs risques et périls ».

Une responsabilité objective de ce type est aisément justifiée par le principe économique selon lequel les coûts sociaux prévisibles d'une entreprise doivent être répercutés sur les coûts privés de sa gestion. Ainsi, les dangers inhérents à une opération impliquant des explosifs sont tels qu'aucune mesure de précaution ou de prévoyance ne peut empêcher de porter atteinte, de façon occasionnelle et involontaire, à des personnes ou à des biens. Si l'entrepreneur, qui est chargé de construire une autoroute et qui endommage un flanc de colline par suite d'une explosion, n'est tenu responsable que de sa faute démontrée, il sera moins incité à réaliser ses excavations par d'autres moyens plus sûrs. Son calcul économique, en d'autres termes, est faussé et le prix en est supporté par la communauté. Afin de corriger cette situation, on soumet ses opérations de dynamitage à une sorte de taxe, sous la forme d'une règle lui imposant de répondre de tout dommage résultant de ces opérations, qu'il soit ou non causé par une négligence de sa part.

L'analogie de la taxe est utile pour clarifier la relation entre une responsabilité objective de ce type et la moralité interne du droit. On ne considère pas qu'une taxe générale sur les ventes interdit aux hommes de vendre des marchandises, mais seulement qu'elle impose une sorte de supplément au fait de vendre. De même, on ne devrait pas considérer que la règle relative à l'utilisation d'explosifs interdit que cette utilisation puisse, même si elle est effectuée avec diligence, causer des dommages. On devrait plutôt envisager cette règle comme attachant une responsabilité particulière à un comportement déterminé. La moralité interne du droit ne demande pas à une règle de responsabilité objective qu'elle cesse d'exiger l'impossible mais

⁶⁴ American Law Institute, *Restatement of Torts*, 1938, §519, « Miscarriage of Ultrahazardous Activities Carefully Carried On ».

qu'elle définisse aussi clairement que possible le type d'activité particulière qui entraîne une responsabilité légale accrue.

Le principe selon lequel les entreprises qui créent des risques particuliers doivent supporter le coût des dommages résultant de leur activité est susceptible de faire l'objet d'une expansion tout à fait considérable. Dans certains pays, par exemple, le principe a été étendu à l'utilisation de l'automobile, y compris celles utilisées pour le loisir ou le confort privé. Il est de bon ton de dire qu'il existe aujourd'hui une « tendance générale » à la responsabilité objective. Certains semblent même croire que cette tendance nous emmène implacablement vers un futur dans lequel les concepts de faute et d'intention ne joueront plus aucun rôle en droit.

Je pense qu'on peut affirmer avec suffisamment de certitude qu'un tel futur ne se produira pas. Si la responsabilité objective devait concerner non pas certaines mais *toutes* les formes d'activités, on perdrait toute conception d'un lien causal entre l'acte et le dommage qui en résulte. Un poète écrit un poème triste. Un amoureux éconduit le lit et est à ce point déprimé qu'il se suicide. Qui a « causé » la perte de sa vie ? Est-ce le poète, la demoiselle qui a rejeté le défunt, ou le professeur qui a éveillé l'intérêt de ce dernier pour la poésie ? Un homme tue sa femme dans un accès de rage alors qu'il était ivre. Qui, parmi ceux qui sont concernés par cet événement, doit en partager la responsabilité : le tueur lui-même, l'homme qui lui a prêté une arme, le vendeur d'alcool qui lui a fourni le gin, ou peut-être l'ami qui l'a dissuadé d'obtenir un divorce qui aurait mis un terme à un mariage malheureux ?

On peut se faire une petite idée de la nature de ce type de problème à partir des difficultés rencontrées dans l'application des formes de responsabilité objective que nous connaissons déjà. Tel est le cas de la responsabilité imposée par les lois sur les accidents du travail. Il va de soi qu'une forme de lien causal doit être établie entre l'emploi du travailleur et la maladie ou la blessure qui doit être indemnisée. La formule utilisée dans ces lois est que la blessure ou la maladie doit « résulter de et survenir pendant l'exécution des prestations de travail ». L'interprétation de cette disposition a donné lieu à la jurisprudence la plus insatisfaisante – et souvent étrange – qui soit. Afin de percevoir les implications

d'une généralisation du système de responsabilité objective, il suffit de se demander comment on appliquerait une règle qui se contenterait d'exiger que la perte ou le préjudice du demandeur « résulte » du comportement du défendeur.

L'explication que l'on vient de donner de ce problème n'est en aucun cas exhaustive et elle ne couvre pas toutes les formes de responsabilité civile objective. Il existe également de nombreux cas dans lesquels les motifs qui ont guidé le législateur sont incertains ou mixtes ; une justification habituelle pour les règles de responsabilité objective étant, par exemple, qu'elles permettent de mieux garantir un comportement diligent que des règles subordonnant la responsabilité à la preuve de l'absence de diligence. Certains cas de responsabilité objective doivent probablement être considérés comme étant des anomalies, résultant soit d'une confusion analytique soit d'un accident historique. En outre, la distinction entre responsabilité objective et responsabilité pour faute est souvent masquée par des présomptions de faute, certaines étant assez sévères en ce qu'elles imposent une lourde charge à ceux qui essaient de les renverser. Enfin, il faut rappeler que la responsabilité contractuelle est généralement « stricte » ; si certaines ingérences catastrophiques et inattendues dans la prestation peuvent constituer une cause d'excuse, le cocontractant défaillant ne pourra en principe pas alléguer pour sa défense qu'il a fait de son mieux. Il n'est pas nécessaire de démontrer que cette dernière forme de responsabilité objective ne présente aucun problème pour la moralité interne du droit ; la loi se doit de ne pas imposer de charge impossible à son destinataire mais elle n'est pas tenue de le protéger contre le fait d'accepter contractuellement une responsabilité pour un événement sur lequel il n'a aucun pouvoir.

Nous en venons maintenant à la violation la plus sérieuse du principe selon lequel le droit ne doit pas commander l'impossible. Il s'agit des lois qui créent une responsabilité pénale objective, donc en vertu desquelles un homme peut être déclaré coupable d'une infraction alors même qu'il a agi avec diligence et sans intention dommageable. À notre époque, on recourt le plus souvent à ce type de lois dans les réglementations économiques, ainsi qu'en matière de santé et de sécurité, bien qu'il ne soit pas rare d'imposer une responsabilité pénale objective dans des

domaines relatifs à la possession de drogues, de machines de jeux de hasard ou d'alcools interdits.

La responsabilité pénale objective n'a jamais vraiment réussi à obtenir un statut respectable dans notre droit. Chaque fois que des lois imposant une telle responsabilité ont été adoptées, elles ont suscité de vives protestations et leur justification est rarement allée au-delà de la nécessité présumée. La raison de leur apparition continue et peut-être croissante dans la législation moderne ne fait cependant aucun doute : elles facilitent grandement la tâche du ministère public. Il est probable que ce dernier nous assure que leur injustice apparente est éliminée par une « application sélective ». Bien que, théoriquement, de telles lois soient un piège à innocents, seuls les vrais coupables sont poursuivis en pratique. Attirer ces derniers en justice s'en trouve grandement facilité dès lors que le gouvernement, en instruisant son dossier, est dispensé de devoir prouver l'intention ou la faute, une tâche particulièrement compliquée lorsque des réglementations complexes sont visées. Lorsqu'une responsabilité objective est combinée à des sanctions drastiques – comme c'est souvent le cas – la position du procureur en est encore améliorée. Généralement, il ne devra même pas amener l'affaire devant les tribunaux ; la menace de l'emprisonnement ou d'une amende importante suffira à susciter un plaider coupable ou – lorsque c'est autorisé – un règlement extrajudiciaire. De lourdes sanctions améliorent également le réseau de relations du parquet. L'innocent maladroit qui sait qu'il aurait pu être déclaré coupable est extrêmement reconnaissant lorsqu'on le laisse partir sans avoir été stigmatisé comme un criminel. Il promettra en toute sincérité d'être plus coopérant dans le futur.

Les avantages de ce qu'on a appelé « l'exécution des lois par pression » – on aurait pu l'appeler, de façon moins charitable, « l'exécution des lois par chantage » – se sont largement révélés durant la période mouvementée de la Seconde Guerre mondiale, lorsque l'administration, débordée par des réglementations économiques complexes, a dû trouver un moyen de se simplifier la tâche. Quiconque pense que la fidélité à la loi implique le respect de règles dûment adoptées, plutôt qu'un empressement à transiger discrètement sur les demandes émanant des autorités publiques, devrait s'inquiéter du recours continu à ce type d'outil.

Heureusement, des voix influentes et persuasives se sont fait récemment entendre contre ce fléau et les autres abus qui accompagnent la responsabilité pénale objective⁶⁵.

Il convient de faire encore deux observations supplémentaires avant d'abandonner le sujet des lois qui commandent l'impossible. La première est aussi simple qu'évidente : il est impossible de tracer une ligne de démarcation rigoureuse entre difficulté extrême et impossibilité. Une règle qui en demande trop peut être dure et injuste mais elle ne contredit pas nécessairement le but fondamental de tout ordre juridique, comme le ferait une règle exigeant ce qui est manifestement impossible. Entre les deux, il existe un espace indéterminé dans lequel les moralités interne et externe du droit se rencontrent.

Ma dernière observation est que nos conceptions de ce qui est impossible peuvent être déterminées par des présupposés relatifs à la nature de l'homme et de l'univers, qui peuvent changer au cours de l'histoire. Aujourd'hui, on s'oppose aux lois qui ont pour objet d'imposer des croyances religieuses ou politiques parce qu'elles constituent une ingérence injustifiée dans la liberté individuelle. Thomas Jefferson avait une conception différente. Dans la version originale du Préambule de la loi de Virginie sur la liberté religieuse, il condamnait de telles lois en ce qu'elles demandent l'impossible :

Bien conscients que les opinions et les croyances des hommes ne dépendent pas de leur propre volonté mais suivent involontairement l'évidence qui se présente à leurs esprits [...]⁶⁶.

On peut se demander si cette conception ne témoigne pas d'un respect plus profond pour la vérité et les pouvoirs humains que la nôtre.

La constance du droit à travers le temps

Parmi les principes qui constituent la moralité interne du droit, celui qui exige que les lois ne soient pas modifiées trop

⁶⁵ Hall 1960, ch. X, p. 325-329 ; Hart 1958, p. 401-441 ; The American Law Institute, *Model Penal Code*, Proposed Official Draft, 1962, Sections 1.04(5), 2.01-2.13.

⁶⁶ *The Papers of Thomas Jefferson*, Boyd (éd.), II, 545.

fréquemment semble le moins adapté à une formalisation dans une disposition constitutionnelle. Il est difficile d'imaginer, par exemple, une règle constitutionnelle imprudente au point d'énoncer qu'aucune loi ne doit être changée plus d'une fois par an. À l'inverse, les restrictions imposées en termes de législation rétroactive ont eu la faveur des rédacteurs de constitutions⁶⁷. Et pourtant, il existe une affinité étroite entre les torts causés par une législation rétroactive et ceux qui résultent de changements législatifs trop fréquents. Les deux proviennent de ce qu'on pourrait appeler l'inconstance législative. Il est intéressant de noter que Madison, lorsqu'il cherchait à défendre les dispositions de la Constitution interdisant les lois rétroactives et portant atteinte aux obligations contractuelles, utilisait des termes plus adaptés pour décrire le fléau du changement législatif fréquent que pour décrire celui résultant des lois rétroactives :

Le peuple posé d'Amérique est las de la politique fluctuante qui a dirigé les conseils publics. Ils ont vu avec regret et indignation que les changements soudains et les interférences législatives [...] sont devenus [...] des pièges pour la frange de la communauté la plus travailleuse et la moins informée. Ils ont également vu qu'une interférence législative n'était que le premier maillon d'une longue chaîne de répétitions⁶⁸.

On retrouve l'affinité entre les problèmes posés par les changements législatifs trop fréquents ou soudains et ceux posés par la législation rétroactive dans les décisions de la Cour suprême. Le fléau du droit rétroactif provient du fait que les hommes ont pu agir sur la base de l'ancien état du droit et que ces actions peuvent être rendues vaines ou inopinément pesantes par l'altération à rebours de leur effet juridique. Il arrive toutefois qu'un acte posé sur la base de l'ancienne loi puisse être retiré si son auteur est prévenu du changement imminent à temps pour lui permettre de s'ajuster au nouvel état du droit et ce, avant que le changement ne devienne effectif. Ainsi, selon la Cour :

⁶⁷ Voy. notes 39 et 40, *supra*, p. 61.

⁶⁸ *The Federalist*, n°44.

Il est largement admis que le délai prévu par [les lois de prescription] peut être réduit, à condition que la modification intervienne alors que le délai initial court toujours et qu'un délai raisonnable demeure pour introduire une demande avant que l'exclusion ne sorte ses effets⁶⁹.

La concordance entre l'action des pouvoirs publics et la règle déclarée

Nous arrivons enfin à l'exigence la plus complexe de la moralité interne du droit : la concordance entre l'action des pouvoirs publics et le droit. Cette concordance peut être détruite ou perturbée de nombreuses façons : interprétation erronée, inaccessibilité du droit, connaissance insuffisante de ce qui est requis pour préserver un système juridique, corruption, préjugés, indifférence, stupidité, ou désir de pouvoir personnel.

Les dispositifs procéduraux permettant de maintenir cette concordance prennent nécessairement des formes aussi variées que les circonstances qui la menacent. On peut inclure ici la plupart des éléments du « *Procedural due process* »⁷⁰, comme le droit d'être représenté par un conseil et le droit de faire subir un contre-interrogatoire aux témoins de la partie adverse. On peut également évoquer l'*habeas corpus*⁷¹ ou le droit de faire appel d'une décision défavorable devant une juridiction supérieure, dès lors qu'ils ont partiellement le même objectif. Même la question de « la qualité et de l'intérêt » requis pour soulever des problèmes constitutionnels est pertinente à cet égard ; des principes incohérents et fluctuants en la matière sont susceptibles de produire des résultats irréguliers et arbitraires en termes de conformité entre la Constitution et son application en pratique.

Dans ce pays, la mission d'empêcher une divergence entre le droit tel qu'il est énoncé et tel qu'il est réellement appliqué revient principalement au pouvoir judiciaire. Cette répartition des fonctions a l'avantage de placer cette responsabilité entre des

⁶⁹ *Ochoa v. Hernandez y Morales*, 230 U.S. 139, 1963, p. 161-162.

⁷⁰ [NdT] Cette notion fondamentale du droit constitutionnel américain vise, en résumé, les obligations procédurales qui pèsent sur les pouvoirs publics lorsqu'ils adoptent une mesure privative de liberté ou de propriété.

⁷¹ [NdT] Cette notion vise, en substance, la prérogative procédurale de toute personne détenue de pouvoir comparaître devant un juge.

maines expertes, de soumettre son exécution au contrôle public et de mettre en lumière l'intégrité de la loi. Cependant, un système qui compte uniquement sur les tribunaux pour faire rempart contre l'application illégale du droit comporte de sérieux désavantages. La correction des abus y dépend de la volonté et de la capacité financière de la partie touchée par ces abus de porter son affaire devant les tribunaux. Ce type de système s'est révélé relativement inefficace pour contrôler les comportements illégaux de la police, ce fléau étant même aggravé par la tendance des juridictions inférieures à vouloir soutenir le moral des forces de police. Il y aurait beaucoup à dire en faveur de la création d'une autorité chargée d'assurer un contrôle effectif du non-respect de la loi par la police et qui, comme le médiateur scandinave, serait capable d'agir promptement et avec flexibilité sur la base de plaintes informelles.

Dans les domaines où le droit est d'origine jurisprudentielle, on pourrait penser que, bien que la concordance entre le droit et l'action des pouvoirs publics puisse être perturbée par les juridictions inférieures, tel ne pourrait être le cas de la Cour suprême dès lors que, précisément, c'est elle qui crée le droit. On pourrait croire que la jurisprudence de la Cour suprême ne peut pas sonner faux dès lors que c'est elle qui donne le ton. Seulement, il arrive que le ton soit discordant, y compris pour celui qui le donne. Tous les facteurs qui peuvent entraîner un manque de concordance entre l'action judiciaire et le droit législatif peuvent, lorsque la cour crée elle-même le droit, produire également des écarts dommageables par rapport aux autres principes de légalité : l'impossibilité de formuler des règles générales raisonnablement claires et une inconstance décisionnelle qui se manifeste par des décisions contradictoires, des changements d'orientation fréquents et des revirements de jurisprudence.

L'aspect le plus subtil de la tâche visant à maintenir la concordance entre le droit et l'action des autorités publiques est, évidemment, le problème de l'interprétation. La légalité exige que les juges et les autres autorités publiques n'appliquent la loi ni selon leur bon plaisir ni au pied de la lettre mais conformément aux principes d'interprétation appropriés au système juridique pris dans son ensemble. Quels sont ces principes ? La meilleure réponse que je connaisse remonte à 1584, lorsque les Barons de

l'Échiquier se sont réunis pour envisager un problème complexe d'interprétation dans l'affaire Heydon :

Et ils décidèrent que, pour une interprétation sûre et bonne de toutes les lois en général (qu'elles soient ou non pénales, qu'elles restreignent ou étendent la *common law*), quatre points devaient être distingués et pris en considération :

1. Que disait la *common law* avant l'adoption de la loi ?
2. Quels étaient le problème⁷² et le défaut pour lesquels la *common law* ne prévoyait pas de solution ?
3. Quelle a été la solution choisie et adoptée par le Parlement pour soigner la maladie du *Commonwealth* ?
4. Le vrai motif de la solution ; et, par conséquent, la mission de tous les juges est toujours de procéder à une interprétation telle qu'elle supprimera le problème et améliorera la solution⁷³.

La seule critique qu'on pourrait adresser à cette analyse, c'est de n'avoir pas inclus un cinquième point à distinguer et à prendre en considération, qu'on pourrait formuler comme suit : « De quelle façon ceux qui doivent s'orienter à l'aide des termes de cette loi peuvent-ils raisonnablement en comprendre l'intention, dès lors que la loi ne doit pas devenir un piège pour ceux qui ne sont pas capables d'en connaître les motifs de façon aussi complète que les juges ? ».

Si on garde à l'esprit l'enseignement central de la décision dans l'affaire *Heydon*, à savoir que la compréhension d'une loi requiert de comprendre le problème auquel elle était censée remédier, on pourra débarrasser le problème de l'interprétation des confusions qui l'ont généralement embrouillé. Certaines de ces confusions revêtent une apparence de bon sens qui leur a conféré une longévité imméritée. Tel est particulièrement le cas de l'idée contenue dans le passage suivant de Gray :

⁷² [NdT] Le terme anglais est « *mischief* ».

⁷³ 3 Co. Rep. 7a. Il est clair que dans le passage cité, le mot « *mischief* » est utilisé dans un sens qui n'est plus courant. Tel qu'utilisé dans l'affaire Heydon, ce terme était en réalité très proche de deux autres mots qui avaient la cote à l'époque : « *repugnancy* » et « *inconvenience* ». Tous ces termes décrivent une situation dans laquelle les choses n'allaient pas ensemble, des morceaux de chaos n'ayant pas encore été ramenés par l'effort humain à un ordre raisonné. On devrait peut-être aussi préciser que, dès lors que le compte rendu de cette décision a été rédigé par Coke, il est possible qu'il relate ce que les Barons auraient dû décider plutôt que ce qu'ils ont réellement pensé et dit.

On parle généralement de l'interprétation comme si sa fonction principale était de découvrir quelle était l'intention réelle du législateur. Mais lorsque le législateur a eu une intention réelle, dans un sens ou dans un autre, en ce qui concerne un point précis, un doute sur ce qu'était cette intention ne surgit même pas une fois sur cent [...] En réalité, les soi-disant difficultés d'interprétation surviennent en l'absence d'intention du législateur ; quand la question qui est soulevée par la loi ne lui a jamais traversé l'esprit [...] [Dans de tels cas], lorsque les juges affirment déclarer ce que le législateur a voulu dire, ils légifèrent eux-mêmes, en réalité, pour combler les *casus omissi*⁷⁴.

Il va de soi que, lors de la rédaction d'une loi, il arrive qu'une situation probable soit complètement perdue de vue par son rédacteur, de sorte qu'on peut l'imaginer dire quelque chose comme « Oups ! » quand cet oubli est porté à son attention. Mais ces situations sont loin d'être des cas typiques de problème d'interprétation. Il est plus fréquent que la loi se révèle imprécise et incomplète plutôt qu'elle ait complètement manqué une cible évidente.

On trouve, en arrière-plan de la pensée de Gray, une conception atomistique de l'intention, combinée à ce qu'on pourrait appeler une théorie-curseur de la signification. Cette opinion conçoit l'esprit comme se focalisant sur des choses particulières plutôt que des idées générales, sur des situations de fait spécifiques plutôt que sur le sens que ces situations pourraient avoir pour les affaires humaines en général. Si on prenait cette conception au sérieux, il faudrait alors comprendre l'intention du rédacteur d'une loi relative aux « armes dangereuses » comme visant une série sans fin d'objets particuliers : des revolvers, des pistolets automatiques, des poignards, des couteaux de chasse, etc. Si le tribunal applique la loi à une arme à laquelle son rédacteur n'avait pas pensé, on devrait considérer qu'il « légifère » et pas qu'il « interprète », ce qui serait encore davantage le cas pour l'application de la loi à une arme qui n'était pas encore inventée lors de son adoption⁷⁵.

⁷⁴ Gray 1921, p. 172-173.

⁷⁵ Cette conception « atomistique » de l'intention décrite dans le texte est liée à, et peut être considérée comme étant l'expression de la philosophie nominaliste. J'ai traité de l'influence de cette conception sur le mouvement du réalisme juridique

Cette conception atomistique de l'intention exerce sur les théories de l'interprétation, directement ou indirectement, une telle influence qu'il devient essentiel de lui opposer explicitement une conception plus appropriée du problème. À cette fin, je propose l'analogie suivante. Un inventeur d'appareils ménagers meurt en laissant un croquis d'une invention sur laquelle il travaillait au moment de son décès. Sur son lit de mort, il demande à son fils de continuer à travailler sur cette invention, mais il décède avant d'avoir pu lui en expliquer le but ou la façon dont il comptait la terminer. En accomplissant la volonté de son père, la première étape pour le fils serait de décider quelle était la raison d'être de l'invention projetée, à quel défaut ou à quelle insuffisance des appareils existants il était censé remédier. Il essaierait ensuite de comprendre le principe sous-jacent de l'invention projetée, le « vrai motif de la solution » dans les termes de l'affaire *Heydon*. Une fois ces problèmes résolus, il continuerait ensuite à essayer de trouver ce qui était essentiel pour compléter le croquis de l'appareil imaginé.

Posons-nous maintenant, à l'égard des actes posés par le fils, les questions qu'on se pose d'habitude en ce qui concerne l'interprétation des lois. Est-ce qu'il a été fidèle à l'intention de son père ? Si on veut dire par là : « A-t-il réalisé l'intention de son père quant à la façon dont le croquis devait être achevé ? », il n'est évidemment pas possible de répondre à la question dès lors qu'on ne sait pas si le père avait une telle intention et, dans ce cas, quelle était cette intention. Si on veut dire : « Est-il resté dans le cadre établi par son père, en acceptant la conviction de son père que l'appareil projeté répondait à un besoin et en adoptant son approche générale du problème consistant à le combler ? », alors la réponse est, au regard des faits supposés, positive. Si le fils était en mesure de faire appel à l'esprit de son père pour lui demander de l'aide, il est probable que cette aide prendrait la forme d'une collaboration avec le fils pour la solution d'un problème que le père avait laissé irrésolu. Il en va généralement de même des problèmes complexes d'interprétation. Si le rédacteur de la loi était appelé directement, il devrait normalement procéder de la même façon que le juge en se posant les questions suivantes : est-ce que

dans mon article « American Legal Realism » (Fuller 1934, p. 429, spéc. p. 443-447).

ce cas tombe dans le problème que la loi cherchait à résoudre ? Est-ce qu'il rencontre le « vrai motif de la solution » adoptée par la loi, en d'autres termes, est-ce que la solution prescrite est de nature à remédier à cette manifestation particulière du problème général visé par la loi ?

L'analogie de l'invention incomplète peut également être utile pour clarifier l'obscurité qui parcourt le vocabulaire de l'interprétation. On a tendance à penser l'intention comme étant un phénomène de psychologie individuelle alors qu'on interprète un acte collectif. Ainsi, on s'interroge sur l'intention du « législateur » alors qu'on sait qu'un tel être n'existe pas. On parle parfois de l'intention du « pouvoir législatif », bien qu'on sache que ceux qui ont voté pour la loi l'ont souvent fait en ayant des conceptions différentes de sa signification et, souvent, sans compréhension réelle de ses termes. En se rapprochant de la psychologie individuelle, on pourrait parler de l'intention du « rédacteur » mais, à nouveau, nous avons un souci. Il pourrait y avoir eu plusieurs rédacteurs, agissant à des moments différents et sans compréhension commune du but exact recherché. En outre, toute intention du rédacteur d'une loi qui demeure privée et n'a pas été communiquée est, à juste titre, considérée comme étant sans pertinence pour son interprétation correcte⁷⁶. Revenons à l'analogie de l'invention incomplète pour voir si elle nous aide à sortir de cette impasse. Il est clair que le fils, en essayant de résoudre son problème, peut trouver utile de se mettre dans l'état d'esprit de son père, en se rappelant ses façons de penser et la manière de résoudre des problèmes qui lui était propre. Il est tout aussi évident que cette façon de faire pourrait n'être ni essentielle ni utile. En effet, si le croquis incomplet provenait d'un inventeur inconnu, la tâche du fils ne serait pas nécessairement différente. Il regarderait le diagramme pour voir quel but pouvait être poursuivi par l'invention et quels principes généraux étaient sous-jacents au projet envisagé. On pourrait parler dans un tel cas de « l'intention

⁷⁶ S'exprimant sur la loi relative aux fraudes, Lord Nottingham a dit, dans *Ash v. Abdy* (3 Swanston 664, 1678) : « J'avais quelque raison de connaître le sens de cette loi dès lors qu'elle émanait de moi ». Cf. : « Si Lord Nottingham l'avait établie, il était le moins compétent pour l'interpréter ; l'auteur d'un acte ayant tendance à privilégier ce qu'il avait l'intention de dire au sens qu'il a exprimé. » (Campbell 1848, p. 423).

du projet ». Il s'agit peut-être d'une métaphore mais elle a au moins le mérite de ne pas décrire en des termes inexacts la nature de la tâche du fils. En parlant de l'intention législative, il me semble donc préférable de parler de « l'intention de la loi », tout comme Mansfield a pu parler de « l'intention de la transaction » en traitant de l'intention contractuelle⁷⁷.

On identifie souvent la fidélité à la loi en vigueur à une attitude purement passive de la part du juge. S'il agit de façon « créative », ce ne peut être que parce qu'il outrepassa sa fonction d'interprète. Ceux qui préfèrent que le droit soit créé par les juges plutôt que par les lois sont enclins à réserver un bon accueil à cette créativité et se réjouissent de voir le juge faire autant avec si peu. D'un autre côté, ceux qui se méfient du pouvoir judiciaire ont tendance à voir dans tout rôle créatif des juges une violation des principes fondamentaux et une façon d'essayer d'accroître leur pouvoir personnel. Lorsque la question est formulée dans ces termes, le problème est tout à fait mal posé. Dans le cas de l'invention incomplète, le seul fait que le fils a joué un rôle créatif ne justifie ni éloge ni critique. Il a simplement exécuté la mission qui lui avait été confiée en faisant ce qu'il avait à faire pour réaliser la volonté de son père. Le temps des éloges et des critiques ne vient que lorsqu'il est possible d'examiner ce qu'il a accompli dans ce rôle inévitablement créatif. Il en va de même des juges.

On pourrait objecter que l'analogie précitée induit en erreur. Une loi, pourrait-on dire, ne sert pas un but aussi simple et aussi aisément définissable que, par exemple, celui d'un aspirateur. Le problème social qu'elle cherche à résoudre est souvent subtil et complexe, son existence même n'étant perceptible que par ceux qui entretiennent certains jugements de valeur. À nouveau, la solution choisie par une loi pour soigner « la maladie du *Commonwealth* » ne s'apparente pas à un rouage permettant de connecter un mécanisme à un autre. Le législateur doit souvent choisir parmi une vaste gamme de solutions possibles, certaines n'offrant qu'un remède très indirect au défaut qu'il s'agit de corriger.

Tout cela peut être admis et pourtant, je pense que c'est précisément à ce niveau de défaillance apparente que la figure de l'invention incomplète s'avère la plus utile. On peut tolérer qu'une

⁷⁷ *Kingston v. Preston*, 2 Douglas 689 (1773).

certaine ambiguïté entoure le problème qu'on cherche à résoudre par l'adoption d'une loi. Mais si cette ambiguïté excède un certain point crucial, aucune virtuosité rédactionnelle et aucun don pour l'interprétation ne pourront donner du sens à la loi qui en est affectée. À nouveau, il peut y avoir un peu de jeu dans la conception du lien entre la solution et le défaut auquel elle est censée remédier sans que la loi s'en trouve inévitablement viciée. Mais si ce lien est fondamentalement mal conçu, toute possibilité d'interprétation cohérente est perdue. Supposer le contraire revient à considérer qu'il est possible de sauver une invention dont la conception est fondamentalement erronée en l'intégrant dans un beau projet tout neuf.

Voici un exemple réel d'une disposition légale qui était viciée par un défaut fondamental de conception. Il s'agit du paragraphe 5 de la section 4 de la loi relative aux fraudes, adoptée en 1677. La section 4 de la loi posait le principe que certains contrats ne devaient pouvoir être considérés comme étant exécutoires qu'à condition que la preuve de leur existence soit confirmée par un document signé. D'un autre côté, il paraissait peu judicieux d'étendre une exigence aussi sévère à tous les contrats, certains contrats oraux devant être considérés comme étant valides. Par conséquent, les rédacteurs ont été confrontés à la nécessité de décider quels types de contrats pouvaient, en tout sécurité, être laissés à l'expression orale. Cette décision a été formulée dans les termes suivants : « aucune action ne pourra être introduite [...] (5) sur la base d'une convention qui n'aura pas été exécutée dans l'année de sa conclusion ; à moins que la convention sur laquelle l'action est fondée [...] soit écrite et signée par la partie à qui on l'oppose. »

On peut dire sans se tromper que peu de textes législatifs ont donné lieu à autant d'interprétations discordantes et alambiquées que le passage qui vient d'être cité. Qu'est-ce qui a mal tourné ? La loi est exprimée en termes simples et directs. Le problème qui était visé semble assez évident. Il est également assez aisé de comprendre pourquoi les rédacteurs ont imposé la sécurité d'une preuve écrite aux contrats dont l'exécution doit se dérouler sur une période considérable ; dans les termes de Holt :

« la loi était conçue pour ne pas avoir à faire confiance à la mémoire des témoins au-delà d'un an. »⁷⁸

Les difficultés ont surgi parce que les rédacteurs n'avaient tout simplement pas bien réfléchi à la relation entre le problème et la solution qu'ils avaient élaborée pour y remédier. En premier lieu, il est évident qu'il n'existe pas de relation directe entre le moment où un témoin sera appelé à témoigner et le temps prévu pour exécuter le contrat ; l'exécution d'un contrat peut avoir été prévue dans le mois et la question de sa preuve n'être soumise à un tribunal que deux ans plus tard. En outre, les rédacteurs ne se sont pas demandé ce que les tribunaux devraient faire des contrats, qui ne sont pas rares, pour lesquels il est impossible de déterminer à l'avance le temps qu'il faudra pour les exécuter. Il en va ainsi des contrats de travail à durée indéterminée ou qui prévoient le paiement d'un montant mensuel jusqu'à la guérison de la victime. On peut étendre considérablement cette catégorie de contrats en imaginant des événements inattendus qui accélèrent ou reportent la prestation contractuelle. Dans un cas qui a été soumis aux tribunaux peu de temps après l'adoption de la loi, il a été suggéré de faire dépendre la validité du contrat du cours réel des événements⁷⁹. S'il s'avérait que la prestation était devenue exigible dans l'année, le contrat était valide ; dans le cas contraire, le contrat était inexécutable. Cette solution n'a jamais été acceptée et n'aurait pas pu l'être. Les cocontractants doivent savoir dès le début, ou à tout le moins dès que le problème apparaît, s'ils sont ou non liés par un contrat. Faire dépendre l'existence d'un contrat d'événements postérieurs à sa conclusion susciterait toutes sortes de combines et créerait la pire des confusions imaginables. En bref, les tribunaux étaient confrontés à une loi qui ne pouvait tout simplement pas être appliquée de façon à respecter l'intention trop vague de ses rédacteurs. Les Anglais ont finalement trouvé, en 1954, le seul remède à cette situation : l'abrogation pure et simple de la section litigieuse. Quant à nous, nous essayons encore toujours de trouver la solution d'un casse-tête qui n'en a pas.

Mon deuxième exemple de législation fondamentalement mal conçue date de près de trois siècles plus tard. Le défaut de cette loi est qu'il est impossible de définir dans des termes clairs le

⁷⁸ *Smith v. Westfall*, 1. Lords Raymond 317, 1697.

⁷⁹ Voy. le cas cité dans la note précédente.

problème qu'elle était censée résoudre. Lorsque la prohibition a été abrogée, les Américains avaient la ferme intention « d'empêcher le retour du saloon à l'ancienne ». Qu'est-ce que cela voulait dire ? Le saloon à l'ancienne était une chose complexe, combinant des aspects liés à l'ambiance mais également des aspects architecturaux, artistiques, commerciaux, juridiques et sociologiques. Il était hautement improbable qu'il revienne, ou puisse même revenir sous son ancienne forme, après une absence de quinze ans durant laquelle des changements sociaux fondamentaux avaient eu lieu. Pourtant, pour s'en assurer, certains États ont considéré « qu'il fallait une loi ».

Comment légiférer pour interdire quelque chose comme « le saloon à l'ancienne » ? Ce saloon avait des portes battantes ; il suffit d'interdire que des boissons soient servies derrière quoi que ce soit qui puisse être qualifié de porte battante. Dans le saloon à l'ancienne, les clients consommaient debout ; imposons-leur de s'asseoir – bien qu'il y ait tout lieu de penser que la cause de la tempérance serait mieux servie si on exigeait des buveurs qu'ils restent debout durant leur consommation. Il n'était pas possible d'acheter un repas dans ce saloon mais il arrivait qu'on reçoive à manger gracieusement. Essayons de recréer un peu de l'ambiance d'un restaurant familial dans le nouveau saloon en imposant qu'y soient servis des repas. Mais il ne faudrait pas aller trop loin. Il serait tout à fait injuste d'exiger du consommateur assoiffé qu'il achète à manger avant de recevoir à boire. L'exigence légale sera donc que le nouveau saloon soit prêt à servir de la nourriture à quiconque le souhaite, même si ces clients sont peu nombreux.

Ce n'était évidemment pas au ministère public mais à l'autorité octroyant les licences qu'incombait la responsabilité première d'administrer cette mixture allopathique de règles. Est-il possible de donner un sens de fonction sociale utile au fait de travailler pour cette autorité ? Est-il surprenant que la réglementation en ce domaine soit tristement célèbre pour son inefficacité et sa corruption ? Même si on pouvait trouver un bureaucrate consciencieux, qui se satisferait de pouvoir simplement appliquer des règles, même dépourvues de sens, le problème ne serait toujours pas réglé. Il resterait des questions insolubles d'interprétation, comme le fait de décider, par exemple,

ce que signifie être prêt à servir un repas à un client qui ne vient jamais.

Il est temps de mettre un terme à notre discussion relative au problème de l'interprétation. Il s'agit d'un sujet trop riche pour pouvoir être traité de façon exhaustive en recourant à telle analogie ou à telle métaphore. Ses exigences dépendent à ce point du contexte que des exemples ne peuvent servir qu'à donner un aperçu des principes généraux en jeu et ne peuvent exprimer les nuances exigées par l'application de ces principes à des branches du droit particulières. Avec toutes ses subtilités, le problème de l'interprétation occupe une position sensible et centrale de la moralité interne du droit. Il révèle, mieux qu'aucun autre problème, la nature coopérative de la tâche consistant à maintenir la légalité. Si l'autorité qui interprète souhaite préserver le sentiment qu'elle exécute une mission utile, le législateur ne doit pas lui imposer des tâches qui sont dépourvues de sens. Si le rédacteur des lois veut assumer ses responsabilités, il doit à son tour être capable d'anticiper des modes d'interprétation rationnels et relativement stables. Cette dépendance réciproque pénètre, de façon moins apparente, tout le système juridique. Le succès de l'entreprise visant à soumettre le comportement humain à la gouvernance des règles ne pourra jamais être garanti en concentrant en un seul endroit, quelle que soit sa position stratégique, l'intelligence, la connaissance ou la bonne volonté.

La légalité comme art pratique

Il convient de compléter cette longue analyse par quelques observations finales quant aux applications pratiques des principes de légalité.

Premièrement, un avertissement en ce qui concerne le mot « loi ». En 1941, une disposition a été ajoutée aux lois annotées du Massachusetts (ch. 2, §9), afin de faire de la mésange l'oiseau officiel du *Commonwealth*. Il est clair maintenant que l'intérêt général n'aurait pas sérieusement souffert si cette loi avait été gardée secrète ou rendue rétroactive à l'arrivée du *Mayflower*⁸⁰. En

⁸⁰ [NdT] Le *Mayflower* est un navire anglais dont les passagers ont fondé la colonie de Plymouth, dans le Massachusetts. Ils sont souvent considérés comme les fondateurs de ce qui deviendra les États-Unis.

effet, si on appelle loi tout acte officiel émanant d'un corps législatif, il peut y avoir des circonstances dans lesquelles les détails complets d'une loi doivent être gardés secrets. Tel a été le cas lorsqu'une dotation législative a été octroyée pour financer la recherche relative à une nouvelle arme militaire. Il est toujours malheureux qu'un acte de l'État soit dissimulé au public et donc mis à l'abri de la critique publique, mais il arrive qu'il faille s'incliner face à la sinistre nécessité. La Constitution elle-même, en son article V, dispose que chaque « chambre (parlementaire) doit tenir un journal de ses actes qu'elle publie de temps à autre, sauf les parties qui leur paraissent requérir le secret ». Tout cela n'est guère pertinent, cependant, pour les lois dont on discute ici⁸¹. Par exemple, je ne peux pas imaginer d'urgence qui justifierait de ne pas divulguer à la connaissance du public une loi créant une nouvelle infraction ou changeant les exigences de validité d'un testament.

Deuxièmement, les violations de la moralité du droit ont tendance à se cumuler. Négliger la clarté, la cohérence ou la publicité peut entraîner la nécessité de recourir à des lois rétroactives. Des changements législatifs trop fréquents peuvent annuler les bénéfices de procédures formelles, mais lentes, visant à faire connaître la loi. Le fait de ne pas veiller à ce que les lois puissent être respectées peut engendrer le besoin d'une exécution discrétionnaire, qui porte à son tour atteinte à la concordance entre l'action des pouvoirs publics et la règle adoptée.

Troisièmement, si la loi ne fait qu'exprimer des conceptions de ce qui est bien et mal qui sont largement partagées par une communauté, la nécessité qu'elle soit publiée et clairement formulée diminue en importance. Il en va de même du problème de la rétroactivité : si la loi reflète largement la moralité extrajuridique, ce qui apparaît, sur la forme, comme une législation rétroactive peut, sur le fond, représenter simplement la confirmation de conceptions déjà largement partagées ou en cours de formation et tendant vers la règle finalement adoptée. Lorsque, vers la fin du 16^{ème} siècle, les tribunaux anglais ont enfin accepté

⁸¹ On peut trouver une discussion portant sur certains problèmes de publicité relatifs à l'action étatique autre que celle visant à adopter des lois dans le sens usuel dans mon article « Governmental Secrecy and the Forms of Social Order » (Fuller 1959, p. 256-268).

de valider les contrats exécutoires bilatéraux, ils n'ont fait que s'aligner sur les pratiques du commerce en autorisant les parties à faire directement ce qu'elles avaient déjà été contraintes de faire par des voies détournées.

Quatrièmement, la rigueur avec laquelle les huit exigences prises dans leur ensemble doivent être appliquées, ainsi que l'ordre de priorité qu'il convient d'accorder à chacune par rapport aux autres, dépend de la branche du droit et des types de règles qui sont concernés. Ainsi, il est généralement plus important qu'un homme soit clairement averti de ses obligations légales plutôt qu'il ne soit informé avec précision des conséquences déplaisantes de leur violation ; une loi rétroactive créant une nouvelle infraction est totalement inacceptable, alors qu'une même loi allongeant une peine de prison pour une infraction existante pose moins problème. Une distinction courante entre les règles juridiques est celle qui distingue les règles imposant des devoirs de celles conférant des prérogatives légales. Les deux types de règles sont concernées, dans une certaine mesure, par les huit exigences de la moralité légale. En même temps, les règles octroyant et définissant des pouvoirs juridiques ont rarement un équivalent dans la pratique de la vie de tous les jours – le fait de se serrer la main pour conclure un contrat n'a jamais été accepté comme constituant une formalité juridique adéquate. À l'inverse, conférer rétroactivement une validité à ce qui était, en vertu du droit en vigueur, une vaine tentative d'exercer un pouvoir juridique, sera souvent considéré comme permettant de faire avancer la cause de la légalité en prévenant une confusion des droits subjectifs.

Cinquièmement et enfin, il convient de rappeler qu'au cours de notre analyse détaillée de chacune des exigences de la moralité du droit, nous avons généralement pris le point de vue d'un législateur consciencieux et désireux de faire face à ses difficultés. Cette insistance sur les nuances et les problèmes complexes ne devrait pas nous faire oublier que tous les cas ne sont pas difficiles. Chacune des exigences de la légalité peut être violée d'une façon qui ne laisse place à aucun doute. On dit de Caligula, par exemple, qu'il a respecté la tradition selon laquelle les lois de Rome devaient être affichées dans un espace public, mais qu'il a veillé à ce qu'elles soient rédigées en caractères à ce point petits et placardées si haut que personne ne pouvait les lire.

On peut éclairer le paradoxe selon lequel un sujet peut être à la fois si simple et si complexe à l'aide d'une figure d'Aristote. Dans son *Éthique*, il pose la question de savoir s'il est facile d'être équitable envers les autres. Il relève qu'on pourrait le croire, dès lors qu'il existe certaines règles établies pour un traitement équitable qui peuvent être apprises sans difficulté. L'application d'une règle simple devrait elle-même être simple. Mais ce n'est pas le cas, nous dit Aristote, invoquant son analogie favorite de la médecine : « Il est facile de connaître les effets du miel, du vin, de l'ellébore, de la cautérisation ou d'une amputation. Mais savoir comment, pour qui et quand appliquer ces remèdes n'exige rien de moins que d'être médecin. »⁸²

On pourrait dire, à notre tour : 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.

⁸² *Éthique à Nicomaque*, livre V, 1137a.

Chapitre III : Le concept de droit

Les idées de ce à quoi sert le droit étant largement implicites dans les idées de ce qu'est le droit, un bref aperçu des idées relatives à la nature du droit [...] sera utile – Roscoe Pound

Das Vergessen der Absichten ist die häufigste Dummheit, die gemacht wird. – Friedrich Nietzsche

Le but du présent chapitre est de situer l'analyse présentée dans mon deuxième chapitre parmi les théories dominantes du droit. Cette démarche vise moins à justifier mes propos par rapport à des théories opposées qu'à les clarifier davantage. Je suis d'accord qu'un livre de théorie du droit ne devrait pas se contenter d'être « un livre dans lequel on apprend ce que d'autres livres contiennent »⁸³, mais il n'en demeure pas moins que ce qu'on apprend d'autres livres (parfois de façon indirecte et sans les avoir lus) agit comme un prisme à travers lequel on perçoit toute nouvelle analyse. Le fait de confronter ses propres conceptions à un vocabulaire et à une pensée qui sont déjà largement établis constitue une partie essentielle de tout exposé.

La moralité du droit et le droit naturel

La première chose à faire est de confronter ce que j'ai appelé la moralité interne du droit à la tradition séculaire du droit naturel. Est-ce que les principes exposés dans mon deuxième chapitre représentent une sorte de droit naturel ? La réponse est, de façon emphatique mais nuancée, positive.

J'ai essayé de distinguer et d'articuler les lois naturelles d'un type particulier d'entreprise humaine, que j'ai décrite comme étant « l'entreprise visant à soumettre le comportement humain à la gouvernance des règles ». Ces lois naturelles n'ont rien à voir avec une sorte « d'omniprésence menaçante dans le ciel ». Elles n'ont pas non plus la moindre affinité avec une affirmation du genre : la contraception est une violation de la loi divine. Ces lois naturelles demeurent entièrement terrestres, tant dans leur origine que dans leur application. Il ne s'agit pas de lois « supérieures » et,

⁸³ Hart 1961, viii.

si une métaphore en termes de hauteur était pertinente, on devrait plutôt les appeler les lois « inférieures ». Elles sont comme les lois naturelles de la menuiserie, à tout le moins celles que respecte le charpentier qui veut que la maison qu'il construit tienne debout et abrite ceux qui y vivent.

Bien que ces lois naturelles touchent à une des activités humaines les plus vitales, elles n'épuisent évidemment pas l'entière de la vie morale. Elles n'ont rien à dire sur des sujets comme la polygamie, l'étude de Marx, la vénération de Dieu, l'impôt progressif sur le revenu ou l'assujettissement des femmes. Lorsqu'on se demande si un de ces sujets devrait faire l'objet d'une législation, on touche à ce que j'ai appelé la moralité externe du droit.

Une façon commode (bien qu'approximative) de décrire cette distinction serait de parler de droit naturel procédural, par opposition à un droit naturel substantiel. Ce que j'ai appelé la moralité interne du droit est, en ce sens, une version procédurale de droit naturel. Cependant, pour éviter tout malentendu, le mot « procédural » devrait être interprété largement, de façon à inclure par exemple une concordance substantielle entre la loi adoptée et l'action des pouvoirs publics. Le terme « procédural » est, cependant, globalement approprié pour indiquer qu'on ne s'intéresse pas aux objectifs de fond des règles juridiques, mais à la façon dont un système de règles visant à gouverner le comportement humain doit être construit et administré s'il veut être efficace, tout en demeurant ce qu'il prétend être.

Quel lien peut-on trouver, dans l'histoire de la pensée juridique et politique, entre les principes que j'ai exposés dans mon deuxième chapitre et la doctrine de droit naturel ? Ces principes font-ils intégralement partie de la tradition de droit naturel ? Sont-ils invariablement rejetés par les penseurs positivistes qui s'opposent à cette tradition ? Il n'est pas possible de donner une réponse simple à ces questions.

Il est clair qu'aucune réponse claire ne provient des positivistes. Austin définissait le droit comme l'ordre d'une autorité politique supérieure. Pourtant, il insistait sur le fait que les « lois dignes de ce nom » étaient des règles générales et que les « ordres occasionnels ou particuliers » n'étaient pas du droit⁸⁴.

⁸⁴ Voy. *supra* note 36.

Bentham, qui utilisait un vocabulaire haut en couleur lorsqu'il critiquait le droit naturel, s'est toujours préoccupé de certains aspects de ce que j'ai appelé la moralité interne du droit. En effet, il paraissait presque obsédé par la nécessité de rendre les lois accessibles à leurs destinataires. À l'inverse et plus récemment, Gray a estimé que la question de savoir si le droit devait prendre la forme de règles générales présentait peu « d'importance pratique », tout en admettant que des exercices isolés et spécifiques du pouvoir juridique ne convenaient guère à la théorie du droit⁸⁵. Pour Somlo, on peut condamner les lois rétroactives en raison de leur caractère injuste mais on ne peut en aucun cas considérer qu'elles violeraient un présupposé général sous-jacent au concept de droit lui-même⁸⁶.

Quant aux penseurs qu'on associe à la tradition du droit naturel, on peut affirmer sans se tromper qu'aucun d'entre eux n'afficherait la désinvolture d'un Gray ou d'un Somlo envers les exigences de la moralité interne du droit. D'un autre côté, leur intérêt principal porte sur ce que j'ai appelé le droit naturel substantiel et sur les fins adéquates qu'il convient d'atteindre à l'aide des règles de droit. Il me semble qu'ils n'abordent les exigences de la moralité du droit⁸⁷ que de façon incidente, même si, à l'occasion, ils consacrent des développements considérables à l'une ou l'autre de ses dimensions. Thomas d'Aquin est tout à fait représentatif à cet égard. En ce qui concerne le besoin de règles générales (par opposition à la décision de controverses au cas par cas), il propose une démonstration étonnamment élaborée, et notamment l'argument selon lequel les hommes sages étant toujours rares, la prudence économique commande de faire partager leurs talents en les faisant travailler à la rédaction de règles générales que des hommes moins capables pourront alors appliquer⁸⁸. En revanche, lorsqu'il explique pourquoi Isidore exigeait des lois qu'elles soient « exprimées clairement », il se

⁸⁵ Voy. note 36.

⁸⁶ « *Es kann somit bloss ein Rechtsinhaltsprinzip sein, das die rückwirkende Kraft von Rechtsnormen ausschliesst, nicht ein Voraussetzungsprinzip* » (Somlo 1927, p. 302). Voy. aussi *supra* note 44.

⁸⁷ [NdT] Lorsque l'auteur ne précise pas de quelle moralité du droit il s'agit, il vise toujours la moralité interne (procédurale) et non externe (substantielle).

⁸⁸ *Summa Theologica*, Pt. I-II, quest. 95, art. 1.

contente de dire que c'est souhaitable pour prévenir « tout préjudice résultant du droit lui-même »⁸⁹.

En réalité, je crois qu'on peut dire de tous les auteurs, quelle que soit leur conviction philosophique, que, lorsqu'ils traitent des problèmes de la moralité du droit, ils le font généralement de façon occasionnelle et incidente. Ce n'est pas difficile de comprendre pourquoi. Les hommes ne voient généralement pas le besoin d'expliquer ou de justifier ce qui est évident. Il est probable que pratiquement tous les philosophes du droit qui ont joué un rôle dans l'histoire des idées ont eu l'occasion de déclarer que les lois devaient être publiées de sorte que ceux qui y sont soumis puissent les connaître. Peu, cependant, ont ressenti le besoin de développer les raisons d'une telle proposition ou de l'intégrer dans une théorie plus large.

D'une certaine façon, il est dommage que les exigences de la moralité du droit soient généralement considérées comme étant à ce point évidentes. Cette apparence en a dissimulé les subtilités et a conduit les hommes à croire, à tort, qu'aucune analyse rigoureuse du sujet n'était nécessaire, ni même possible. Lorsqu'on affirme, par exemple, que le droit ne doit pas se contredire, il semble qu'il n'y ait rien d'autre à en dire.

Pourtant, ainsi que j'ai essayé de le montrer, le principe de non-contradiction peut parfois devenir un des principes de la moralité interne du droit les plus complexes à appliquer⁹⁰.

Il existe une exception importante au constat selon lequel les principes de légalité n'ont reçu qu'un traitement incident dans l'histoire de la pensée juridique et politique. On la trouve dans la littérature qui est apparue en Angleterre durant le dix-septième siècle, soit un siècle de protestations, de destitutions, de complots et de guerre civile, une période durant laquelle les institutions existantes ont été soumises à un réexamen fondamental.

C'est à cette période que les auteurs de doctrine font remonter les « fondations jusnaturalistes » de la Constitution américaine. Cette littérature – curieusement incarnée principalement dans les deux extrêmes que sont les pamphlets anonymes et les décisions judiciaires – fut intensément et presque entièrement consacrée aux problèmes que je considère comme

⁸⁹ *Summa Theologica*, Pt. I-II, quest. 95, art. 3.

⁹⁰ *Supra*, p. 74-79.

étant ceux de la moralité interne du droit. Elle traitait des « *repugnancies* »⁹¹, des lois impossibles à respecter, des Parlements s'écartant de leurs propres lois avant même de les avoir abrogées. Deux échantillons représentatifs de cette littérature se trouvent en tête de mon deuxième chapitre⁹², mais la déclaration la plus célèbre de toute cette période est celle de Coke dans l'arrêt *Dr. Bonham*.

Henry VIII avait donné des pouvoirs importants au Collège Royal des Médecins (par une concession confirmée plus tard par le Parlement), leur permettant d'octroyer des licences et de réguler la pratique de la médecine à Londres. Le Collège se vit conférer le droit de juger des infractions à ses règles, d'imposer des amendes et de prononcer des peines d'emprisonnement. Dans le cas d'une amende, la moitié revenait au Roi, l'autre au Collège lui-même. Thomas Bonham, un docteur en médecine de l'Université de Cambridge, entreprit de pratiquer la médecine sans le certificat du Collège. Il fut jugé par celui-ci, puni d'une amende et ensuite emprisonné. Il intenta un procès pour détention arbitraire.

Dans le jugement de Coke, qui donne raison à Bonham, on trouve ce célèbre passage :

Les censeurs [du Collège] ne peuvent à la fois être juges, procureurs et parties ; juges pour prononcer la sentence ou le jugement ; procureurs pour assigner ; et parties pour obtenir la moitié de la somme confisquée ; *quia aliquis non debet esse Judex* [sic] *in propria causa, imo iniquum est aliquem suae rai* [sic] *esse judicem* ; on ne peut à la fois être juge et avocat d'une des parties...

Et il apparaît dans nos livres que, dans de nombreux cas, la *common law* contrôlera les Actes du Parlement, et parfois les déclarera totalement nuls : car lorsqu'un Acte du Parlement va à l'encontre du droit et du sens communs, ou qu'il est

⁹¹ [NdT] Pour une explication de ce terme, voy. *supra* note 59.

⁹² *Supra*, p. 43. On trouvera un superbe compte rendu de cette littérature dans Gough 1954.

contradictoire, ou impossible à exécuter, la *common law* le contrôlera, et déclarera nul un tel Acte⁹³.

Aujourd'hui, cette déclaration est souvent considérée comme étant la quintessence du point de vue du droit naturel. Il est cependant intéressant de relever à quel point il insiste lourdement sur les procédures et les pratiques institutionnelles. En effet, il n'y a qu'un passage qui peut être relié à la justice substantielle, celui qui parle des actes parlementaires qui vont « à l'encontre du droit [...] commun [...] ». Cependant, par ces termes, Coke a pu tout aussi bien avoir à l'esprit des droits acquis par la loi puis ôtés par celle-ci ; le type de problème, en d'autres mots, qui peut se poser en cas de législation rétroactive. Il peut paraître curieux de parler de lois contradictoires dans un contexte qui concerne principalement le fait qu'il est inapproprié qu'un homme agisse comme juge de sa propre cause. Et pourtant, pour Coke, il s'agissait d'idées étroitement associées. Les institutions peuvent être aussi odieuses que les règles peuvent être inconciliables entre elles. Coke et ses collègues magistrats ont lutté pour créer un esprit d'impartialité au sein du pouvoir judiciaire, dans lequel il serait impensable qu'un juge siège dans sa propre cause. Ensuite, le Roi et le Parlement sont venus, de façon déplaisante et incongrue, perturber cet effort en créant un « tribunal » de médecins pour juger les violations de leur propre monopole et collecter à leur profit la moitié des amendes. Lorsque Coke a dénoncé le caractère odieux de cette indécence législative, il n'a pas simplement exprimé son dégoût mais il a aussi voulu dire que cette situation allait en sens inverse du but poursuivi par leurs efforts essentiels.

L'opinion commune parmi les auteurs modernes selon laquelle Coke trahit dans ce passage une adhésion naïve au droit naturel ne nous aide pas beaucoup à comprendre le climat intellectuel du dix-septième siècle. Par contre, elle nous en dit beaucoup sur notre propre époque, une époque, à tout le moins sous certains cieux, qui croit qu'aucun appel à la nature humaine ou à la nature des choses ne sera jamais autre chose qu'un prétexte pour masquer une préférence subjective et que, sous la rubrique « préférence subjective », on peut ranger indifféremment des

⁹³ 8 Rep. 118a, 1610. Pour une analyse intéressante de la pertinence qu'a eu ce passage pour la décision dans l'action intentée par le docteur Bonham, voy. Thorne 1938, p. 543-552.

propositions aussi éloignées que l'exigence de clarté des lois ou celle selon laquelle le citoyen ne doit pas être taxé davantage que ce qu'il reçoit en retour de l'État.

La façon de penser de ceux qui ont créé notre république et notre Constitution était beaucoup plus proche de celle de l'époque de Coke que de la nôtre. Ils se préoccupaient également d'éviter les abominations dans leurs institutions et, à cette fin, veillaient à ce que celles-ci conviennent à la nature humaine. Hamilton rejetait « l'hérésie politique » du poète qui écrivait :

Pour les formes de gouvernement laissons les fous contester
Que la meilleure est celle qui est la mieux administrée⁹⁴.

Afin de défendre le pouvoir des juges de déclarer inconstitutionnels les actes du Congrès, Hamilton soulignait que le pouvoir judiciaire ne peut jamais être entièrement passif à l'égard de la législation. Même en l'absence d'une constitution écrite, les juges sont obligés, par exemple, de développer une règle pour traiter des textes contradictoires, cette règle n'étant pas dérivée « du droit positif mais de la nature et de la raison de la chose »⁹⁵.

La question de savoir si les tribunaux, en interprétant la Constitution, doivent être influencés par des considérations tirées du « droit naturel » continue à faire débat dans notre pays⁹⁶. Selon moi, ce débat pourrait davantage contribuer à clarifier le problème si une distinction était opérée entre un droit naturel des fins substantielles et un droit naturel relatif aux procédures et aux institutions. Il faut admettre, cependant, que l'expression « droit naturel » a été à ce point mal utilisée de part et d'autre qu'il est difficile de retrouver une attitude sereine à son égard.

Ce qui est tout à fait clair, c'est que de nombreuses dispositions de la Constitution peuvent être considérées, selon ma terminologie, comme étant imprécises et incomplètes⁹⁷. Cela signifie que leur signification doit être complétée, d'une façon ou d'une autre. Ceux dont le sort dépend, dans une certaine mesure,

⁹⁴ *The Federalist*, n°68.

⁹⁵ *The Federalist*, n°78.

⁹⁶ Au sein de la Cour suprême, le débat a été initié par un échange entre les juges Black et Frankfurter dans l'arrêt *Adamson v. California*, 332 U.S. 46, 1947.

⁹⁷ P. 93 *supra*.

de l'acte créatif d'interprétation dont résultera cette signification, de même que ceux qui en portent la responsabilité, doivent espérer que l'interprétation repose le plus possible sur des fondements sûrs et imprégnés par les nécessités de l'État démocratique et de la nature humaine.

Je crois que le domaine dans lequel cet idéal se trouve le plus à notre portée est la partie du droit constitutionnel qui s'occupe de ce que j'ai appelé la moralité interne du droit. Dans cette matière, il est fréquent que l'interprétation s'écarte largement des termes explicites de la Constitution, tout en respectant l'intention implicite qui sous-tend la structure étatique prise dans son ensemble. Par exemple, la Constitution n'interdit pas explicitement les législations vagues ou obscures. Je serais surpris cependant que quiconque qualifie d'usurpation judiciaire la décision selon laquelle une loi pénale viole le « *due process of law* »⁹⁸ si elle échoue à donner une description suffisamment claire de l'acte qu'elle interdit⁹⁹. Lorsqu'on réfléchit aux problèmes de rédaction d'une constitution, la justification de cette absence devient évidente. Si une disposition explicite interdisant les lois vagues devait être incluse dans la Constitution, il faudrait un critère, explicite ou implicite, déterminant le degré d'obscurité inacceptable. Ce critère devrait être formulé dans des termes assez généraux. Si on part du présupposé que le droit gouverne et juge les actions humaines à l'aide de règles générales, toute loi pénale devrait être suffisamment claire pour donner au citoyen un avertissement adéquat quant à la nature de l'acte interdit, d'une part, et pour fournir des lignes directrices convenables pour poser un jugement conforme à la loi, d'autre part. Si on veut résumer tout cela en une phrase, il sera difficile de trouver une meilleure expression que celle de « *due process of law* ».

La Constitution invalide toute « loi qui porterait atteinte aux obligations résultant de contrats ». Les tribunaux ont pourtant considéré qu'une loi qui *renforcerait* indûment les obligations d'un contrat existant pourrait être tout aussi inacceptable et, par conséquent, inconstitutionnelle¹⁰⁰. On peut être surpris par cette solution mais elle repose sur une base constitutionnelle solide. Le

⁹⁸ Sur cette notion, voy. *supra* note 28.

⁹⁹ Voy. les références à la note 52, *supra*.

¹⁰⁰ Ces décisions sont examinées dans Hale 1944, p. 512, 514-516.

contexte de cette clause montre clairement qu'elle était perçue comme une des manifestations du fléau général de la rétroactivité des lois, les rédacteurs s'étant retenus (à juste titre, vu la difficulté de la tâche) d'essayer d'adopter une mesure couvrant le sujet de façon exhaustive. Quand on confronte cette clause à son objectif, il devient évident que la même objection qui s'applique aux lois réduisant les obligations de contrats existants peut également s'appliquer aux lois qui en étendent la portée. En assumant les risques propres à tout engagement contractuel, un homme peut légitimement prendre en compte ce que le droit en vigueur prévoit comme obligation en cas de défaillance contractuelle. Si la loi est ensuite radicalement modifiée en sa défaveur, le législateur a trompé sa confiance.

On pourrait penser que j'attribue, par ces quelques observations, des qualités contradictoires à la moralité interne du droit. J'ai suggéré que cette moralité ne se prêtait guère à une formulation dans une constitution écrite. J'ai affirmé en même temps que l'interprétation judiciaire, en traitant de questions relatives à la moralité interne du droit, pouvait opérer avec un degré de confiance particulier dans son objectivité, malgré les expressions constitutionnelles fragmentaires et inadéquates sur lesquelles elle doit se fonder. Comment peut-on penser qu'une tâche à ce point difficile pour le rédacteur qu'il doit laisser son œuvre à moitié inachevée puisse fournir des lignes directrices relativement solides pour l'interprétation judiciaire ?

Je pense avoir déjà répondu à cette question, quoiqu'en des termes inhabituels. J'ai décrit la moralité interne du droit comme relevant principalement de la moralité d'aspiration et non de la moralité du devoir¹⁰¹. Bien qu'on puisse concevoir cette moralité comme étant composée d'exigences distinctes – j'en ai distingué huit – on ne peut considérer celles-ci comme des catégories totalement indépendantes¹⁰². Elles sont toutes des moyens dirigés vers une même fin et, selon les circonstances, la mobilisation optimale de ces moyens peut changer. Ainsi, un écart involontaire par rapport à une des exigences peut requérir, à titre de compensation, de s'écarter d'une autre exigence ; tel est le cas

¹⁰¹ Voy. p. 51-53 *supra*.

¹⁰² Voy. p. 51-55 *supra*, et *passim* dans le deuxième chapitre.

lorsqu'il faut remédier à une publicité insuffisante donnée à une nouvelle formalité par l'adoption d'une législation rétroactive¹⁰³. À d'autres moments, le fait de négliger une des exigences peut imposer un fardeau supplémentaire à une autre ; ainsi, lorsque les lois sont fréquemment modifiées, l'exigence de publicité devient de plus en plus sévère. En d'autres termes, les éléments qui composent la légalité doivent, au gré des circonstances, être combinés et recombinaés selon une sorte de calcul économique qui les adaptera au cas particulier.

Il me semble qu'on peut en conclure que c'est au sein de la partie du droit constitutionnel traitant de la moralité interne du droit que l'institution du contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois est à la fois la plus nécessaire et la plus effective. Lorsqu'elle le peut, la Cour devrait limiter son contrôle en ce sens. Selon moi, la Cour suprême s'est, à cet égard, assez clairement fourvoyée dans l'affaire *Robinson v. California*¹⁰⁴. Selon la majorité des juges, la question en jeu était de savoir si une loi pouvait, sans violer la Constitution, rendre la toxicomanie passible d'une peine d'emprisonnement de six mois. Il était pourtant admis scientifiquement qu'une telle addiction pouvait résulter d'un comportement innocent. La Cour a considéré que la loi violait le Huitième Amendement en imposant un « châtiment cruel et exceptionnel ».

Il va de soi que le fait d'être envoyé en prison pour six mois n'est pas, d'habitude, considéré comme un « châtiment cruel et exceptionnel » – une formule qui évoque à la fois le pilori et le bûcher. Afin de rencontrer cette objection, la Cour a argumenté qu'en décidant si un châtiment était cruel et exceptionnel, il fallait prendre en compte la nature de l'infraction qu'il sanctionne. La Cour a, de la sorte, inutilement pris sur elle la responsabilité – accablante, même si elle a été qualifiée de sublime – de faire correspondre la peine au crime.

Ce passage par la justice substantielle n'était, me semble-t-il, pas du tout nécessaire. Nous disposons d'une interdiction constitutionnelle expresse des lois rétroactives et d'une règle bien établie de droit constitutionnel selon laquelle une définition légale d'une infraction doit rencontrer certains critères minimaux de

¹⁰³ Voy. p. 101 *supra*.

¹⁰⁴ 370 U.S. 660, 1962.

clarté. Ces deux contraintes imposées à la liberté législative découlent du principe que le droit pénal doit être présenté au citoyen d'une façon telle que celui-ci puisse y conformer son comportement et qu'il puisse, en bref, y obéir. Se retrouver, malgré soi, toxicomane ne peut être interprété comme constituant un acte positif, a fortiori un acte de désobéissance. Ramener la décision dans l'affaire *Robinson v. California* dans les confins traditionnels du « *due process* » n'aurait pas davantage posé problème que si une loi pénale avait été gardée secrète par le législateur jusqu'à ce qu'une personne soit inculpée (il faut rappeler que notre Constitution ne contient aucune disposition expresse imposant la publicité des lois).

La moralité du droit et le concept de droit positif

Il s'agit maintenant de confronter la conception du droit, qui est implicite dans ces chapitres, aux définitions actuelles du droit positif. La seule formulation d'une définition du droit que j'ai proposée jusqu'à présent est maintenant connue : le droit est l'entreprise visant à soumettre la conduite humaine à la gouvernance des règles. À la différence de la plupart des théories du droit modernes, l'opinion que je défends traite le droit comme une activité et considère qu'un système juridique est le produit d'un effort intentionnel¹⁰⁵ soutenu. Comparons les implications d'une telle conception aux autres conceptions qui pourraient s'y opposer.

La première théorie que je vais examiner se situe, tant dans son état d'esprit que dans ses priorités, à l'opposé de celle défendue dans cette étude et pourtant, de façon paradoxale, elle promeut une thèse qui peut être aisément réconciliée avec la mienne. Il s'agit de la célèbre thèse prédictive de Holmes : « La prédiction de ce que feront en fait les tribunaux, et rien de plus prétentieux, voilà ce que j'appelle le droit. »¹⁰⁶

¹⁰⁵ [Ndt] La notion de « purpose » occupe une place fondamentale dans la pensée de Fuller. Le terme peut notamment être traduit par « but », « objectif » ou « intention ». Selon les contextes, l'une ou l'autre de ces traductions sera utilisée et l'expression « purposive effort » sera, comme ici, traduite par les termes : « effort intentionnel ».

¹⁰⁶ Holmes 1897, p. 461.

Il est clair cependant que l'aptitude à prédire présuppose un certain ordre. La théorie prédictive du droit doit par conséquent postuler une certaine constance dans les influences qui déterminent ce que « feront en fait les tribunaux ». Holmes a choisi de s'abstenir d'étudier ces influences pour se concentrer sur ce qui constitue l'avant-garde du droit.

Il a lui-même justifié cette abstention par la volonté de tracer une distinction claire entre droit et moralité. Mais il n'a pu se convaincre d'avoir atteint cet objectif qu'en s'empêchant de décrire le processus même de prédiction. Si on veut prédire de façon intelligente ce que feront les tribunaux en fait, on doit se demander ce qu'ils essaient de faire. Il faut en effet aller plus loin et participer indirectement à l'effort dans son ensemble, qui tend à créer et à maintenir un système d'orientation du comportement humain par des règles. Si on veut comprendre cet effort, on doit admettre que beaucoup de ses problèmes habituels sont de nature morale. Ainsi, on doit se mettre à la place du juge qui est confronté à une loi extrêmement vague mais qui révèle assez clairement dans son préambule un objectif que le juge estime manifestement peu judicieux. On doit partager l'angoisse du rédacteur de lois épuisé qui se dit, à deux heures du matin : « Je sais qu'il faut que ce texte soit correct, sinon des gens pourraient se retrouver à tort devant les tribunaux, mais combien de temps dois-je passer à le réécrire ? ».

Le fait de se concentrer sur ce qu'impose le droit en faisant abstraction de l'effort intentionnel qui a présidé à sa création n'est en aucun cas une spécificité de la théorie prédictive de Holmes. Le professeur Friedmann, en essayant d'offrir un concept neutre du droit débarrassé de toute idée particulière de justice substantielle, propose par exemple la définition suivante :

Le concept de *Rule of Law* signifie simplement « l'existence d'un ordre public », à savoir un gouvernement organisé, fonctionnant à l'aide des différents instruments et canaux du commandement juridique. En ce sens, toutes les sociétés modernes vivent sous la *Rule of Law*, aussi bien les États fascistes que socialistes et libéraux¹⁰⁷.

Il est clair qu'en faisant régner la terreur, on peut imposer un semblant d'« ordre public » en gardant les citoyens hors des

¹⁰⁷ Friedmann 1951, p. 281.

rues et en les contenant dans leurs foyers. Manifestement, ce n'est pas le type d'ordre que Friedmann a à l'esprit lorsqu'il parle de « gouvernement organisé, fonctionnant à l'aide des différents instruments et canaux du commandement juridique ». Mais, au-delà de cette indication vague du type d'ordre auquel il songe, il ne dit rien. Il exprime clairement, cependant, sa conviction que le droit de l'Allemagne nazie était tout autant du droit que celui de toute autre nation. Inutile de dire que mon analyse s'oppose radicalement à une telle proposition.

La plupart des théories du droit, soit affirment explicitement, soit partent du présupposé implicite qu'un des traits distinctifs du droit consiste dans l'usage de la coercition ou de la force. À cet égard, le concept de droit que j'ai défendu contredit la définition suivante, proposée par un anthropologue qui cherche à identifier l'élément « juridique » distinctif parmi les différentes formes d'ordre social qui constituent une société primitive :

Pour les besoins de la présente étude, le droit peut être défini en ces termes : une norme sociale est juridique si le fait de la négliger ou de l'enfreindre est régulièrement suivi, que ce soit par des menaces ou en fait, par l'application de la force physique par un individu ou un groupe possédant le privilège socialement reconnu d'agir de la sorte¹⁰⁸.

Il est largement admis dans les écrits modernes que la possibilité pour le droit de recourir à la force physique permet de l'identifier et de le distinguer d'autres phénomènes sociaux. Selon moi, cette conception a sérieusement embrouillé la réflexion relative aux fonctions du droit et il n'est pas inutile de se demander comment une telle identification a vu le jour.

Tout d'abord, compte tenu de la nature humaine, il est parfaitement clair qu'un système de règles juridiques peut perdre son efficacité s'il se permet d'être remis en cause par la violence brute. Parfois, la violence ne peut être contenue que par la violence. Il est donc tout à fait prévisible qu'il y ait normalement, dans une société, des mécanismes prêts à faire usage de la force pour soutenir la loi en cas de nécessité. Mais cela ne justifie en aucune façon de faire de l'utilisation, ou de l'utilisation potentielle

¹⁰⁸ Hoebel 1954, p. 28.

de la force, une caractéristique permettant d'identifier le droit. La science moderne dépend largement de l'utilisation d'appareils de mesure et d'analyse ; sans de tels appareils, elle n'aurait pu accomplir ce qu'elle a accompli. Personne n'en conclurait pour autant que la science doit être définie comme l'utilisation d'appareils de mesure et d'analyse. Il en va de même du droit. Il existe une grande différence entre ce qu'il est prévisible que le droit fasse pour réaliser ses objectifs et ce qu'il est.

Il y a un autre facteur qui tend à identifier le droit à la force. C'est précisément lorsque le système juridique lui-même recourt à la violence qu'on lui impose les exigences les plus sévères du « *due process* ». Dans les nations civilisées, c'est dans les affaires pénales qu'on est le plus exigeant quant aux garanties visant à ce que le droit reste fidèle à lui-même. Ainsi, cette branche du droit qu'on identifie le plus à la force est aussi celle qu'on associe le plus étroitement aux formalités, aux rituels et au « *due process* »¹⁰⁹. Cette identification présente une pertinence particulière pour les sociétés primitives, dans lesquelles il est probable que les premières étapes vers un système juridique soient relatives à la prévention ou à la réparation de débordements de violence privée.

Ces considérations expliquent, mais ne justifient pas, la tendance moderne à voir dans la force physique un trait distinctif du droit. Mettons cette identification à l'épreuve à l'aide d'un cas hypothétique. Une nation n'admet les commerçants étrangers à l'intérieur de ses frontières qu'à la condition qu'ils déposent une somme d'argent substantielle à la banque nationale, afin de garantir qu'ils respecteront les lois particulières qui s'appliquent à leurs activités. Ce corps de règles est appliqué en toute intégrité et, en cas de différend, est interprété et appliqué par des tribunaux spéciaux. Si une infraction est établie, l'État impose, sur la base d'une injonction judiciaire, une amende qui prend la forme d'un prélèvement de la garantie du commerçant. Ce prélèvement ne requiert aucun recours à la force mais une simple opération comptable et aucun recours à la force ne peut permettre au commerçant de l'empêcher. Il serait certainement saugrenu de dénier à ce système la qualification de « droit » simplement parce qu'il n'a pas eu l'occasion de recourir à la force, ou à sa menace,

¹⁰⁹ Sur cette notion, voy. *supra* note 28.

afin de réaliser ses exigences. En revanche, on pourrait lui refuser une telle qualification s'il était établi que ses règles publiées et ses juges en toge n'étaient qu'une simple façade pour un acte de confiscation illicite.

Il me semble que les enseignements de cet exemple me dispensent de devoir examiner en détail la question suivante : que signifie la « force » lorsqu'on la prend comme trait distinctif du droit ? Si, dans une société théocratique, la menace du feu de l'enfer suffit à garantir l'obéissance aux lois, s'agit-il d'une « menace de recours à la force » ? Si c'est le cas, alors la force acquiert une nouvelle signification et indique simplement qu'un système juridique, pour mériter cette qualification, doit avoir une efficacité minimale en pratique, quelle que soit la base de cette efficacité – une proposition qui est à la fois indiscutable et sans grand intérêt.

La plupart des théories du droit associent étroitement l'élément de force à la notion d'une hiérarchie formelle du commandement ou de l'autorité. Dans le passage précité de Hoebel, cette association était absente parce qu'en tant qu'anthropologue, il s'intéressait au droit primitif, soit un système juridique dans lequel une organisation hiérarchique de l'autorité clairement définie fait généralement défaut. Depuis l'émergence de l'État national, cependant, de nombreux philosophes du droit, de Hobbes à Kelsen et Somlo en passant par Austin, ont identifié l'essence du droit à une structure pyramidale du pouvoir étatique. Cette opinion fait abstraction de l'activité intentionnelle qui est nécessaire pour créer et maintenir un système de règles de droit, se contentant de décrire le cadre institutionnel dans lequel cette activité est censée avoir lieu.

La philosophie du droit a payé cher cette omission. De nombreux débats, au sein de l'école de pensée souffrant de cette abstraction, se trouvent ainsi privés de tout principe intelligible qui permettrait de les résoudre. Prenons, par exemple, la question de savoir si le « droit » inclut seulement des règles d'une certaine généralité ou embrasse également « les commandements particuliers ou occasionnels ». Pour certains, le droit implique une certaine généralité, ce qui est contesté par d'autres. Les premiers ne sont pas d'accord sur la façon de définir la généralité ; exige-t-elle une catégorie d'actes, une catégorie de personnes, ou les

deux¹¹⁰ ? Tout le débat, qui repose uniquement sur une affirmation et son contraire, aboutit à une impasse. Selon moi, il n'a aucun sens, à moins de partir de la vérité évidente que le citoyen ne peut pas orienter son comportement à partir du droit, s'il est confronté à une série d'exercices du pouvoir étatique qui sont sporadiques et sans logique.

Si on se demande à quoi sert la conception du droit comme hiérarchie de commandements, on pourrait répondre qu'elle représente l'expression juridique de l'État national politique. Une réponse moins vague et, me semble-t-il, plus correcte, serait de dire qu'elle exprime le souci de résoudre les conflits au sein d'un système juridique. En réalité, cela revient à convertir un des principes de la moralité interne du droit – celui qui condamne les lois contradictoires – en principe absolu au détriment des autres. Chez Kelsen et Somlo, cette focalisation sur la cohérence interne est explicitement présentée comme un élément fondamental de leurs théories¹¹¹. Il est évidemment souhaitable d'éviter des contradictions à l'intérieur d'un système juridique ou de les soumettre à une résolution lorsqu'elles apparaissent. Mais, en examinant la question sans prendre position au préalable, comment justifier une préférence quelconque, lorsqu'il s'agit de choisir entre un système plein de contradictions et un système dans lequel les règles sont tellement vagues qu'il est impossible de savoir si elles se contredisent ou non ?

On pourrait répondre que le bon sens et le souci de rendre ses mesures effectives amèneront généralement le législateur à rendre ses lois raisonnablement claires, alors que les contradictions résultant de l'application de mêmes règles par des autorités différentes constituent un problème éternel. Avant de se contenter de cette réponse, il faudrait sans doute réfléchir à la tentation, très réelle pour le législateur, de rédiger des lois vagues. Plus fondamentalement, il est toujours préférable de clarifier un problème et de lui chercher des solutions adéquates, plutôt que d'essayer de l'évacuer par une définition péremptoire. C'est très bien de définir le droit comme ne pouvant pas contenir de contradictions dès lors qu'en théorie, il existe toujours une

¹¹⁰ Voy. *supra* note 37.

¹¹¹ Voy. Kelsen 1945, p. 401-404 et le verbo de l'index « Non-contradiction, principle of » ; Somlo 1927, verbo de l'index « Widersprüche des Rechts ».

instance supérieure qui peut résoudre les différends du niveau inférieur. Mais cela ne résout pas les problèmes pratiques en la matière, particulièrement celui de clarifier ce qui, dans les cas limites, doit être considéré comme une contradiction. Bien que Kelsen et Somlo fassent grand cas du problème de la résolution des contradictions, aucun des deux n'examine, pour autant que je puisse en juger, le moindre problème du type de ceux pouvant se présenter en pratique. Tout le débat porte plutôt sur des abstractions du genre : « il est logiquement impossible d'affirmer à la fois 'A devrait être' et 'A ne devrait pas être' »¹¹² – une proposition qui n'est certainement pas de nature à aider un juge qui se débat avec une loi dont une disposition semble imposer une taxe à A alors qu'une autre l'en exempte. Un juge, confronté à une telle loi, ne trouvera pas davantage utile le principe de Somlo selon lequel, lorsqu'il existe une vraie contradiction, et non une contradiction simplement apparente, les règles opposées doivent être considérées comme s'annulant l'une l'autre¹¹³.

Même si on pouvait résoudre tous les problèmes de contradiction par une définition, il n'est absolument pas évident qu'une hiérarchie bien définie de l'autorité soit toujours le meilleur moyen pour résoudre des conflits au sein d'un système juridique. Lorsqu'il se demande quel est le droit applicable quand les tribunaux inférieurs sont en désaccord, Gray présuppose une hiérarchie juridictionnelle et donne la réponse évidente que, dans un tel cas, le droit est ce que décide la Cour suprême¹¹⁴. Mais on peut parfaitement imaginer un système de tribunaux de même rang, dans lequel les juges se réuniraient de temps en temps pour aplanir leurs différends, au terme d'une discussion et d'ajustements réciproques. Il ne fait aucun doute qu'une telle méthode était appliquée lorsque les juges d'appel présidaient des procès et soumettaient les cas délicats à l'assemblée plénière de la cour.

Dans ce pays, les industries syndiquées ont une institution qu'on a appelée « jurisprudence sociale ». Les règles régissant les relations au sein d'une usine sont décidées, non par un texte

¹¹² Kelsen 1945, p. 374.

¹¹³ Somlo 1927, p. 383.

¹¹⁴ Gray 1921, p. 117.

émanant d'un corps législatif, mais par un accord conclu entre la direction et les syndicats. L'instance juridictionnelle de ce système juridique est constituée d'arbitres, également choisis par convention. Dans un tel système, il existe évidemment des risques d'échec. Il est possible qu'à défaut d'accord entre la direction et le syndicat, la charte fondamentale des droits des parties ou la convention collective ne puissent être adoptées. Lorsqu'un différend surgit au sujet d'un accord négocié avec succès, il est possible que les parties échouent à se mettre d'accord sur le choix de l'arbitre. Généralement, cependant, on adopte une disposition formelle en prévision de cette possibilité ; à défaut d'accord sur l'arbitre, l'Association américaine d'arbitrage peut, par exemple, être autorisée à le nommer. Mais une telle disposition n'est ni indispensable pour le succès de la procédure, ni une garantie contre son échec. Tous les systèmes juridiques peuvent échouer, y compris ceux qui sont dotés de la voie hiérarchique la plus parfaitement organisée.

Lorsqu'il discute des théories qui identifient le droit à une organisation hiérarchique de l'autorité, Pachoukanis observe avec perspicacité¹¹⁵ que, si la qualité la plus importante du droit consistait en une hiérarchie bien ordonnée, on devrait alors considérer l'armée comme l'archétype d'un ordre juridique. Une telle opinion irait cependant à l'encontre du bon sens le plus élémentaire. La source de cette tension entre la théorie et le sens commun s'explique manifestement par une concentration de la théorie sur la structure formelle, au détriment de l'activité intentionnelle que cette structure est censée organiser. Il n'est pas nécessaire ici de proposer une analyse élaborée des différences entre le type d'organisation hiérarchique qui est requis pour l'armée et celui qui est jugé essentiel pour un système juridique. Il suffit de rappeler le problème fréquent et fort dérangeant que connaît tout ordre juridique lorsqu'il doit trancher le cas d'un citoyen qui s'est fondé sur une interprétation erronée du droit émanant d'une autorité occupant un échelon inférieur de l'échelle juridique. Il est évident qu'une telle question ne se poserait pas dans un système militaire, sauf, en cas de loi martiale, lorsque l'armée assume la fonction de gouverner les civils.

¹¹⁵ Pachoukanis 1951, p. 111-225 ; p. 154.

Notre discussion sur les théories du droit serait incomplète si on ne mentionnait pas le principe de la souveraineté parlementaire, à savoir la doctrine selon laquelle, au Royaume-Uni par exemple, le Parlement est considéré comme disposant d'une compétence législative illimitée. Cette doctrine mérite d'être examinée en raison de son étroite affinité avec les théories qui font de l'organisation hiérarchique de l'autorité un trait essentiel de tout système juridique.

Il est évidemment possible de justifier entièrement la souveraineté parlementaire par un argument de prudence politique, selon lequel il est toujours souhaitable que le législateur soit en mesure de faire face à des circonstances qui n'avaient pas été prévues. Des restrictions explicites du pouvoir législatif, qui peuvent paraître sages et avantageuses lorsqu'elles sont adoptées, peuvent ensuite bloquer des mesures rendues nécessaires par un changement drastique de circonstances. Si la situation devient trop pressante, la restriction peut être contournée par des astuces et des fictions, mais au risque de pervertir la moralité de l'État, voire même sa structure institutionnelle. On peut illustrer ce qui précède de façon hypothétique par une référence à la restriction la plus sévère présente dans notre propre Constitution. Il s'agit de la disposition selon laquelle aucun État fédéré ne sera, sans son consentement, « privé de l'égalité de suffrage au Sénat »¹¹⁶. Il s'agit de la seule restriction constitutionnelle encore en vigueur qui ne peut être modifiée, même en révisant la Constitution elle-même.

Il est toutefois possible que survienne – par exemple en raison d'un désastre naturel – une diminution radicale de la population de certains États, de sorte que la population d'un tiers des États ne serait plus que de mille personnes. Dans une telle situation, la représentation égale au Sénat pourrait devenir une absurdité politique. Si on respecte le droit à une représentation égale, toute la vie politique de la nation pourrait s'en trouver mortellement endommagée. Dans un tel cas, l'idée de mettre en place une stratégie juridique vient naturellement à l'esprit. Peut-être pourrait-on recourir à un amendement pour aligner le rôle du Sénat sur celui de la Chambre des Représentants ? Ou abolir le Sénat en faveur d'une assemblée bicamérale ? À moins que

¹¹⁶ Article V.

l'opinion publique soit suffisamment derrière nous pour simplement renommer le Sénat « le Conseil des Anciens » et ensuite réaménager la représentation en son sein ?

Lorsqu'on compare les rigidités manifestes d'une constitution écrite avec le principe de la suprématie parlementaire, il ne faut pas se laisser tromper par l'apparence de robuste simplicité qui émane de la seconde. La souveraineté parlementaire signifie, en fait, que le Parlement est au-dessus des lois, dans le sens où il peut changer toute loi qui ne lui convient pas. Mais, paradoxalement, il n'obtient cette position qu'en se soumettant lui-même au droit – celui de sa propre procédure interne. Pour qu'une entité juridique puisse adopter des lois, elle doit se conformer à celles qui déterminent quand une loi a été adoptée. Ce corps de lois est lui-même soumis aux différents types de désastre qui guettent n'importe quel système juridique – il peut être trop vague ou contradictoire pour pouvoir donner une direction ferme et, surtout, ses critères peuvent être à ce point méconnus en pratique qu'ils feront défaut en cas de besoin. Le type de crise susceptible de se produire dans un système où des restrictions constitutionnelles rigides sont imposées au pouvoir législatif peut tout autant survenir dans le cadre du processus législatif. Même en Angleterre, où les gens ont tendance à respecter les règles et à garder les choses bien ordonnées, on dit que les tribunaux ont un jour appliqué – sur la base d'une mention dans le registre parlementaire – une mesure qui n'avait, en réalité, jamais été adoptée par le Parlement¹¹⁷. La structure de l'autorité, qu'on présente si souvent avec légèreté comme organisant le droit, est elle-même un produit du droit.

Dans le pays où la doctrine de la souveraineté parlementaire est la plus vigoureuse, les discussions à son propos concernent moins son bien-fondé que des points de droit. Tant ceux qui soutiennent la doctrine que ceux qui la critiquent l'ont généralement considérée comme un principe de droit, qui peut être entièrement appuyé ou réfuté par des arguments juridiques. Lorsque le débat prend cette tournure, un espace s'ouvre pour les théories relatives à la nature du droit. Celles qui ont façonné la doctrine font partie des théories dont j'ai écrit qu'elles faisaient, de façon irréparable, l'impasse sur l'entreprise visant à créer ou à

¹¹⁷ Dicey 1960, xl.

administrer un système de règles pour le contrôle de la conduite humaine.

Les effets de cette impasse apparaissent dans un passage crucial de la défense classique, par Dicey, de la règle de la souveraineté parlementaire. Dans le paragraphe final de son argument principal, il affirme que certaines lois adoptées par le Parlement constituent « l'effort le plus élevé et la preuve suprême du pouvoir souverain »¹¹⁸.

Quels sont les textes qui possèdent ces qualités extraordinaires ? Selon les propres termes de Dicey, ce sont les « Lois telles celles déclarant valides les mariages qui, en raison d'une erreur de forme ou autre, n'ont pas été correctement célébrés », et les lois « dont l'objet est de rendre légales des transactions qui ne l'étaient pas lorsqu'elles furent conclues, ou d'exonérer les individus de leur responsabilité pour avoir violé la loi qui s'appliquait à eux »¹¹⁹. C'est de ces textes que Dicey écrivait qu'« étant en quelque sorte une légalisation de l'illégalité », ils constituaient « l'effort le plus élevé et la preuve suprême du pouvoir souverain ».

Seule une théorie qui néglige complètement les réalités de la création et de l'administration d'un système juridique peut émettre un jugement aussi catégorique – bien qu'heureusement hautement métaphorique. Il convient de rappeler que d'autres auteurs, qui adhèrent à la même école de pensée que Dicey, ont considéré les lois rétroactives comme un exercice routinier du pouvoir législatif, ne présentant pas de problème particulier pour la théorie du droit¹²⁰. Il me semble que ces opinions diamétralement opposées, qui sont fondées sur la même théorie générale, sont symptomatiques d'un réel manque d'intérêt pour le problème de la création des lois.

La conclusion célèbre que Dicey tire de la règle de la suprématie parlementaire révèle un manque d'intérêt similaire et est formulée en ces termes : « Le Parlement pourrait décider sa propre extinction en ordonnant lui-même sa dissolution et en ne laissant aucun moyen par lequel un Parlement subséquent pourrait

¹¹⁸ Dicey 1960, p. 50.

¹¹⁹ Dicey 1960, p. 49-50.

¹²⁰ Voy. en particulier Somlo 1927, p. 97.

légalement être réuni. »¹²¹ Cela revient à dire quelque chose du genre : la force de la vie se manifeste même dans l'acte du suicide – une phrase qui n'est pas dépourvue d'une certaine poésie existentielle mais qui est aussi éloignée des affaires ordinaires et des intérêts des hommes que l'autorisation légale par Dicey du suicide d'un ordre juridique.

Le débat relatif à l'omnipotence juridique du Parlement consiste traditionnellement à tester des phrases qui sont extrêmes au point d'en devenir absurdes, à l'aide d'exemples qui ne le sont pas moins. Mon prochain exemple respecte parfaitement cette tradition. Associons deux affirmations de Dicey, celle selon laquelle le Parlement peut légalement mettre un terme à sa propre existence et celle selon laquelle « le Parlement [...] a selon la Constitution anglaise, le droit d'adopter ou d'abroger toute loi, quelle qu'elle soit »¹²². Supposons maintenant que, dans un futur fictif, le Parlement adopte les mesures suivantes : (1) toutes les personnes qui sont actuellement membres du Parlement seront désormais libres de toute contrainte imposée par les lois, quelles qu'elles soient, et seront autorisées à voler, tuer et violer sans être punies ; (2) toute interférence avec les actes de ces personnes sera une infraction, sanctionnée par la peine capitale ; (3) toutes les autres lois sont abrogées ; et (4) le Parlement est dissous de façon permanente. Il est sans doute difficile d'imaginer un avocat expliquant à son client, après avoir lu Dicey, que « d'un point de vue strictement juridique », les parlementaires qui ont saccagé et violé étaient dans leurs droits et que le client sera confronté au dilemme moral de décider s'il va enfreindre la loi en portant la main sur eux. À un certain moment, on s'éloigne du champ gravitationnel dans lequel la distinction entre droit et non-droit a du sens. Je crois que ce point est atteint bien avant la situation que j'ai décrite et, en réalité, tel est déjà le cas lorsqu'on commence à se demander si un suicide du Parlement est possible, ou si un Parlement peut formellement confier tous ses pouvoirs à un dictateur, ou si un Parlement peut décider que toutes les lois qu'il adoptera dans le futur seront tenues secrètes de ses destinataires. Les deux premières questions apportent de l'eau au moulin de

¹²¹ Dicey 1960, p. 68-70.

¹²² Dicey 1960, p. 39-40.

Dicey ; il n'a pas envisagé la troisième bien que, en termes d'expérience historique, ce soit la moins fantasque des trois.

Voilà qui conclut ma critique de certaines théories du droit susceptibles de s'opposer à l'analyse présentée dans ces chapitres. Pour résumer cette dernière, rappelons que j'ai essayé de concevoir le droit comme une activité intentionnelle, habituellement accompagnée de certaines difficultés qu'elle doit surmonter si elle veut parvenir à ses fins. Par contre, les théories que j'ai rejetées me semblent jouer avec la marge de cette activité sans jamais se préoccuper directement de ses problèmes. Ainsi, le droit est défini comme « l'existence d'un ordre public » sans se demander de quel type d'ordre public il s'agit, ni comment il se réalise. On affirme par ailleurs que le trait distinctif du droit réside dans un moyen, la « force », qui est habituellement employé pour réaliser ses fins. Il n'y a aucune reconnaissance du fait que, sauf en ce qu'il fait monter les enjeux, l'usage ou le non-usage de la force ne change rien aux problèmes essentiels de ceux qui font et appliquent le droit. Enfin, il existe des théories qui se concentrent sur la structure hiérarchique censée organiser et diriger cette activité que j'appelle le droit, mais à nouveau sans admettre que cette structure est elle-même un produit de l'activité qu'elle est supposée ordonner.

À ce stade, je ne doute pas que certains, parmi ceux qui sont généralement d'accord avec mes critiques, ressentiront néanmoins un certain malaise en ce qui concerne ma conception du droit. Le concept de droit qui sous-tend cette étude leur semblera trop vague, trop laxiste, trop facilement appliquée à de trop nombreuses situations pour être réellement utile en tant que façon distincte de percevoir le droit. Je m'occuperai bientôt de ces critiques mais je voudrais d'abord exploiter une analogie qui pourrait servir à soutenir la conception que je défends.

Le concept de science

L'analogie que j'ai à l'esprit est celle de la science, terme par lequel je vise essentiellement ce qu'on appelle la physique et la biologie.

On peut aussi considérer la science comme une orientation particulière de l'effort humain, qui rencontre ses problèmes

particuliers et échoue souvent, à sa manière, à les résoudre. Tout comme il y a des philosophies du droit, il existe des philosophies des sciences. Certains philosophes des sciences, particulièrement Michael Polanyi, se préoccupent surtout de l'activité du scientifique, cherchant à distinguer les objectifs qui lui sont propres, et les pratiques et institutions qui permettent de les atteindre. D'autres semblent broder leurs théories, de façons diverses et ingénieuses, à la périphérie du travail du scientifique. Mon survol de la littérature indique que les parallèles entre les philosophies juridiques et scientifiques sont frappants. Le caractère avant-gardiste de la définition du droit de Holmes ne manque certainement pas d'affinités avec la « théorie opérationnelle des concepts » de Bridgman¹²³. Un défenseur de « l'empirisme scientifique » a explicitement affirmé que sa philosophie n'avait rien à dire à propos de l'acte même de la découverte scientifique dès lors que, selon lui, cet acte « échappe à toute analyse logique »¹²⁴. On se rappellera à cet égard que Kelsen avait relégué dans le domaine du « métajuridique » tous les problèmes importants relatifs à la création et à l'interprétation du droit.

Plutôt que de poursuivre mon incursion dans la littérature relative à la philosophie des sciences, je vais construire trois définitions hypothétiques de la science, sur la base des modèles présentés par la théorie du droit.

Quand on définit la science, il est tout à fait possible, et en réalité assez habituel, de se concentrer sur ses résultats, plutôt que sur l'activité qui les produit. Ainsi, si on fait le parallèle avec l'opinion selon laquelle le droit est simplement « l'existence d'un ordre public », on peut affirmer que « la science existe quand les hommes ont la capacité de prédire et contrôler les phénomènes naturels ». À partir de la conception selon laquelle le droit est caractérisé par l'utilisation de la force, on peut, comme je l'ai déjà suggéré, supposer une théorie qui définit la science par l'utilisation de certains instruments. Si on cherche une définition analogue à celle des théories hiérarchiques du droit, on rencontre une difficulté dès lors que, sauf dans un contexte totalitaire, il n'est pas évident de concevoir la science comme une organisation hiérarchique de l'autorité scientifique. On peut cependant rappeler

¹²³ Bridgman 1949, p. 3-9 *et passim*.

¹²⁴ Reichenbach 1951, p. 231.

que, pour Kelsen, la pyramide juridique vise une hiérarchie de normes et non d'autorités humaines. En se fondant sur cette conception, on peut alors définir la science comme consistant en « un aménagement de propositions sur les phénomènes naturels dans un ordre ascendant de généralité ».

On ne peut pas dire qu'une de ces conceptions soit fausse. Simplement, aucune d'entre elles ne peut permettre au citoyen ordinaire de comprendre vraiment la science et ses problèmes. Elles ne sont pas davantage de nature à aider utilement le scientifique qui voudrait éclaircir les buts de la science et les arrangements institutionnels qui peuvent les promouvoir.

Il y a eu récemment un mouvement de réforme dans la formation aux sciences, particulièrement dans l'enseignement des cours généraux destinés à ceux qui n'ont pas l'intention de devenir des scientifiques. Les anciens cours de ce type offraient généralement une sorte de vue panoramique des réalisations de la science, complétée par une discussion relativement abstraite sur certains problèmes liés à la méthode scientifique, notamment l'induction et la vérification. Les nouveaux cours ont essayé de donner à l'étudiant une idée de la façon dont le scientifique cherche de nouvelles vérités. Dans le cours conçu par Conant, cela se fait à l'aide de l'étude de cas historiques. Le but est de permettre à l'étudiant de faire une expérience indirecte de l'acte de découverte scientifique. On espère qu'il pourra développer de cette façon une certaine compréhension des « tactiques et stratégies de la science »¹²⁵.

La plus grande réussite de Michael Polanyi est probablement sa théorie de ce qu'on pourrait appeler l'épistémologie de la découverte scientifique. Sa contribution la plus caractéristique au thème de notre étude réside cependant dans sa conception de l'entreprise scientifique¹²⁶. Selon lui, cette entreprise est de nature collaborative, et recherche les formes institutionnelles et les pratiques appropriées pour ses objectifs et problèmes particuliers. Bien que les hommes de génie puissent introduire des approches théoriques révolutionnaires, ils n'en sont capables qu'en se fondant sur la pensée, les découvertes, et les

¹²⁵ Conant 1951.

¹²⁶ Polanyi 1951; 1958.

erreurs de leurs prédécesseurs et de leurs contemporains. Au sein de la communauté scientifique, la liberté individuelle du scientifique n'est pas uniquement une chance pour l'affirmation de soi, mais un moyen indispensable pour l'organisation effective de la recherche commune de la vérité scientifique.

La profession de scientifique a son éthique propre, sa moralité interne. Comme la moralité du droit, elle doit, par la nature même des exigences qu'elle est amenée rencontrer, être une moralité d'aspiration et non de devoir. Un seul exemple suffira, je pense, à expliquer pourquoi.

Un scientifique croit avoir fait une découverte fondamentale, qui pourrait faire avancer les recherches des autres. Quand devrait-il la publier ? Il est clair que, s'il a effectivement fait une découverte importante, il doit la faire connaître à la communauté scientifique, même s'il est prévisible qu'un rival l'utilise pour faire une autre découverte qui pourrait faire de l'ombre à la sienne. D'un autre côté, il doit être certain qu'il a bien découvert ce qu'il pense avoir découvert, sinon, en se dépêchant de publier, il pourrait gaspiller le temps des autres en donnant une direction erronée à leurs recherches.

Ce sont des questions de ce type que Polanyi a à l'esprit lorsque, empruntant un terme juridique, il parle d'un concept « fiduciaire » de science. Il existe, en effet, une correspondance étroite entre les moralités de la science et du droit. Les écarts intolérables par rapport à ces moralités sont, dans les deux cas, facilement identifiables. Dans les deux domaines, une adhésion aux façons de faire traditionnelles et une coïncidence entre l'intérêt personnel et l'éthique de la profession peuvent empêcher une question morale de survenir. Pourtant, les deux moralités peuvent parfois présenter des difficultés et des problèmes subtils qu'aucune formule en termes de devoir ne peut résoudre. Pour les deux moralités, le niveau général de perspicacité et de comportement peut varier d'une nation à l'autre ou, au sein d'une même nation, d'un contexte social à l'autre.

S'il ne comprend pas les tactiques et stratégies de l'entreprise scientifique et de l'éthique qui lui est propre, il me semble que le citoyen ordinaire n'est pas en mesure de se forger une opinion intelligente et informée sur des questions du genre : quelle devrait être la politique du gouvernement à l'égard de la science ? Comment peut-on introduire et développer de la façon la

plus effective la recherche scientifique dans les nations émergentes ? Quel est précisément le coût direct et indirect que paie la société lorsqu'on ne tient pas compte, ou insuffisamment, des responsabilités de la moralité scientifique ? Je ne pense pas devoir m'échiner à prouver que toutes ces questions trouvent leur équivalent en droit. Il n'est pas davantage nécessaire de démontrer que les questions juridiques correspondant à celles de la science resteront sans réponse de la part des philosophies du droit qui font abstraction de la nature de l'activité qu'on appelle droit.

Objections à la présente conception du droit

Examinons à présent certaines objections qui pourraient être soulevées contre une analyse qui traite le droit comme « l'entreprise visant à soumettre la conduite humaine à la gouvernance des règles ».

La *première* objection pourrait être formulée dans les termes suivants : parler d'un système juridique comme d'une « entreprise » implique qu'elle puisse être menée avec différents degrés de succès. Cela signifie que l'existence d'un système juridique est une question de degrés. Une telle opinion contredit les présupposés les plus élémentaires de la pensée juridique. Ni une règle de droit, ni un système juridique ne peuvent « exister qu'à moitié ».

Ma réponse est bien entendu que des règles de droit et des systèmes juridiques peuvent n'exister – et n'existent – qu'à moitié. Une telle situation survient lorsque l'effort intentionnel nécessaire pour leur faire voir pleinement le jour n'a été, pour ainsi dire, qu'à moitié couronné de succès. Les conventions du langage juridique ordinaire tendent à dissimuler cette vérité selon laquelle il existe des degrés de succès dans la réalisation de cet effort. Ces conventions s'expliquent par la volonté louable de ne pas intégrer dans notre façon de parler une incitation subversive à l'anarchie. Il est sans doute bienvenu que notre vocabulaire juridique traite un juge comme un juge, même si je pourrais honnêtement dire de certains membres de la magistrature : « Ce n'est pas un juge ». Les restrictions tacites, qui excluent de notre façon ordinaire de parler du droit une reconnaissance pour les imperfections et les nuances de gris, ont en principe leur place et leur fonction. Elles n'en ont

toutefois aucune lorsqu'il s'agit d'analyser les problèmes fondamentaux qui doivent être résolus dans la création et l'administration d'un système de règles de droit.

Du reste, il n'existe aucune autre entreprise humaine complexe dont on pourrait supposer qu'elle atteint autre chose que des degrés variés de succès. En demandant si l'éducation « existe » dans un pays particulier, j'obtiendrai sans doute, une fois passée la perplexité causée par une telle question, une réponse de ce genre : « Oui, leurs résultats dans ce domaine sont très bons » ou « Oui, mais seulement de façon très rudimentaire ». Il en irait de même de la science, de la littérature, des échecs, de la gynécologie obstétrique, de la conversation et de l'art funéraire. Des conflits surgiront certainement à propos des critères pertinents pour évaluer la réussite et, bien entendu, toute tentative d'évaluation quantitative (du type du « demi »-succès) doit être considérée comme étant d'ordre métaphorique. Néanmoins, on peut normalement s'attendre à une performance située entre zéro et une perfection théorique.

Il n'en va autrement qu'avec le droit. Il est vraiment stupéfiant de constater à quel point la philosophie du droit moderne postule que le droit est une sorte de matière inerte – il existe ou il n'existe pas. Seul un présupposé de ce genre a pu amener des juristes à partir du principe que, par exemple, les dernières « lois » adoptées par les nazis, abstraction faite de leurs objectifs malfaisants, étaient tout autant des lois que celles adoptées en Angleterre ou en Suisse. Un excès encore plus grotesque de ce présupposé est l'idée selon laquelle l'obligation morale d'obéir à ces lois, qui incombait à tout citoyen allemand respectable, n'était aucunement affectée par le fait qu'elles n'étaient en partie pas portées à sa connaissance, que certaines d'entre elles ont « couvert » rétroactivement des meurtres à grande échelle, qu'elles conféraient de larges marges d'appréciation à l'administration pour redéfinir les crimes qu'elles interdisaient et que, dans tous les cas, les tribunaux militaires désignés pour les appliquer en méprisaient largement les termes lorsque cela les arrangeait¹²⁷.

Une *deuxième* objection possible à ma conception du droit est qu'elle permet la coexistence de plus d'un système juridique

¹²⁷ Voy. la discussion et les références *supra* p. 49.

pour une même population. La réponse est, bien entendu, qu'une telle situation existe et qu'elle a, dans l'histoire, été plus fréquente que des systèmes unitaires.

Actuellement, dans notre pays, le citoyen de tout État, quel qu'il soit, est soumis à deux systèmes juridiques distincts, celui du gouvernement fédéral et celui de son État. Même en l'absence d'un système fédéral, il peut y avoir un corps de règles régissant le mariage et le divorce, un autre régissant les relations commerciales et un troisième gouvernant ce qui reste, les trois systèmes étant appliqués par des tribunaux différents.

La coexistence de plusieurs systèmes peut donner lieu à des difficultés, en théorie comme en pratique. Les difficultés théoriques ne surviennent que si la théorie considère que le concept de droit requiert une hiérarchie bien définie de l'autorité, avec un pouvoir législatif suprême au sommet, lui-même libre de contraintes juridiques. Une façon de réconcilier cette théorie avec les faits de la vie politique est de dire que, bien qu'il semble exister trois systèmes, A, B et C, en fait B et C n'existent qu'en raison de la tolérance de A. En prolongeant ce raisonnement, on pourrait affirmer que ce que le pouvoir légal suprême permet, il l'impose en réalité de façon implicite, de sorte que ce qui apparaît comme étant trois systèmes n'en constitue en fait qu'un seul, « du point de vue juridique ».

Les difficultés pratiques peuvent surgir lorsqu'il existe une friction réelle entre les systèmes, parce que les limites de leurs compétences respectives n'ont pas été – et peut-être ne pouvaient-elles pas l'être – clairement définies. Une façon de résoudre ce problème lorsqu'il affecte la répartition de compétences entre nation et État dans un système fédéral est de soumettre les conflits à une décision judiciaire, selon les termes prévus par une constitution écrite. Un tel dispositif est utile, mais pas indispensable dans tous les cas. Historiquement, des systèmes double et triple ont fonctionné sans friction sérieuse et, lorsqu'un conflit est survenu, il a souvent été résolu par une sorte d'arrangement volontaire. C'est arrivé en Angleterre lorsque les tribunaux de droit commun ont commencé à absorber dans leur propre système de nombreuses règles développées par les juridictions commerciales, bien qu'au bout du compte ces

dernières ont finalement été supplantées par les tribunaux de droit commun.

Une *troisième* critique possible vise la même objection fondamentale que la deuxième, mais de façon largement amplifiée. Si le droit est considéré comme étant « l'entreprise visant à soumettre la conduite humaine à la gouvernance des règles », alors cette entreprise est menée non pas sur deux ou trois fronts, mais sur des milliers. En font partie ceux qui rédigent et appliquent les règlements intérieurs des clubs de golf, des églises, des écoles, des syndicats, des associations commerciales, des foires agricoles, et d'innombrables autres formes d'association humaine. Si, par conséquent, on est prêt à appliquer de façon cohérente cette conception du droit, il en résulte qu'il existe, dans ce seul pays, des centaines de milliers de « systèmes de droit ». Dès lors que cette conclusion semble absurde, on peut dire que toute théorie qui y mène l'est tout autant.

Avant de proposer une réponse générale à cette critique, je propose d'examiner un exemple hypothétique du fonctionnement en miniature d'un tel système juridique. Une université adopte et applique un ensemble de règles relatives à la conduite des étudiants dans les dortoirs. Un étudiant ou un conseil de faculté se voit confier la tâche de constater les infractions et, lorsqu'il est établi qu'une violation a été commise, le conseil a le pouvoir d'imposer des mesures disciplinaires, qui peuvent inclure dans les cas graves l'équivalent organisationnel de la peine capitale, à savoir l'exclusion.

Si on retire du mot « droit » toute connotation relative au pouvoir ou à l'autorité de l'État, il n'existe pas la moindre difficulté à qualifier ce système de juridique. En outre, un sociologue ou un philosophe qui s'intéresserait surtout au droit étatique pourrait étudier les règles, institutions et problèmes de ce système pour approfondir sa connaissance des processus juridiques en général. Cependant, l'association du mot « droit » au droit étatique est devenue à ce point habituelle que qualifier le système précité de « système de droit » s'apparente à une insulte à l'égard des règles de bienséance linguistique. Si c'était le seul problème, il serait aisé de faire la paix avec mes détracteurs en leur concédant qu'ils peuvent considérer que cette qualification est métaphorique et affubler l'expression précitée du terme « quasi ».

La difficulté est, cependant, plus profonde. Supposons que, dans le système de règles précité, un étudiant est jugé par le conseil et, ayant été déclaré coupable d'une infraction grave, il est expulsé de l'école. Il introduit une action devant un tribunal et demande que soit ordonnée sa réintégration dans l'établissement. Il est largement admis que les tribunaux peuvent et doivent reconnaître leur compétence dans un tel cas, que l'école concernée soit publique ou privée¹²⁸.

Comment le tribunal va-t-il résoudre ce cas ? Si l'étudiant exclu affirme que son expulsion était justifiée sur la base des règles publiées mais que ces dernières étaient foncièrement injustes, le tribunal se prononcera sur ce point, quoique généralement à contrecœur. Si on part du principe qu'une telle objection n'est pas soulevée, le tribunal se posera la question suivante : est-ce que l'école, en créant et en appliquant ses règles, a respecté la moralité interne du droit ? Ces règles ont-elles été publiées ? – une question qui revient ici à se demander si l'étudiant en a été dûment informé. Leur signification était-elle raisonnablement claire, de façon à permettre à l'étudiant de savoir quelles actions de sa part constitueraient une infraction ? La décision du conseil était-elle conforme aux règles ? Les procédures d'enquête ont-elles été menées de façon à garantir que le résultat soit fondé sur des règles publiées et une connaissance adéquate des faits pertinents ?

Que le tribunal réintègre l'étudiant ou confirme l'expulsion, il emprunte ses critères de décision aux règles de l'université. Si, pour avoir force de loi, ces règles ont besoin de l'imprimatur de l'État, elles l'acquièrent dans la mesure où elles concernent le cas décidé par le tribunal. Une fois qu'on accepte que les règles de l'université constituent la loi applicable au cas d'espèce, et lient tant les autorités universitaires que les tribunaux, la situation n'est pas fondamentalement différente de celle d'une cour d'appel qui doit contrôler la décision d'un juge de première instance.

Pourquoi, alors, hésite-t-on à décrire tout simplement ces règles comme étant du droit ? Une réponse facile serait de dire

¹²⁸ Pour la meilleure analyse de cette question, voy. *Private Government on the Campus – Judicial Review of University Expulsions* 1963, p. 1362-1410.

qu'une telle extension du mot violerait l'usage linguistique ordinaire. Ce qui amène la question de savoir pourquoi l'usage linguistique a pris cette tournure. Je pense que nous nous rendons compte intuitivement que, dans des cas comme celui que j'ai présenté, nous sommes confrontés à la question délicate du maintien d'un bon équilibre entre les différentes fonctions institutionnelles de notre société. Le fait que de telles questions soient en jeu deviendrait encore plus évident si le cas soumis au juge impliquait un étudiant expulsé d'une école gérée par un ordre religieux pour cause d'hérésie, ou d'une académie militaire privée parce qu'il était « fondamentalement incapable d'intégrer l'esprit de la discipline militaire ». Lorsqu'on est confronté à des questions aussi délicates, on hésite à jeter dans la balance un mot aussi lourdement connoté de pouvoir pur et d'autorité établie que le mot « droit ».

On pourrait approuver les motifs qui justifient une telle retenue. Il me semble cependant que la vraie source du problème réside dans les philosophies qui ont chargé le mot « droit » de connotations qui le rendent inutilisable précisément au moment où, comme dans le cas précité, on en a le plus besoin. On se retrouve alors confronté au dilemme suivant : d'un côté, il est interdit de qualifier de juridiques les règles par lesquelles une université détermine les cas d'expulsion. D'un autre côté, ces règles se voient reconnaître force de loi dans des décisions de justice. Le fait que des règles manifestement injustes puissent être annulées par les tribunaux ne les différencie pas des lois du Congrès, qui peuvent également être déclarées nulles lorsqu'elles violent des restrictions constitutionnelles du pouvoir législatif. Ne pouvant utiliser le terme « droit », on est contraint de chercher un autre abri conceptuel dans lequel héberger ces règles. On le trouve généralement dans une notion de droit privé : le contrat. Les règles universitaires, dit-on, constituent un contrat entre l'école et l'étudiant, par lequel leurs droits respectifs sont déterminés¹²⁹.

Cette « connexion totalement artificielle avec le contrat »¹³⁰ a causé pas mal de problèmes. Lorsqu'on examine ses

¹²⁹ Je laisse ici de côté l'utilisation limitée que certains tribunaux ont fait des concepts de propriété et de diffamation en traitant certains cas d'expulsion, particulièrement dans le cas de clubs sociaux.

¹³⁰ Lloyd 1958, p. 668.

inconvenients et ses raccourcis, il convient de rappeler que les cas d'expulsion scolaire ne représentent qu'un petit échantillon d'une jurisprudence beaucoup plus large traitant de problèmes similaires dans les syndicats, les églises, les clubs sociaux, et toute une série d'autres formes institutionnelles. Le recours au concept de contrat pour traiter cette large gamme de problèmes est insatisfaisant à plusieurs égards. Tout d'abord, il mène à des solutions qui sont inappropriées au contexte. Ensuite, il suggère que, si l'institution ou l'association le juge utile, elle peut stipuler contractuellement un privilège illimité d'annulation de l'adhésion. Enfin, et plus fondamentalement, la théorie du contrat est incompatible avec la responsabilité assumée par les tribunaux dans ces affaires. Il est facile de dire, par exemple, que les règles examinées plus haut constituent un contrat entre l'université et l'étudiant, mais comment expliquer la déférence des tribunaux à l'égard de l'interprétation donnée à ces règles par les autorités universitaires, lorsqu'elles les appliquent à une infraction présumée ? Lorsque les parties à un contrat se disputent sur son sens, le juge ne s'en remet pas, d'ordinaire, à l'interprétation de l'une ou l'autre d'entre elles, mais tranche entre les deux de façon impartiale. Ces difficultés, et d'autres que je n'ai pas mentionnées, peuvent être résolues en postulant que le contrat en question est un contrat spécial, dans lequel on doit présumer que tous les écarts nécessaires par rapport au droit commun des contrats ont été tacitement voulus par les parties. Mais lorsqu'on fait cela, le « contrat » devient une fiction creuse, offrant un refuge commode pour tous les résultats qui paraissent appropriés à une situation.

L'objection principale à la théorie du contrat est que, comme toute fiction juridique, elle tend à dissimuler les vraies questions en jeu et ne fait que reporter leur examen. Selon moi, le corps de règles que je viens d'évoquer est essentiellement une branche du droit constitutionnel, qui se développe en grande partie et de façon correcte en dehors de nos constitutions écrites. Il s'agit de droit constitutionnel en ce que ces règles concernent la répartition, entre les différentes institutions de notre société, du pouvoir légal, c'est-à-dire le pouvoir d'adopter des règles et de prendre des décisions considérées comme contraignantes pour ceux qu'elles concernent. Le fait que ce corps de droit constitutionnel se soit développé en dehors de nos constitutions

écrites ne devrait pas être une source d'inquiétude. Il aurait été impossible, pour leurs rédacteurs, d'anticiper la forte croissance institutionnelle qui a eu lieu depuis leur époque. En outre, le climat intellectuel de la fin du dix-huitième siècle n'était pas propice à la reconnaissance de centres d'autorité issus de la formation volontaire d'associations humaines¹³¹. À la lumière de ces considérations, nous ne devrions pas être davantage dérangés par le fait d'avoir un corps de droit constitutionnel non écrit que les Anglais ne l'ont été en découvrant que, depuis la Loi de Westminster de 1931, des rudiments de constitution écrite vivaient confortablement au sein de leur constitution non écrite.

La conception qui cherche à comprendre le droit en termes de l'activité qui le soutient, au lieu d'examiner seulement les sources formelles de cette autorité, peut faire penser que les mots sont utilisés en violation des attentes normales du langage. Cet inconvénient peut, me semble-t-il, être compensé par la capacité qu'a une telle conception de nous faire percevoir des similarités essentielles. Il peut nous être utile de comprendre que les systèmes de droit imparfaits que sont un syndicat ou une université ont souvent un impact beaucoup plus important sur la vie d'un homme que n'en aura jamais un jugement prononcé à son encontre. D'un autre côté, cela peut également nous aider à réaliser que tous les systèmes juridiques, grands et petits, sont sujets aux mêmes infirmités. En aucun cas, la réussite juridique ne peut dépasser la perception des êtres humains qui la guide. L'utilité la plus manifeste du contrôle judiciaire des mesures disciplinaires prises par les institutions est de corriger une injustice flagrante ; sur le long terme, sa vertu principale serait de créer une certaine mentalité au sein de ces institutions qui rendrait ce contrôle inutile¹³².

J'en viens à la *quatrième* et – selon mon analyse – dernière critique qui peut être adressée à ma conception du droit : elle ne distingue pas suffisamment entre droit et moralité. La moralité se préoccupe aussi de contrôler la conduite humaine par des règles. Elle veille également à ce que ces règles soient claires, cohérentes

¹³¹ Wyzanski 1947, p. 341-345.

¹³² Pour une enquête générale du droit positif, qui équivaut à un court traité, voy. *Developments in the Law – Judicial Control of Actions of Private Associations* 1963, p. 983-1100. La meilleure introduction générale reste l'article très accessible de Chafee 1930, p. 993.

les unes avec les autres et comprises par ceux qui doivent y obéir. Une conception qui semble reconnaître comme traits distinctifs du droit un ensemble d'intérêts partagés avec la moralité suscite la critique qu'elle estompe une distinction essentielle.

Je pense que cette critique recouvre différentes questions distinctes. La première est de savoir quand on peut, lorsqu'on est confronté à un système de règles, décider si ce système pris dans son ensemble est juridique ou moral. La seule réponse à cette question est contenue dans le mot « entreprise », lorsque j'ai affirmé que le droit, conçu comme orientation d'un effort humain intentionnel, consiste en une « entreprise visant à soumettre la conduite humaine à la gouvernance des règles ».

On pourrait imaginer un petit groupe de personnes – qui auraient été, par exemple, déplacées sur une île tropicale – vivant harmonieusement ensemble à l'aide de quelques standards de comportement partagés, façonnés de façon indirecte et informelle par l'expérience et l'éducation. Ce qu'on pourrait appeler l'expérience juridique commence lorsqu'une telle société choisit un comité pour rédiger un texte faisant autorité, reprenant les standards de comportement acceptés. Un tel comité se retrouvera *ex necessitate rei* embarqué dans l'entreprise du droit. Les contradictions entre les standards, jusque-là latents et inaperçus, devront être résolus. En réalisant que cette clarification ne pourra pas être accomplie sans opérer de changements de signification, le comité devra se préoccuper de la sévérité potentielle d'une application rétroactive des critères établis dans son texte. Au fur et à mesure que la société se dotera des autres instruments familiers d'un système juridique – tels des juges et une assemblée législative – elle se trouvera davantage impliquée dans l'entreprise du droit. Au lieu de commencer par la rédaction d'un texte faisant autorité et énonçant les règles applicables, la société en question pourrait nommer d'abord quelqu'un pour officier comme juge. Il n'existe pas une façon unique, pour les membres d'une société ou certains d'entre eux, de plonger dans ce que j'ai appelé « l'entreprise » du droit.

Bien qu'on puisse dire que le droit et la moralité partagent certains sujets de préoccupation – par exemple la nécessité que les règles soient claires – ce n'est que lorsqu'ils deviennent les objets d'une responsabilité explicite qu'un système juridique est créé. La

généralité, par exemple, est considérée comme un présupposé de la moralité et elle ne pose pas de problème. En revanche, lorsqu'un juge envoie un homme en prison et ne trouve aucun moyen d'exprimer un principe général expliquant ou justifiant sa décision, on peut parler d'un problème, voire d'un problème pressant.

Il faut admettre que ces considérations ne permettent pas de savoir à partir de quel moment précis un système juridique existe. Je ne vois toutefois aucune raison de prétendre voir blanc ou noir là où la réalité se présente sous forme de nuances de gris. Cela n'a guère de sens d'imposer à une situation une définition péremptoire quelconque, en affirmant par exemple que le droit n'existe que lorsqu'existent des tribunaux.

La question que je viens d'écarter, bien qu'elle soit beaucoup débattue en théorie du droit, ne présente pas beaucoup d'intérêt en pratique. Le vrai problème est plutôt de définir la relation exacte entre ce qui est indubitablement un système juridique établi et fonctionnel, d'une part, et des standards généraux de moralité, d'autre part. Lorsqu'on examine ce problème, ma conception du droit ne me paraît pas éclipser ou déformer, de quelque façon que ce soit, les questions essentielles.

Au contraire, je pense que la distinction entre les moralités interne et externe du droit offre une clarification utile. Prenons, par exemple, les problèmes que peut rencontrer un juge lorsqu'il interprète une loi. En ce qui concerne les buts externes de cette loi, le juge devrait, autant que la capacité humaine le permet, rester neutre à l'égard des positions morales adoptées par la loi et relatives à des questions comme le divorce, la contraception, les jeux de hasard ou la réquisition d'une propriété privée pour un usage public.

Mais les mêmes considérations qui exigent une attitude de neutralité à l'égard des objectifs externes du droit demandent un engagement du juge envers la moralité interne du droit. Par exemple, 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.

La distinction entre les moralités externe et interne du droit est, bien entendu, un outil d'analyse et ne remplacera jamais l'exercice de la faculté de jugement. Je me suis donné du mal pour montrer que, tout au long du spectre occupé par ces deux

moralités, il pouvait y avoir, dans certains cas, une zone intermédiaire dans laquelle elles se chevauchent¹³³. Dans tous les cas, les deux moralités interagissent l'une avec l'autre de différentes façons, que j'analyserai dans le dernier chapitre¹³⁴. Il suffit de souligner à ce stade qu'un juge confronté à deux interprétations également plausibles d'une loi devrait préférer celle qui correspond aux principes généralement acceptés de ce qui est bien et mal. Bien que ce résultat puisse être fondé sur une intention législative présumée, il peut également être justifié par le fait qu'une telle interprétation serait moins susceptible de faire de la loi un piège pour l'innocent, ramenant ainsi le problème dans des termes familiers à la moralité interne du droit.

Un débat éternel concerne le problème visant à « légiférer sur des questions morales ». Récemment, il y a eu un débat animé quant à la juste attitude du droit par rapport au comportement sexuel, plus précisément à l'égard des pratiques homosexuelles¹³⁵. Je dois admettre que je trouve les arguments peu convaincants de part et d'autre, dès lors qu'ils reposent sur des postulats de départ qui ne sont pas explicités dans le raisonnement. Je n'aurais, cependant, aucun problème à affirmer que le droit ne devrait pas pénaliser les relations homosexuelles entre adultes consentants. Le motif de cette position est qu'une telle loi ne peut tout simplement pas être exécutée et que son existence sur papier serait une invitation ouverte au chantage, de sorte qu'il y aurait une divergence béante entre le droit écrit et son application en pratique. Je pense que de nombreuses questions du même type pourraient être résolues en des termes similaires sans avoir à se mettre d'accord sur la question de fond qui est en jeu.

¹³³ Voy. en particulier la discussion des problèmes de généralité (*supra* p. 55-58 et *infra* p. 166-168), de contradictions (*supra* p. 78-79) et de la possibilité d'obéissance (*supra* p. 88).

¹³⁴ Voy. *infra*, p. 164-176. [NdT] Il s'agit, en réalité, du chapitre IV.

¹³⁵ Devlin 1959 ; 1961 ; Hart 1963.

Le concept de droit de Hart

Jusqu'à présent, j'ai éludé le livre important et récent auquel j'ai emprunté le titre de ce chapitre. *Le concept de droit*¹³⁶ de H. L. A. Hart est sans aucun doute une contribution à la théorie du droit telle qu'on n'en a plus vu depuis longtemps. Ce n'est pas une collection d'études maquillée en livre. Ce n'est pas un manuel dans le sens usuel. En fait, il s'agit d'une tentative de présenter de façon condensée les solutions personnelles de l'auteur aux problèmes majeurs de la théorie du droit.

Il y a beaucoup d'excellentes choses dans ce livre. Il est superbement écrit et rempli de passages brillants. Il m'a appris beaucoup de choses. Je suis, cependant, en désaccord complet avec son analyse fondamentale du concept de droit.

Dans mon dernier chapitre, je proposerai quelques commentaires critiques quant à la façon dont Hart traite de ce que j'appelle la moralité interne du droit. En résumé, ma critique consiste à affirmer que toute l'analyse de Hart procède en des termes qui excluent systématiquement toute prise en compte des problèmes que j'ai essayé d'analyser dans mon deuxième chapitre.

À ce stade, c'est « la règle de reconnaissance » qui me pose problème, un concept que Hart semble considérer comme un thème central de son livre et sa contribution principale à la théorie du droit. En développant ce concept, Hart commence par distinguer entre les règles qui imposent des devoirs et celles qui confèrent des pouvoirs juridiques. Jusque-là, il n'y a rien à dire. La distinction est familière, particulièrement dans ce pays où elle a servi de clé de voûte à l'analyse d'Hohfeld¹³⁷. Il existe clairement une différence importante entre une règle qui dit « Tu ne tueras

¹³⁶ Hart 1961. [NdT] Une traduction de cet ouvrage a été réalisée par feu M. Van de Kerchove et a été publiée par la même maison d'édition que la présente traduction. La traduction des passages cités par l'auteur est reprise de cette traduction.

¹³⁷ Voy. Hohfeld 1923. On trouve la meilleure introduction au système d'Hohfeld dans Corbin 1919, p. 163-173. L'analyse d'Hohfeld distingue quatre relations juridiques de base : droit-devoir, non-droit-privilege, pouvoir-responsabilité, et incapacité-immunité. Parmi celles-ci, cependant, la deuxième et la quatrième sont simplement la négation de la première et de la troisième. Par conséquent, la distinction fondamentale sur laquelle tout le système est basé est celle de droit-devoir et de pouvoir-responsabilité ; cette distinction coïncide exactement avec celle de Hart.

point » et une règle qui stipule « Si tu veux faire un testament valide, mets-le par écrit et fais-le signer par trois témoins ».

Il convient de relever que cette distinction, bien qu'éclairante dans certains cas, peut être mal appliquée, de telle façon qu'elle obscurcit les questions les plus essentielles au-delà de toute rédemption. Certains écrits basés sur l'analyse d'Hohfeld en offrent une preuve éclatante.

Je vais développer brièvement les ambiguïtés implicites dans cette distinction à l'aide de deux illustrations. Dans la première, on se demande comment classer la règle suivante : « Lorsqu'un *trustee* a fait de sa poche des dépenses qui sont facturables au *trust estate*, il a le droit de se rembourser à partir des fonds du *trust* en sa possession »¹³⁸. L'utilisation du terme « droit » suggère qu'il existe une obligation correspondante dans le chef du bénéficiaire, et pourtant le *trustee* n'a pas besoin de faire exécuter cette obligation ; par un dispositif légal, il peut simplement effectuer un virement valide juridiquement à partir du *trust funds* vers son propre compte. Par conséquent, on peut conclure que nous avons affaire à une règle qui « confère un pouvoir » plutôt qu'à une règle qui « impose un devoir ». Mais imaginons que l'instrument créant le *trust* donne au bénéficiaire, à son tour, le pouvoir d'effectuer, à sa majorité, un virement du *trust estate* directement en sa faveur. Supposons maintenant que le bénéficiaire exerce ce pouvoir avant que le *trustee* n'ait la possibilité de se rembourser avec les fonds du *trust*. Il est clair que le bénéficiaire a désormais une obligation légale de rembourser le *trustee*. Le principe fondamental est, cependant, le même dans les deux cas, à savoir que le *trustee* a droit au remboursement aux frais du bénéficiaire ; qu'il lui soit conféré un pouvoir de se servir lui-même ou un droit contre le bénéficiaire (et l'obligation correspondante) revient simplement à savoir quelle est la meilleure façon d'atteindre le même résultat.

Mon deuxième exemple concerne la règle, connue, relative à l'obligation de limiter son dommage. A et B concluent un contrat aux termes duquel A doit construire une machine particulière et B

¹³⁸ [NdT] Le *trust* est une figure juridique de *common law*, dans laquelle le *settlor* transfère des biens au *trust*, qui sont gérés par un *trustee* pour le compte d'un bénéficiaire.

doit lui payer 10.000 \$ lorsque le travail est terminé. Alors que A a commencé à travailler, B résilie le contrat. Il ne fait aucun doute que ce dernier est tenu d'indemniser A, tant pour ses dépenses jusqu'au moment de la résiliation, que pour son manque à gagner. La question cruciale est de savoir si A peut ne pas tenir compte de la résiliation, continuer à travailler sur la machine et, une fois le travail terminé, en obtenir le paiement complet. En droit, il ne peut pas facturer à B les dépenses postérieures la résiliation ; qu'il continue à travailler ou non, la limite de ce à quoi il a droit est déterminée par le montant qu'il pouvait réclamer s'il avait cessé de travailler après la résiliation. Les tribunaux ont généralement exprimé cette idée en considérant qu'à partir de la résiliation, A a « le devoir de limiter son dommage » en cessant de travailler sur la machine, ce qui signifie qu'il ne peut récupérer les coûts encourus en violation de cette obligation.

Cette opinion a été sévèrement critiquée en ce qu'elle estomperait la distinction entre les règles qui imposent des devoirs et celles qui confèrent des pouvoirs légaux. Si A continue bêtement à travailler sur la machine après la résiliation de B, B n'a aucun droit d'agir contre A pour lui faire exécuter un quelconque « devoir ». La seule sanction de ce devoir mal nommé est que, si A poursuit le travail, il ne peut récupérer les coûts supplémentaires auprès de B. Avant la résiliation, A était titulaire d'un pouvoir légal en ce sens que, en continuant jour après jour à travailler, il augmentait l'obligation de B à son égard. Dorénavant, il a perdu ce pouvoir. La situation est comparable à celle produite par le passage précité de la loi sur les fraudes. Avant cette loi, il était possible de conclure un contrat oral ; après son adoption, ce pouvoir a été supprimé pour certains types de contrat. On trouve un tel raisonnement dans une étude fondée sur l'analyse d'Hohfeld¹³⁹.

Ce raisonnement semble assez convaincant, jusqu'à ce qu'on réalise que, dans les cas comme celui de la machine, les tribunaux partent du principe que A devrait arrêter de travailler et qu'en continuant, il gaspille tant ses ressources que celles de la société, sur quelque chose qui est devenu inutile. C'est ce que les tribunaux veulent dire lorsqu'ils parlent du devoir de A de limiter son dommage. B n'a pas la possibilité de le poursuivre pour la violation d'un devoir ; dès lors qu'il ne doit pas payer pour le

¹³⁹ Corbin 1951, p. 205-207.

travail effectué après la résiliation, il ne subit aucun dommage du fait que la prestation est poursuivie. D'un autre côté, la loi sur les fraudes n'impose pas de rédiger les contrats par écrit ; elle dit simplement que si certains contrats sont conclus oralement, leur exécution ne pourra pas être imposée juridiquement. Les parties contractantes, parfaitement au courant des termes de la loi, peuvent néanmoins s'abstenir de rédiger un texte écrit afin de préserver à leur convention le statut de « gentlemen's agreement ».

Dans le cas de la machine et de la loi, ce qu'on a appelé la « sanction de nullité » est employée à des fins bien différentes. Dans un cas, elle est utilisée pour contraindre A à faire ce qu'il doit, en coupant ses revenus, pour ainsi dire ; dans l'autre, elle est utilisée pour garantir que le pouvoir de conclure des contrats soit exercé dans des circonstances qui empêcheront la fraude et les souvenirs peu fiables.

Il est impossible de traiter adéquatement ici des nombreux problèmes qui peuvent résulter de la distinction entre les règles imposant des devoirs et celles conférant des pouvoirs, particulièrement lorsque des arguments d'analogie sont en jeu. L'exposé sommaire qui précède permet cependant de constater qu'il existe deux critères différents s'appliquant à cette distinction. Le premier s'intéresse à l'intention législative et le second aux mécanismes juridiques par lesquels l'objectif de la règle est réalisé. La confusion qui résulte des différentes tentatives de mettre en pratique l'analyse d'Hohfeld s'explique par l'incapacité à percevoir qu'il s'agit de deux critères distincts¹⁴⁰. D'un autre côté, si on essaie systématiquement de découvrir l'intention sous-jacente aux formes juridiques, la distinction perd beaucoup de son intérêt et échoue à offrir l'illumination pénétrante que les hohfeldiens en attendent. L'expérience décevante de l'analyse d'Hohfeld, confrontée à l'enthousiasme avec lequel elle a été accueillie à l'origine, m'incite à n'admettre qu'avec scepticisme que la distinction proposée par Hart soit « un outil extrêmement fécond pour analyser une grande partie des sources de perplexité

¹⁴⁰ Un exemple frappant est l'article de Cook 1928, p. 337-390, publié par l'Association du Barreau de la ville de New York.

aussi bien du juriste que du politologue. » (*The Concept of Law*, p. 95¹⁴¹).

Ces doutes se muent en certitude lorsqu'on examine la « règle de reconnaissance » de Hart. Je vais essayer d'expliquer ce que je comprends de cette règle à l'aide d'un exemple d'une simplicité enfantine. Un petit pays est gouverné par le roi Rex, dont tout le monde admet qu'il dispose du plus haut pouvoir normatif. Pour être tout à fait clair, on peut supposer que chaque citoyen adulte signe, avec une sincérité enjouée, un texte rédigé en ces termes : « Je reconnais Rex comme étant la source unique et ultime de droit dans mon pays ».

Il est dorénavant évident qu'existe dans ce royaume une règle selon laquelle Rex a le dernier mot quant à ce qui doit être considéré comme étant du droit. Hart propose de l'appeler « la règle de reconnaissance ». Cette proposition n'est pas de nature à susciter la controverse. Seulement, Hart va plus loin et insiste pour appliquer cette règle à la distinction entre les règles qui confèrent des pouvoirs et celles qui imposent des devoirs. La règle de reconnaissance, affirme-t-il, doit être considérée comme une règle qui confère des pouvoirs. À nouveau, cela paraît presque être un truisme.

Si ce n'est que Hart semble tirer de cette caractérisation l'idée plus radicale selon laquelle la règle ne peut pas contenir de disposition expresse ou tacite permettant le retrait de l'autorité conférée en cas d'abus. Une telle proposition est défendable si on souhaite décourager une tendance à l'anarchie, comme Hobbes n'a pas manqué de le montrer. Le problème est que Hart semble penser que cette solution est imposée par la logique. Il est vrai que, si on souhaite préserver une distinction nette entre les règles imposant des devoirs et celles conférant des pouvoirs, la possibilité de retirer l'autorité de créer des lois une fois qu'elle a été conférée par la règle de reconnaissance n'est guère réjouissante. Si Rex commençait à cacher ses lois aux personnes tenues d'y obéir et qu'on le destituait pour cette raison, il serait évidemment ridicule de se demander s'il a été déchu pour avoir violé un devoir implicite ou pour avoir outrepassé les limites tacites de son pouvoir, renonçant automatiquement, de la sorte, à sa fonction. En

¹⁴¹ [NdT] Les références aux pages du livre de Hart dans le corps du texte sont celles de Fuller et renvoient donc au texte anglais.

d'autres termes, une règle qui confère un pouvoir et qui stipule, de façon expresse ou tacite, que ce pouvoir peut être révoqué en cas d'abus, contient une disposition qui chevauche de façon ambiguë la distinction entre les règles qui imposent des devoirs et celles qui octroient des pouvoirs.

Il en résulte que, si Hart souhaite préserver sa distinction clé, il est obligé de partir du principe que l'autorité législative ne peut pas être révoquée. Dans toute son analyse de la règle de reconnaissance, il me semble que Hart est tombé dans le piège que redoutent tous les théoriciens du droit. Il applique aux comportements qui font exister et soutiennent un système juridique des distinctions juridiques qui n'ont aucun sens pour une telle application. Il ne fait aucun doute qu'un système juridique dérive son soutien ultime du sentiment qu'il est « juste ». Cependant, un tel sentiment, qui découle d'attentes tacites et de l'adhésion de ses sujets, ne peut tout simplement pas être exprimé en termes d'obligations et de capacités.

Imaginons, pour emprunter un exemple célèbre à Wittgenstein, une mère qui, s'apprêtant à partir, dit à sa baby-sitter : « Pendant mon absence, apprends un jeu à mes enfants ». La baby-sitter apprend aux enfants à jouer pour de l'argent ou à se battre en duel avec des couteaux de cuisine. Est-ce que la mère, avant de condamner cet acte, doit se demander si la baby-sitter a violé une autorisation tacite ou si elle a simplement abusé de son autorité ? Je crois qu'elle devrait se soucier aussi peu de cette question que de celle que se pose Wittgenstein : peut-elle honnêtement dire « Je ne parlais pas de ce type de jeu », alors qu'elle n'a jamais pensé à la possibilité même qu'un tel jeu soit enseigné à ses enfants ? Certaines hypothèses sont, lorsqu'elles sont appliquées aux relations humaines, trop absurdes que pour être élevées au rang d'exclusion consciente. Il en irait de même, à notre époque à tout le moins, si un Parlement devait oublier que sa fonction est finalement de faire des lois, et s'il commençait à agir comme s'il avait reçu le pouvoir de sauver les âmes ou de déclarer la vérité scientifique. Et si les attentes et adhésions qui soutiennent le pouvoir du Parlement le confinent à faire des lois, cela n'implique-t-il pas d'autres limitations tacites ? Ne part-on pas du principe que le Parlement n'organisera pas une fête dans laquelle ses membres qui tiendront encore debout à minuit auront le

pouvoir de faire des lois ? Est-ce aller trop loin que de dire qu'il est tacitement accepté que le Parlement ne cachera pas ses textes à ceux qui doivent y obéir ou qu'il ne rédigera pas ses lois dans des termes délibérément incompréhensibles ?

Hart est résolu à sauver le concept de droit de son identification avec le pouvoir coercitif. Un système juridique, affirme-t-il, n'est pas « la situation du bandit armé à grande échelle ». Mais si la règle de reconnaissance signifie que tout ce qui est appelé loi par le législateur compte comme étant du droit, alors la détresse du citoyen est, à certains égards, pire que celle de la victime du bandit armé. Si ce dernier dit « La bourse ou la vie », je peux certainement m'attendre à ce que, si je lui donne mon argent, il me laisse la vie sauve. S'il accepte mon portefeuille et me tue ensuite, je peux supposer que son comportement sera condamné non seulement par les moralistes mais également par les bandits de grand chemin qui ont des principes. En ce sens, même une « capitulation sans condition » n'est pas vraiment inconditionnelle, dès lors que celui qui se rend ne doit pas s'attendre à avoir échangé une mort soudaine contre une torture lente.

La distinction de Hart entre la « situation du bandit » et un système juridique (p. 20-25) ne contient aucune référence à un élément quelconque de réciprocité tacite. La distinction est, au contraire, formulée en des termes entièrement formels ou structurels. Le bandit formule sa menace dans une situation de face-à-face ; le droit s'exprime normalement par des ordres permanents et généraux qui peuvent être publiés, mais qui ne constituent pas une communication directe entre le législateur et le sujet de droit. Le fait d'agir par des règles générales est « le mode de fonctionnement courant du droit, ne serait-ce qu'en raison du fait qu'aucune société ne pourrait entretenir le nombre de fonctionnaires nécessaire pour que chaque membre de la société soit officiellement et personnellement informé de tous les actes qu'on lui enjoindrait d'accomplir » (p. 21). Chaque étape de l'analyse semble avoir été conçue pour exclure l'idée qu'il puisse y avoir une attente légitime de la part du citoyen qui aurait été violée par le législateur.

Je ne vais pas essayer de décrire en détail la façon dont Hart applique la règle de reconnaissance à une démocratie constitutionnelle complexe. Il suffit de dire qu'il admet que, dans

ce cas, il n'existe pas une règle unique de reconnaissance, mais tout un complexe de règles, de pratiques et de conventions qui déterminent la façon dont les législateurs sont élus, les qualifications et compétences des juges, ainsi que tout ce qui affecte la détermination, dans un cas particulier, de ce qui compte ou non comme droit (p. 59, 75, 242, *et passim*). Il reconnaît également « qu'une grande partie des simples citoyens – peut-être une majorité – n'a aucune conception globale de la structure du droit ou de ses critères de validité » (p. 111). Enfin, il concède qu'il n'est pas toujours possible de distinguer avec précision les règles de droit ordinaires et celles qui confèrent des pouvoirs de création du droit (p. 144). Il semble pourtant insister sur le fait que, malgré ces concessions, *la* règle de reconnaissance qui confère une souveraineté juridique au pouvoir législatif peut, d'une certaine façon, résumer et absorber toutes les petites règles qui permettent aux juristes de reconnaître du droit dans une centaine de contextes différents. Il semble également affirmer que ce concept n'est ni une construction juridique imposée de l'extérieur, ni une expression de confiance dans la capacité politique du Parlement à résoudre tous les conflits imaginables qui peuvent survenir au sein du système, mais plutôt quelque chose qui peut être prouvé de façon empirique dans la pratique de tous les jours.

J'ai du mal à imaginer comment cela pourrait être le cas. Le « Parlement » n'est, après tout, qu'un nom donné à une institution dont la nature a drastiquement changé au fil des siècles. Le souvenir de cette évolution est préservé par la fiction courtoise qui parle, encore aujourd'hui, de la « Reine en son Parlement » pour évoquer le pouvoir législatif du Parlement. Il me semble que parler d'une règle de reconnaissance pour désigner quelque chose qui change constamment revient, en pratique, à considérer que dans un pays donné, la règle de reconnaissance a toujours reconnu le pouvoir suprême de créer des lois au *Grand X*, *X* ayant désigné, d'une décennie à l'autre, une autorité élue, le fils le plus âgé du dernier *X* ou un triumvirat tiré au sort au sein de l'armée, du clergé et du syndicat des travailleurs.

L'analyse de Hart semble ainsi indiquer que le curseur que la règle de reconnaissance dirige vers la source du droit peut évoluer le long d'un arc de cercle assez important sans perdre sa cible. Quelle peut être l'amplitude de cet arc de cercle ? La sagesse

politique impose peut-être de ne pas donner de réponse trop précise à cette question. Il est toujours possible, en étudiant le passé d'un pays, de déceler des continuités là où les contemporains de cette époque voyaient des révolutions. Seulement, lorsqu'on décrit la règle de reconnaissance comme « un outil puissant d'analyse », il devient essentiel de savoir quand il indique quelque chose et quand il passe d'un *A* à un *B* bien distinct.

Une erreur fondamentale de méthode me paraît imprégner toute l'analyse de Hart relative à la règle de reconnaissance. Tout au long de cette analyse, il essaie de donner, à l'aide de cette règle, des réponses juridiques claires à des questions qui relèvent essentiellement du fait sociologique. Cette mauvaise application de la règle de reconnaissance est particulièrement flagrante lorsqu'il discute de ce qu'il appelle « la persistance du droit » (p. 60-64).

Un monarque absolu, le roi Rex V, monte sur le trône à la mort de son père, le roi Rex IV. Malgré le changement de cette source humaine du droit, on considère que les lois adoptées par Rex IV restent applicables et inchangées tant que Rex V n'annonce pas leur modification. Voilà le fait sociologique que Hart essaie d'expliquer. Il a été décrit il y a plus d'un siècle et demi par Portalis en ces termes : « L'expérience prouve que les hommes changent plus facilement de domination que de lois. »¹⁴²

Hart rend compte de ce fait d'expérience en expliquant que la règle de reconnaissance ne désigne pas l'homme mais la fonction, et comprend des règles de succession légale. On peut expliquer de la même façon, suggère Hart, pourquoi une loi adoptée par le Parlement en 1735 peut encore être en vigueur en 1944.

Supposons cependant que, dans notre cas hypothétique, ce n'est pas Rex V qui succède à Rex IV mais Brutus I, qui évince Rex IV du trône sans la moindre prétention à un titre et en violation flagrante des règles de succession en vigueur. Doit-on dire que la conséquence nécessaire de cet événement est que toutes les lois antérieures – y compris celles de propriété, de contrat et de mariage – ont dorénavant perdu toute force obligatoire ? Tel est le résultat que commande l'analyse de Hart, mais qui va pourtant à l'encontre de l'expérience historique. Dans ce cas, il est probable que Hart devrait recourir à un argument du type : Brutus I, en ne

¹⁴² Portalis 1827, p. 251 ([NdT] en français dans le texte).

disant rien à cet égard, a tacitement adopté le droit antérieur – un argument qu'Hart lui-même critique chez Hobbes, Bentham et Austin, et que son analyse devait rendre inutile.

Il est sans doute ironique que le bon vieux coup d'état militaire, dépourvu de toute idéologie, représente le modèle le plus clair d'un changement de « règle de reconnaissance » tout en constituant peut-être la menace la moins importante pour la « persistance du droit ». Au contraire, la révolution idéologique moderne, qui s'immisce subtilement dans le pouvoir en manipulant les formes juridiques, est de nature à susciter les doutes les plus importants quant au maintien en vigueur des lois antérieures (comme, par exemple, l'exemption fiscale des églises). La règle de reconnaissance, en ce qu'elle tend à expliquer la persistance du droit, nous oriente donc dans la mauvaise direction.

Il me semble qu'on trouve une application tout aussi malheureuse de la règle de reconnaissance lorsque Hart l'utilise pour expliquer quand et comment une société passe « d'un monde pré-juridique à un monde juridique » (p. 41). Une société qui vit dans un monde pré-juridique ne connaît que des règles primaires d'obligation, c'est-à-dire des règles imposant des devoirs (p. 89). Un tel système de règles est défaillant à plusieurs égards : il ne fournit aucun mécanisme pour résoudre les controverses et les contradictions, ni pour modifier volontairement les règles ; l'effectivité de ses règles dépend de pressions sociales diffuses (p. 90-91). La transition vers le monde juridique se fait lorsqu'une société conçoit et applique pour la première fois l'idée selon laquelle une règle peut conférer un pouvoir d'adopter ou de modifier les règles imposant des obligations (p. 61). Cette découverte « constitue en effet un progrès aussi important pour la société que l'invention de la roue » (p. 41).

Il me semble à nouveau que cette conception essentiellement austinienne applique des distinctions juridiques à un contexte auquel elles ne conviennent pas. Tout d'abord, dans une société où prévaut une pensée magique et où la nature est convoquée par incantation, il est clair qu'il ne peut y avoir de distinction claire entre des pouvoirs « naturels » et « juridiques ». Le législateur charismatique n'est pas autorisé à créer le droit par une règle de reconnaissance d'origine humaine. L'autorité dont il jouit provient plutôt de la croyance qu'il possède une capacité

spéciale à percevoir et à déclarer le droit¹⁴³. Si on peut parler de l'émergence de quelque chose comme une règle de reconnaissance explicite, elle s'est réalisée sur plusieurs siècles et a impliqué un passage graduel de la notion de pouvoirs comme attribut d'une personne à celle de pouvoirs conférés par un rôle social défini. Lorsque cette transition s'est terminée, on avait déjà quitté depuis longtemps ce qu'on pourrait appeler un état primitif de la société. En réalité, on pourrait dire que cette transition n'est jamais à l'abri d'une rechute dans un état plus primitif. Dans une certaine mesure, le culte de la personnalité ne nous quitte jamais.

En outre, on peut douter du fait que la société primitive ait jamais été dominée par une notion ressemblant à la conception moderne du devoir. On peut à tout le moins arguer que, entre les notions de pouvoir et de devoir, c'est la première qui est la plus ancienne. Ce qu'on appellerait aujourd'hui une « peine » prenait généralement la forme, dans la société primitive, d'une soumission du contrevenant à des pouvoirs magiques afin de laver la communauté de toute impureté. Un recours abondant à l'ostracisme permettait une purification similaire. Plutôt que d'entretenir une notion générale de devoir, ces sociétés étaient confrontées à des faits qui étaient autorisés ou interdits, appropriés ou inappropriés, *fas et nefas*. Les premières procédures juridiques ont souvent pris la forme non pas d'une détermination judiciaire de la culpabilité, mais d'un rituel de développement personnel. Chaque méfait appelait un remède distinct, conçu pour le cas particulier. On ne peut parler de l'émergence d'une conception généralisée du devoir que lorsqu'on dispose de plusieurs remèdes pour la violation d'un seul devoir, ou de plusieurs devoirs dont on peut imposer l'exécution par un seul remède. Aussi longtemps que les conséquences d'un méfait sont identifiées aux étapes formelles qui sont nécessaires pour y remédier, on a affaire à l'idée de pouvoir plutôt qu'à celle de devoir.

Il serait utile de tester l'hypothèse de Hart sur la transition vers le « monde juridique » à l'aune de l'expérience réelle d'un peuple primitif ayant effectué cette transition assez récemment. Tel

¹⁴³ Voy. Weber 1954, p. 73-82. La distinction qu'effectue la philosophie chinoise entre le gouvernement des hommes et le gouvernement des lois vaut également la peine d'être mentionnée, dès lors qu'elle contredit quelque peu l'insistance de Weber sur le caractère irrationnel du « charisme ». Voy. Escarra 1936, p. 7-57.

est le cas du peuple Manus des îles de l'Amirauté, dont l'expérience a été relatée par Margaret Mead¹⁴⁴.

Après la Seconde Guerre mondiale, le peuple Manus a appris de ses gouverneurs australiens qu'il existait une façon de gérer les conflits qu'ils ignoraient. Il s'agissait de la procédure juridictionnelle. Jusque-là, leur méthode de règlement des conflits, qui était totalement insatisfaisante, consistait en des « querelles, raids et cérémonies de paix subséquentes et éphémères, souvent accompagnées de paiements en expiation ». Ils découvrirent qu'un conflit pouvait être décidé et réglé en le soumettant à un arbitre impartial. Il s'en est suivi un véritable engouement pour la procédure juridictionnelle, leurs anciens se voyant confier ou assumant un rôle social qui ne leur était pas familier, celui de juge. Curieusement, la justice qui était ainsi rendue était une sorte de produit du marché noir, dès lors que les « juges » qui tranchaient leurs conflits n'avaient aucun statut juridique auprès du gouvernement australien ; leurs pouvoirs ne reposaient sur aucune autre règle de reconnaissance qu'une règle très informelle et fluctuante parmi la population Manus.

L'attitude du peuple indigène à l'égard de cette innovation est décrite par Mme Mead comme suit :

Le système juridique dans son ensemble apparaît neuf et beau au peuple indigène, nouvellement animé du désir de garder sa société « en ordre ». Il le voit comme une invention magnifique, aussi belle qu'un avion, à tel point que s'est répandue, jusque dans la Nouvelle-Guinée profonde, l'institution de « tribunaux » illégaux.

Si le compte rendu de Mme Mead est correct, alors la règle de reconnaissance du peuple Manus n'indiquait pas une autorité humaine habilitée par une règle à créer du droit, mais une procédure. Du reste, si on veut parler d'une invention comparable à la roue ou à l'avion, il est tout à fait approprié de réfléchir à une procédure et pas à la simple reconnaissance d'une autorité.

¹⁴⁴ Mead 1956. Les citations dans le texte sont reprises des pages 306 et 307.

Le droit comme entreprise intentionnelle ou comme manifestation du pouvoir social

On peut considérer que les nombreuses oppositions de point de vue examinées dans ce chapitre reflètent, en réalité et dans des contextes différents, un seul désaccord sous-jacent. La nature de cette divergence fondamentale peut être exprimée en ces termes : j'ai insisté sur le fait que le droit pouvait être conçu comme une entreprise intentionnelle, dont le succès dépend de l'énergie, de la connaissance, de l'intelligence et de la diligence de ceux qui la mènent et qui est vouée, en raison de cette dépendance, à ne jamais pouvoir atteindre totalement ses objectifs. Le point de vue opposé insiste sur le fait que le droit doit être traité comme la manifestation factuelle de l'autorité ou du pouvoir social, à étudier pour ce qu'il est et ce qu'il fait, et non pour ce qu'il essaie de faire ou de devenir.

Afin de traiter de cette opposition fondamentale, je vais commencer par faire un relevé des considérations qui me semblent avoir mené à la conception à laquelle je m'oppose. Dès lors que je n'ai pas autorité pour parler au nom de ceux qui la partagent, la forme de ce relevé sera hypothétique. Je vais néanmoins essayer de le formuler de façon aussi convaincante que possible.

Ce relevé commencerait par la concession que l'intention a un rôle à jouer dans l'interprétation des textes juridiques. Une loi est manifestement une chose qui a une raison d'être, qui sert une ou plusieurs fins. Ce qui est contesté, ce n'est pas le fait que des buts soient assignés aux lois mais que le droit dans son ensemble ait un but.

Toute conception qui veut attribuer une intention ou une fin à un complexe institutionnel dans son ensemble a, dit-on, des antécédents peu sympathiques dans l'histoire de la philosophie. Cela rappelle les excès des idéalismes allemand et anglais. Si on commence à parler de l'intention du droit, il y a un risque qu'on finisse par parler de l'intention de l'État. Même si on considère qu'il y a peu de risque que l'esprit de Hegel revienne, la conception intentionnelle a d'autres affinités qui ne sont guère rassurantes. Elle rappelle, par exemple, les discussions solennelles sur la raison d'être des Marécages conduites par Thomas Jefferson

et ses associés dans l'*American Philosophical Society*¹⁴⁵. On pourrait dire qu'une téléologie naïve s'est révélée être le pire ennemi de la quête scientifique de la vérité objective.

Même si ses affinités historiques étaient moins dérangeantes, une théorie qui essaie d'attribuer un but à une institution dans son ensemble se trouve nécessairement confrontée à une impossibilité intrinsèque. Les institutions sont constituées par une multitude d'actions humaines individuelles. La plupart suivent des habitudes routinières et on peut difficilement dire qu'elles poursuivent un but, quel qu'il soit. Parmi celles dont c'est malgré tout le cas, les objectifs recherchés par les parties prenantes peuvent être de nature très différente. Même ceux qui participent à la création des institutions peuvent avoir des opinions très différentes quant à leur but ou à leur fonction.

Pour répondre à ces critiques, je commencerai par rappeler que l'intention que j'ai attribuée à l'institution du droit est aussi modeste que sensée, à savoir soumettre la conduite humaine à la supervision et au contrôle de règles générales. Une telle intention ne se prête guère aux excès hégéliens. Le fait de l'attribuer au droit pourrait même passer pour un truisme inoffensif si ses implications n'étaient pas, comme je crois l'avoir démontré dans mon deuxième chapitre, loin d'être évidentes ou insignifiantes.

Avant de se priver de la petite incartade téléologique que je propose, nous devrions étudier attentivement le coût d'un tel déni, essentiellement la perte de tout critère pour définir la légalité. Si le droit n'est qu'une manifestation factuelle du pouvoir social, on peut encore parler de la justice ou de l'injustice substantielle des textes particuliers, mais on ne peut plus parler du degré avec lequel un système juridique réalise l'idéal de légalité. Si on reste cohérent avec nos prémisses, on ne peut affirmer, par exemple, que le système juridique d'un pays *X* réalise l'idéal de légalité dans une plus grande mesure que celui d'un pays *Y*. On peut parler des contradictions en droit mais on ne dispose d'aucun critère pour définir ce qu'est une contradiction. On peut se lamenter sur l'existence de certaines lois rétroactives, mais sans être en mesure

¹⁴⁵ Boorstin 1948, p. 45-47. [NdT] Dans cet ouvrage, l'auteur relate comment Jefferson et les membres de sa société philosophique discutaient abondamment du fait qu'on pouvait toujours trouver une explication harmonieuse aux désordres apparents de la nature, comme les marécages.

d'expliquer en quoi un système de droit entièrement rétroactif pose problème. Si on observe que le pouvoir en droit s'exprime normalement par l'application de règles générales, on n'y trouve pas meilleure explication que le fait que le pouvoir juridique suprême ne peut se permettre de poster un policier à chaque coin de rue pour dire aux gens ce qu'ils doivent faire. En bref, on ne peut ni formuler les problèmes auxquels mon deuxième chapitre est consacré, ni y répondre.

On pourrait dire que, si ces problèmes ne peuvent être formulés d'une façon qui nous permette d'y répondre, il faut s'y résigner courageusement et ne pas se leurrer avec des fictions. C'est à ce stade que la question devient décisive. Il ne s'agit en effet pas de savoir quelle conception est la plus confortable et la plus rassurante, mais laquelle est juste et correspond le plus fidèlement à la réalité qui nous concerne. Dans la suite de ce chapitre, je vais essayer de montrer que la conception qui prétend faire abstraction de l'intention du droit et traiter ce dernier simplement comme une manifestation factuelle du pouvoir social ne peut pas être soutenue, sauf en falsifiant la réalité sur laquelle elle prétend se construire.

La conception que je critique voit la réalité du droit dans le fait d'une autorité établie qui le crée. Ce que cette autorité affirme être du droit *est* du droit. Il n'y a, dans cette détermination, aucune question de degré ; on ne peut la qualifier de succès ou d'échec. Il me semble qu'on peut résumer de la sorte l'idée générale de la théorie qui s'oppose à celle que je défends.

Cette théorie n'est tenable, selon moi, que si on fait systématiquement abstraction de deux éléments de la réalité qu'elle prétend décrire. Le premier réside dans le fait que l'autorité établie qui nous dit ce qu'est le droit est elle-même un produit du droit¹⁴⁶. Dans la société moderne, le droit est habituellement créé par une action collective. Une telle action – celle d'un Parlement par exemple – n'est possible qu'en adoptant et en suivant des règles de procédure qui permettront à un groupe de personnes de parler d'une seule voix juridique. Ces règles de procédure peuvent échouer dans chacune des huit directions qui sont ouvertes à tout système de droit. Donc, lorsqu'on affirme qu'au Royaume-Uni, le

¹⁴⁶ J'ai eu l'occasion d'évoquer ce point en discutant de la suprématie parlementaire, voy. p. 124 *supra*.

Parlement a le dernier mot sur ce qui constitue du droit, on postule tacitement une certaine mesure de succès dans une entreprise juridique au moins, celle qui consiste à donner au Parlement le pouvoir collectif de « dire » des choses. Un tel présupposé est généralement justifié dans les pays qui ont une longue tradition parlementaire. Mais si on veut rester fidèle à la réalité qu'on prétend décrire, on doit admettre que la capacité d'un Parlement à adopter des lois est, en elle-même, la réalisation d'un effort intentionnel et pas uniquement une donnée de la nature.

La seconde falsification de la réalité consiste à ignorer le fait qu'une structure formelle d'autorité dépend elle-même, en général, d'un effort humain qui n'est exigé par aucune loi ou aucun commandement. Weber relève que toutes les structures sociales formelles – qu'elles soient incarnées dans une tradition ou dans une constitution écrite – sont susceptibles d'avoir des lacunes qui n'apparaissent pas en tant que telles, parce qu'elles sont comblées par des actions appropriées, souvent réalisées sans conscience qu'il existait une alternative¹⁴⁷. En d'autres termes, les gens ne font, en général, rien d'absurde au point de faire échouer toute l'entreprise dans laquelle ils sont engagés, même si les instructions formelles qu'ils suivent permettraient de telles absurdités.

La Constitution des États-Unis offre un bon exemple de lacune dans une structure formelle. La nécessité que les lois soient publiées est probablement l'exigence la plus évidente de la légalité. C'est également l'exigence qui peut le plus facilement être formalisée dans un texte constitutionnel. Pourtant, la Constitution ne dit rien de la publication des lois. Malgré cette lacune, je doute fort qu'il soit passé par l'esprit d'un des membres du Congrès qu'il pourrait s'attirer les faveurs du contribuable s'il promettait de faire des économies en ne publiant pas les lois. On peut évidemment soutenir que l'exigence constitutionnelle de publication peut être justifiée par l'interprétation, dès lors que les dispositions interdisant certaines lois rétroactives n'auraient aucun

¹⁴⁷ Weber 1954, p. 31-33. Weber écrit « C'est un fait que les questions les plus 'fondamentales' ne sont souvent pas réglementées par le droit, même dans les ordres juridiques qui sont autrement totalement rationalisés. » Il poursuit en disant que les hommes agissent généralement de façon à ce que la situation « absurde mais possible juridiquement » ne se présente pas.

sens autrement. Ceux qui ont considéré dès le début qu'il était évident que les lois devaient être publiées ne se sont cependant pas aventurés dans une telle interprétation.

L'auteur de doctrine peut refuser de voir le droit comme une entreprise et le traiter simplement comme une émanation du pouvoir social. Ceux dont les actions incarnent ce pouvoir, cependant, se considèrent comme étant engagés dans une entreprise et ils font en général ce qu'il faut pour garantir son succès. Dans la mesure où leurs actions doivent être guidées par leur perspicacité plutôt que par une règle formelle, il est inévitable d'avoir différents degrés dans la réalisation de ce succès.

Le problème de Hart relatif à « la persistance du droit » – comment le droit créé par Rex IV reste en vigueur lorsque Rex V monte sur le trône ? – est un autre exemple de lacune de la structure formelle postulée qui n'apparaît pas en pratique. Le besoin de continuité en droit malgré les changements de gouvernement est tellement évident que tout le monde présuppose que cette continuité coule de source. Cela devient un problème uniquement lorsqu'on essaie de définir le droit comme une émanation d'une autorité formelle et qu'on exclut de ses opérations l'influence possible du jugement et de la perspicacité humains.

Il est clair que l'insistance avec laquelle la théorie essaie de définir exactement le pouvoir normatif suprême témoigne de l'inquiétude qu'une ambiguïté sur ce point entraîne la désintégration de tout le système juridique. À nouveau, c'est oublier qu'aucune instruction émanant d'en haut ne pourra jamais se passer d'une action intelligente guidée par un sens du but recherché. Même le juge de paix le plus modeste, qui a du mal à comprendre les limites de ses compétences, aura généralement la perspicacité de voir que ses pouvoirs dérivent d'une fonction qui fait partie d'un système plus important. Il aura, à tout le moins, le discernement de procéder prudemment. La coordination entre les éléments d'un système juridique n'est pas quelque chose qui peut être simplement imposée ; elle doit être réalisée. Heureusement, le fait de prendre son rôle au sérieux et une petite dose d'intelligence suffiront généralement à remédier aux défauts du système formel.

Il me semble que refuser d'attribuer au droit dans son ensemble une intention, même modeste ou restreinte, ne manque pas d'ironie. Aucune école de pensée n'a jamais prétendu pouvoir

comprendre la réalité sans y discerner une structure, une parenté ou une logique. Si nous étions inondés par une pluie informe d'événements discrets et sans lien les uns avec les autres, il n'y aurait rien à comprendre ni à discuter. Lorsqu'on traite le droit comme un « fait », on doit présumer qu'il s'agit d'un cas particulier, possédant des qualités définissables qui le distinguent des autres faits. En réalité, tous les théoriciens du droit sont bien en peine de nous dire de quel fait il s'agit au juste : ce n'est pas « la situation du bandit armé à grande échelle », il implique normalement l'application de règles générales au comportement humain, etc.

Cet effort pour découvrir et décrire les caractéristiques qui permettent d'identifier le droit rencontre généralement un certain succès. Comment cela se fait-il ? La raison n'en est pas du tout mystérieuse. Elle réside dans le fait que, dans presque toutes les sociétés, les gens ressentent le besoin de soumettre certains types de conduite humaine au contrôle explicite de règles. Lorsqu'ils entreprennent de mettre en œuvre cette soumission, ils réalisent qu'une 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 les hommes, en général et dans une certaine mesure, perçoivent ces exigences et les respectent que les systèmes juridiques affichent une certaine similitude dans des sociétés qui sont, pour le reste, fort différentes.

C'est donc précisément 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. S'il comprenait sur quoi il construit sa théorie, il serait peut-être moins enclin à se considérer comme un scientifique qui découvre une régularité en observant une nature inanimée. Mais peut-être qu'en repensant à son sujet d'étude, il se découvrira un nouveau respect pour sa propre espèce et réalisera qu'elle aussi laisse derrière elle, tout comme l'électron, une logique perceptible.

Chapitre IV : Les buts substantiels du droit

Et pourtant les savants respectueux des lois écrivent
Que le droit n'a ni tort ni raison. – W.H. Auden

On ne doit pas attendre une bonne constitution parce que ceux qui la font sont dotés de moralité. C'est plutôt parce qu'on a une bonne constitution qu'on peut attendre une société composée de personnes dotées d'un sens moral. – Kant

Le thème central de la philosophie du droit de Holmes est la nécessité de maintenir une distinction nette entre droit et morale. Pourtant, dans *The Path of the Law*, il a écrit :

Je ne dis pas qu'il n'existe pas un point de vue plus vaste selon lequel la distinction entre droit et morale finit par revêtir une importance secondaire, de même que toutes les définitions mathématiques s'évanouissent en présence de l'infini¹⁴⁸.

Il est temps maintenant – sans invoquer l'infini – de voir s'il n'existe pas des contextes où les distinctions sur lesquelles on a insisté précédemment finissent par revêtir une importance secondaire. Les deux distinctions principales sur lesquelles cette discussion s'est fondée jusqu'ici sont, pour mémoire, la distinction entre les moralités de devoir et d'aspiration et entre les moralités interne et externe du droit.

La neutralité de la moralité interne du droit à l'égard des buts substantiels

Lorsque j'ai présenté mon analyse de la moralité interne du droit, j'ai insisté sur le fait qu'elle est généralement indifférente aux buts substantiels de ce dernier et qu'elle est prête à servir la plupart de ces buts avec une efficacité égale. Une question morale qui fait l'objet d'un débat animé actuellement est celle de la contraception. Il est clair que les principes de légalité sont, en eux-mêmes, incapables de résoudre cette question. Il est tout aussi évident que la moralité interne d'un système juridique peut être

¹⁴⁸ Holmes 1897, p. 459.

préservée, que ses règles interdisent ou encouragent la contraception.

Le fait de reconnaître que la moralité interne du droit peut soutenir et rendre efficace une vaste gamme de buts substantiels ne doit pas nous amener à conclure que *n'importe quel* but substantiel peut être adopté sans compromettre la légalité. Même l'adoption d'un objectif tel que la suppression juridique de la contraception peut, dans certaines circonstances, porter atteinte à la moralité du droit. Si, comme cela semble parfois être le cas, des lois prohibant la vente de contraceptifs sont conservées sur papier à titre purement symbolique, tout en sachant pertinemment qu'elles ne seront pas appliquées, la moralité interne du droit s'en trouve sérieusement affectée. Il n'existe aucun moyen d'empêcher que cette contagion s'étende à d'autres parties du système juridique et c'est malheureusement une technique politique habituelle de favoriser un intérêt en adoptant une loi, tout en apaisant l'intérêt opposé en laissant cette loi largement inappliquée.

Un des objectifs du présent chapitre est d'analyser, dans des termes généraux, la manière dont les moralités interne et externe interagissent. Avant de présenter cette analyse, il peut être utile d'y opposer la conception exprimée par H.L.A. Hart dans *Le concept de droit*¹⁴⁹. Dans son chapitre sur le droit et la morale, il écrit :

Pour qu'un tel contrôle de la société puisse fonctionner, les règles doivent satisfaire à certaines conditions : elles doivent être intelligibles, la plupart des gens doivent être capables de leur obéir, et en général, il ne faut pas qu'elles soient rétroactives bien qu'elles puissent l'être exceptionnellement. Cela signifie que la majorité de ceux qui sont éventuellement punis pour avoir violé les règles ont eu la possibilité et l'occasion d'obéir. Les caractéristiques du contrôle assuré par une règle sont manifestement en relation étroite avec les exigences de justice que les juristes appellent le principe de légalité. Un auteur critiquant le positivisme a même vu, dans ces aspects du contrôle assuré par des règles, quelque chose d'équivalent à un lien nécessaire entre droit et morale, et a suggéré qu'on les appelle la « moralité interne du droit ». Encore une fois, si telle est la signification du lien entre droit et morale, nous pouvons

¹⁴⁹ Ce livre a déjà fait l'objet d'une discussion approfondie ; voy. p. 142 *supra*.

l'accepter. Elle est malheureusement compatible avec une très grande iniquité¹⁵⁰.

On ne pourrait imaginer un refus plus explicite de toute interaction possible entre les moralités interne et externe du droit, que celui contenu dans cette dernière phrase. Je dois admettre que j'en reste sans voix. Est-ce que Hart veut simplement dire qu'il est possible, en faisant preuve de beaucoup d'imagination, de concevoir le cas d'un monarque diabolique qui poursuivrait les fins les plus inévitables tout en conservant un respect sincère pour les principes de légalité ? Si tel est le cas, l'observation semble déplacée dans un livre qui vise à rapprocher « le concept de droit » de la vie. Est-ce que Hart affirme que l'histoire contient 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 ? Si la réponse est positive, des exemples auraient été les bienvenus pour nourrir une discussion fructueuse.

La conviction de Hart que les problèmes de légalité ne méritent rien d'autre qu'une évocation occasionnelle et éphémère n'est pas uniquement révélée par ces quelques phrases que j'ai citées. Elle imprègne tout son livre. Lorsqu'il discute de ce qu'il appelle « le noyau de bon sens inhérent à la doctrine du Droit naturel » (p. 189-195¹⁵¹), il se préoccupe exclusivement des buts substantiels, passant sous silence la belle tradition anglaise du « droit fondamental », une tradition qui s'intéresse largement à ce qu'on peut appeler les principes de légalité¹⁵². Lorsqu'il en arrive à traiter de « La pathologie d'un système juridique » (p. 114-120), les questions débattues se réduisent largement à la question de savoir, en langage courant : « C'est qui le patron, ici ? ». Enfin, son analyse de la situation délicate de l'Allemagne d'après-guerre qui essaie de nettoyer les débris moraux et juridiques laissés par les nazis ne tient pas du tout compte de la drastique détérioration de la moralité du droit qui a eu lieu sous Hitler (p. 204). En bref,

¹⁵⁰ Hart 1961, p. 202. L'auteur « critique du positivisme » non identifié dans ce passage n'est autre que moi-même.

¹⁵¹ [Ndt] Les références aux pages du livre de Hart dans le corps du texte sont celles de Fuller et renvoient donc au texte anglais.

¹⁵² Voy. *supra*, p. 108-111.

alors que Hart admet en passant qu'il existe quelque chose qu'on pourrait appeler une moralité interne du droit, il semble considérer que cela n'a aucune portée significative pour les questions plus sérieuses de la théorie du droit.

M'inscrivant en faux contre cette conception de Hart – qui n'est certainement pas atypique dans la pensée juridique moderne – je vais essayer, dans les lignes qui suivent, de restaurer les canaux intellectuels qui, me semble-t-il, devraient relier la légalité aux autres questions majeures de la philosophie du droit.

La légalité comme condition de l'efficacité

Je ne pense pas devoir répéter ici l'argumentation, implicite dans tout mon deuxième chapitre, selon laquelle la moralité interne du droit n'est pas quelque chose qui est ajouté ou imposé au pouvoir du droit, mais qui en constitue une condition essentielle. Si on accepte cette conclusion, la première observation qu'il convient de faire est que le droit est la condition préalable à un droit de qualité. Un charpentier consciencieux, qui a bien appris son métier et prend soin de ses outils, peut se consacrer à la construction aussi bien d'un repaire pour voleurs que d'un refuge pour orphelins. Il n'en demeure pas moins qu'il faut un charpentier, ou l'aide d'un charpentier, pour construire un refuge pour orphelins et que celui-ci sera de meilleure qualité si le charpentier est un artisan compétent, équipé d'outils qui ont été utilisés avec soin et conservés dans de bonnes conditions.

Sans charpentier, il est clair que notre premier besoin ne serait pas d'esquisser des projets d'hôpital ou de refuge, ni de débattre des principes d'une belle décoration, mais de recruter et d'entraîner des charpentiers. Dans le même ordre d'idées, une grande partie du monde a, aujourd'hui, davantage besoin de droit que d'un droit de bonne qualité.

Est-il nécessaire de rappeler que l'accusation portée à George III par la déclaration d'indépendance dénonçait autant un déni de droit que le fait d'avoir imposé des lois injustes :

Il a refusé sa sanction aux lois les plus salutaires et nécessaires au bien public [...] Il a interdit à ses gouverneurs d'adopter des lois d'une importance immédiate et urgente [...] À diverses reprises, il a dissous des Chambres de représentants [...] Après

ces dissolutions, il a refusé pendant longtemps d'en faire élire [...] Il a entravé l'administration de la justice en refusant son assentiment à des lois pour l'établissement de pouvoirs judiciaires [...] Il a abdiqué notre gouvernement, en nous déclarant hors de sa protection et en nous faisant la guerre.

Lorsque ces mots ont été écrits, les Américains étaient en voie d'être « décolonisés ». Nous avons eu la chance d'apprendre de nos professeurs anglais le besoin du droit et la nécessité de préserver son intégrité et sa force. Une grande partie du monde aspire aujourd'hui à la justice sans avoir été soumise à une telle tutelle. Aucune autre époque n'a révélé plus clairement la vacuité de l'opinion selon laquelle le droit ne fait qu'exprimer une donnée relative à un pouvoir social légitimé. Plus que jamais, il est dangereux de prendre cette opinion au sérieux.

Je devrais m'excuser d'insister autant sur cette évidence qu'une adhésion minimale à la moralité du droit est essentielle pour l'efficacité du droit, si ce point n'avait pas été tellement souvent passé sous silence, particulièrement dans des contextes où il requiert le plus d'être mentionné explicitement. Il me semble qu'on en trouve un exemple notable dans le traitement, par Hart, de « La pathologie d'un système juridique » (p. 114-120). Toutes les situations qu'il envisage à ce titre impliquent soit un conflit quant à l'autorité suprême, soit « le simple effondrement d'un contrôle juridique ordonné face à l'anarchie ou au banditisme, sans prétentions politiques à gouverner ». Ici comme ailleurs, dans le livre de Hart, le droit est entièrement conçu du point de vue de sa source formelle plutôt que comme entreprise complexe capable de différents degrés de succès. Nulle part, il n'est reconnu que l'acceptation publique et continue d'une source unique de pouvoir normatif n'empêche pas que ce pouvoir soit exercé d'une façon si inepte ou corrompue qu'on ne puisse parler d'un système juridique effectif. Il n'y a pas davantage de reconnaissance du fait qu'un certain degré de « pathologie » affecte tous les systèmes juridiques, y compris le plus exemplaire. Même si on ne s'intéresse qu'aux passages d'une source formelle de pouvoir juridique à une autre, on ne peut en rendre compte de façon réaliste si on exclut les problèmes de moralité du droit. Au cours de l'histoire, des gouvernements légalement établis ont été renversés

au nom du droit. La menace d'une révolution peut rendre difficile, pour un gouvernement, la mission de maintenir la légalité de ses actions, même s'il y aspire sincèrement. Une explication qui se contente de dire : « Il y a d'abord eu l'acte I, puis l'acte II », perd de vue ces antinomies qui dominent le drame de l'histoire.

Légalité et justice

L'affinité profonde entre légalité et justice a souvent été soulignée et, en fait, Hart lui-même l'a reconnue explicitement (p.202). Elle réside dans la qualité que ces deux notions partagent, celle d'agir sur la base d'une règle connue. La moralité interne du droit demande qu'il y ait des règles, qu'elles soient portées à la connaissance de leurs destinataires et qu'elles soient observées en pratique par ceux qui sont chargés de leur application. On pourrait penser que ces exigences sont neutres sur un plan éthique lorsque les buts externes du droit sont concernés. Pourtant, de la même façon que le droit est une condition préalable à un droit de qualité, le fait d'agir sur la base d'une règle connue est une condition préalable à toute appréciation sensée de la justice en droit. On ne peut qualifier d'injuste un « pouvoir illimité et sans droit », qui intervient dans les affaires humaines de façon imprévisible et aléatoire, uniquement parce qu'il n'agit pas sur la base d'une règle connue. Il serait difficile de considérer que ce pouvoir est injuste dans un sens plus spécifique tant qu'on n'a pas découvert quel principe caché, s'il en existe un, a guidé ses interventions. La vertu d'un ordre juridique construit et administré consciencieusement est d'exposer au contrôle public les règles par lesquelles il agit.

On a tendance à oublier les stratégies qui ont été utilisées par les nazis pour éviter un tel contrôle public. Durant leur régime, de nombreuses vitrines de magasins allemands arboraient une affiche sur lequel il était écrit : « Jüdisches Geschäft », alors que ce n'était exigé par aucune loi. Elles ont été posées à la « demande » de membres du parti qui les distribuaient aux magasins où leur affichage paraissait approprié. L'explication de cette procédure, courante parmi les citoyens, était que les nazis savaient qu'un texte juridique formel et publié susciterait la critique à l'étranger. Cette ruse fut d'ailleurs une réussite, à tout le moins partielle. Ainsi, lorsqu'une arrivée massive de visiteurs étrangers était attendue, par exemple lors d'une foire commerciale,

les affiches étaient, à nouveau à la demande du parti, temporairement retirées. À Berlin, où de nombreux visiteurs étrangers allaient et venaient constamment, les affiches n'étaient pas du tout utilisées. Il était par contre « demandé » aux magasins appartenant à des Juifs d'utiliser une couleur particulière pour les châssis de leurs vitrines. Il était probable que le visiteur étranger occasionnel relève la fréquence avec laquelle cette couleur était utilisée mais, en général, il ignorait tant sa signification que le fait que cette utilisation observait une règle qui n'avait jamais été adoptée officiellement.

Dans notre pays, il est assez courant que les pratiques des autorités gouvernementales soient régies par des règles non écrites et non publiées. Le contenu de ces règles est, parfois, tout à fait innocent, bien que leur ignorance puisse constituer un handicap pour le citoyen qui est confronté à ces autorités. Dans d'autres cas, cependant, leur contenu est tout sauf innocent. Un exemple particulièrement brutal d'une telle règle a été révélé récemment à Boston. Il est apparu que, quand une personne arrêtée était détenue en prison pour la nuit, la pratique était de lui faire signer un document déchargeant la police de toute responsabilité civile pour les actes liés à cette arrestation et à sa détention. La signature de ce document était une condition pour être libéré. Il ne fait aucun doute que de nombreux policiers ont, sans réfléchir, suivi cette pratique en ayant l'impression d'observer consciencieusement la procédure standard d'usage. Il est toutefois difficile d'imaginer qu'un législateur souhaite, par une règle publiée, autoriser une telle procédure.

Jusqu'à présent, je me suis exprimé comme si l'affinité entre légalité et justice se limitait au fait qu'une règle formulée et rendue publique suffit à permettre au public de juger de son caractère équitable. L'affinité a, cependant, des racines plus profondes. Même si un homme ne doit rendre des comptes qu'à sa propre conscience, il le fera de façon plus responsable s'il est obligé d'exprimer les principes sur la base desquels il agit. De nombreuses personnes occupant des positions de pouvoir témoignent, dans leurs relations avec des subordonnés, de régularités de comportement qui peuvent être considérées comme des règles non écrites. Ceux qui expriment ces règles dans leurs actions n'en sont pas toujours conscients. On dit d'ailleurs que les

pires injustices dans le monde n'ont pas été infligées avec le poing mais avec les coudes. Lorsqu'on utilise les poings, c'est avec une intention bien définie et on doit répondre de cette intention, tant envers les autres qu'envers nous-mêmes. On pourrait penser que les mouvements de nos coudes sont aléatoires et que nous n'en sommes pas responsables, même si notre voisin fait l'expérience douloureuse de ce qu'il est systématiquement poussé de son siège. Un engagement fort en faveur des principes de légalité oblige le dirigeant à répondre, non seulement de ses poings mais aussi de ses coudes.

La moralité du droit et les lois visant des maux présumés qui ne peuvent être définis

L'exigence, simple, que les règles de droit soient exprimées en des termes intelligibles paraît à première vue éthiquement neutre par rapport aux buts substantiels qui peuvent être poursuivis par le droit. S'il est un principe de la moralité du droit qui puisse, selon les termes de Hart, être « compatible avec une très grande injustice », il semblerait que ce soit celui-là. Cependant, si un législateur essaie d'éradiquer un mal mais qu'il n'arrive pas tout à fait à identifier la cible de sa loi, il est évident qu'il aura des difficultés à rendre ses lois claires. J'ai déjà essayé d'illustrer ce point en évoquant les lois censées empêcher le « retour du saloon à l'ancienne »¹⁵³. Dans ce cas, cependant, on a affaire à une folie législative plutôt qu'à une injustice.

Il en va tout autrement des lois qui font dépendre de la race la reconnaissance de droits subjectifs. Il est fréquent de nos jours de considérer le gouvernement d'Afrique du Sud comme une combinaison d'observance stricte de la légalité et d'un ensemble de règles brutales et inhumaines. Une telle opinion n'a pu émerger qu'en raison d'une confusion, devenue invétérée, entre déférence envers l'autorité et fidélité à la loi. L'examen de la législation qui maintient la discrimination raciale en Afrique du Sud révèle une violation importante des exigences de la moralité interne du droit.

Les extraits suivants proviennent d'une étude méticuleuse et objective des lois raciales adoptées par l'Union d'Afrique du Sud :

¹⁵³ Voy. p. 98-100 *supra*.

La législation abonde en anomalies et il en résulte que la même personne peut tomber dans différentes catégories raciales selon les lois [...] Le 22 mars 1957, le ministre de l'Intérieur a affirmé qu'environ 100.000 « cas-limite » de classification raciale étaient pendants devant le Directeur du Recensement et des Statistiques [...] Comme la présente étude l'a révélé, l'absence de définition uniforme résulte essentiellement de l'absence de toute base uniforme ou scientifique de classification selon la race [...] En fin de compte, le pouvoir législatif essaie de définir l'indéfinissable¹⁵⁴.

Même le juge sud-africain qui, à titre personnel, partage les préjugés qui ont façonné le droit qu'il est tenu d'interpréter et d'appliquer, doit, s'il respecte l'éthique de sa profession, ressentir un dégoût profond pour les manipulations arbitraires que la législation exige de lui.

Il serait erroné de croire que ce n'est qu'en Afrique du Sud que les lois qui attachent des conséquences juridiques aux différences de race ont donné lieu à de sérieuses difficultés d'interprétation. En 1948, dans *Perez v. Sharp*¹⁵⁵, la Cour suprême de Californie a déclaré inconstitutionnelle une loi qui disposait que « le mariage entre une personne de couleur blanche et un nègre, un mulâtre, un Mongol ou un membre de la race malaise ne pouvait être autorisé ». La décision selon laquelle cette loi était invalide était partiellement fondée sur le fait qu'elle ne rencontrait pas l'exigence constitutionnelle « qu'une loi soit précise et que son sens soit déterminable par ceux dont elle régit les droits et obligations ».

Nos lois de naturalisation disposent maintenant de façon expresse que « le droit d'une personne de devenir un citoyen naturalisé [...] ne sera pas refusé [...] en raison de sa race »¹⁵⁶. La Cour suprême est ainsi à l'abri du risque de se retrouver coincée par ses propres interprétations, comme cela a été le cas en 1922 et 1923. Dans *Ozawa v. United States*¹⁵⁷, la Cour devait interpréter une disposition restreignant la naturalisation aux « personnes de

¹⁵⁴ Suzman 1960, p. 339-367 ; les extraits cités viennent des pages 339, 355 et 367.

¹⁵⁵ 32 Cal. 2d 711.

¹⁵⁶ USCA, Tit. 8, §1422.

¹⁵⁷ 260 U.S., 1922, 178.

couleur blanche ». La Cour releva que, « manifestement, le test basé sur la simple couleur de la peau de chaque individu est impraticable dès lors qu'elle diffère largement entre des personnes de la même race ». Dans une tentative d'atteindre une sorte d'exactitude scientifique, la Cour a déclaré que la notion de « personne de race blanche » devait être interprétée comme visant une personne de la race caucasienne. Dans une affaire plaidée quelques mois plus tard, le candidat à la citoyenneté était un Hindou appartenant à une caste élevée¹⁵⁸. Son avocat soumit des preuves plutôt convaincantes du fait que les anthropologues utilisant le terme « caucasien » l'appliqueraient à son client. La cour releva que ce terme était inconnu de ceux qui avaient rédigé la loi en 1790, et que, « tel qu'utilisé par la science de l'ethnologie, la connotation du mot n'était absolument pas claire et que son utilisation, dans son sens scientifique, comme équivalent aux mots de la loi [...] reviendrait simplement à substituer une perplexité à une autre [...] les mots du langage courant, qui ont été utilisés par les rédacteurs originels de la loi, étaient censés n'inclure que le type de personne qu'ils connaissaient comme étant de couleur blanche ».

Finalement, par une amère ironie, la Haute Cour de justice israélienne a rencontré des problèmes à peu près insolubles en essayant de donner une interprétation simple et compréhensible à la Loi du retour, octroyant automatiquement la citoyenneté aux immigrants « juifs ». Le 6 décembre 1962, une cour divisée décida qu'un moine catholique n'était pas un Juif, eu égard au but de la loi. Son avocat avait plaidé que, ayant une parenté juive, il était toujours juif selon la loi rabbinique. La Cour admit que c'était le cas, mais considéra que la question ne relevait pas du droit religieux mais du droit laïc. Selon ce droit, il n'était plus juif car il avait adopté la religion chrétienne¹⁵⁹.

¹⁵⁸ *United States v. Thind*, 261, U.S., 1923, 204.

¹⁵⁹ Voy. le *New York Times*, 7 décembre 1962, p. 1 et 15 et 7 décembre 1962, p. 13.

La conception de l'homme implicite dans la moralité du droit

J'en viens maintenant à la question essentielle : le fait que le respect des exigences de la moralité du droit peut servir les buts plus vastes de la vie humaine en général. Il s'agit de la conception de l'homme qui est implicite dans la moralité interne du droit. J'ai affirmé à plusieurs reprises que le droit était neutre par rapport à de nombreux enjeux éthiques. Il n'en va pas de même de sa conception de l'homme. Se lancer dans l'entreprise visant à soumettre la conduite humaine à la gouvernance des règles implique nécessairement d'adhérer à la conception que l'homme est, ou peut devenir, un acteur responsable, capable de comprendre et de suivre les règles, et de répondre à ses manquements.

Tout écart par rapport aux principes de la moralité interne du droit est un affront à la dignité de l'homme comme acteur responsable. Juger ses actions à l'aune de lois non publiées, rétroactives ou lui ordonnant l'impossible, revient à faire preuve d'indifférence à l'égard de ses pouvoirs d'autodétermination. À l'inverse, lorsqu'on considère que l'homme est incapable d'agir de façon responsable, la moralité du droit perd toute raison d'être. Juger ses actions à l'aide de lois non publiées ou rétroactives n'est plus une insulte, car il n'y a plus rien à insulter – en fait, même le verbe « juger » devient incongru dans ce contexte ; on ne juge plus un homme, on agit sur lui.

Aujourd'hui, il existe tout un ensemble d'attitudes, de pratiques et de théories qui semblent nous conduire vers une conception qui réfute le fait que l'homme est, ou peut faire son possible pour devenir, un centre d'action responsable et qui s'autodétermine. Les causes de cette tendance sont variées ; leurs motivations vont des plus basses aux plus nobles.

Un de ces courants d'influence vient de la science, et plus particulièrement de certaines écoles de pensée dogmatiques en sciences sociales. Les termes utilisés par l'éminent psychologue B. F. Skinner parlent d'eux-mêmes :

Si on utilise les méthodes de la science dans le champ des affaires humaines, il faut présupposer que le comportement obéit à des lois et qu'il est déterminé. On doit s'attendre à découvrir

que ce que fait un homme est le résultat de conditions qui peuvent être précisées et qu'une fois ces conditions découvertes, on peut anticiper et, dans une certaine mesure, déterminer ses actions. Cette possibilité dérange de nombreuses personnes. Elle s'oppose à une ancienne tradition qui conçoit l'homme comme un sujet libre [...] personne ne peut, s'il appartient à la civilisation occidentale (accepter la conception scientifique du comportement humain) sans difficulté.

La conception d'un individu libre et responsable est intégrée dans notre langage et imprègne nos pratiques, codes et croyances. Si on donne un exemple de comportement humain, la plupart des gens le décriront immédiatement dans les termes d'une telle conception. La pratique est à ce point naturelle qu'elle est rarement examinée. Une formulation scientifique, en revanche, paraît nouvelle et étrange.

On ne tient pas les gens responsables de leurs réflexes – tousser à l'église par exemple. On considère qu'ils sont responsables de leur comportement volontaire – le fait par exemple de chuchoter dans une église ou d'y rester lorsqu'on tousse. Mais il existe des paramètres qui sont responsables tant pour le chuchotement que pour la toux, et ils pourraient bien être tout autant inexorables. Lorsqu'on admet cela, on peut abandonner tant la notion de responsabilité que la doctrine du libre arbitre comme agent causal profond. Cela pourrait modifier considérablement nos pratiques. La doctrine de la responsabilité personnelle est associée à certaines techniques de contrôle du comportement – des techniques qui génèrent « un sens de la responsabilité » ou mettent en évidence « une obligation envers la société ». Ces techniques sont relativement mal adaptées à leur objectif¹⁶⁰.

Le fait que des opinions comme celle-ci représentent une extension abusive de la « science », et soient fondées sur une épistémologie des plus naïves¹⁶¹, ne semble pas sérieusement leur faire perdre leur attrait. Bien que personne, y compris le professeur Skinner, n'y croient vraiment au point d'en faire la base constante de leur action, on admet qu'elles expriment une certaine vérité.

¹⁶⁰ Skinner 1953 ; les citations du texte proviennent des pages 6-7, 10 et 115-116.

¹⁶¹ Les deux thèmes qui parcourent la pensée de Skinner sont : (1) que toute intention doit être exclue de l'explication scientifique, dès lors que cela reviendrait à faire gouverner le présent par un état futur imaginé alors qu'un des principes de la science est que c'est le passé qui contrôle le présent ; (2) le comportement humain doit, autant que possible, être expliqué en termes de causes « externes » à l'organisme plutôt qu'opérant « en son sein ».

Cependant, en exagérant cette vérité et en laissant indéfinies ses propres limites, ces opinions encouragent une attitude d'indifférence envers le déclin du concept de responsabilité qui est implicite dans de nombreux domaines du droit et qui, pour l'essentiel, ne sert pas les fins poursuivies par le professeur Skinner.

En effet, à la décharge du professeur Skinner, il convient de relever qu'il ne met pas seulement en cause la validité du concept de responsabilité, il poursuit en construisant un mode alternatif de contrôle social. Pour l'exprimer simplement, il propose qu'au lieu de dire aux hommes d'être bons, on les conditionne à être bons. Quels que soient les mérites ou défauts de ce programme, il n'a aucun rapport avec celui du procureur débordé qui cherche à se simplifier le travail à l'aide de lois qui dispensent la mise en cause de la responsabilité pénale de toute preuve de faute ou d'intention.

J'ai suggéré que des motifs « nobles » avaient joué un rôle dans la confusion qui entoure le concept de responsabilité. On en trouve un exemple frappant dans les abus relatifs à l'idéal de réhabilitation du droit pénal. Comme Francis Allen l'a démontré¹⁶², cet idéal peut, lorsqu'il est mal appliqué, aggraver la violence du droit pénal qu'il cherchait à humaniser. Quand, par exemple, on fait de la réhabilitation le but exclusif du droit pénal, on risque de perdre le souci du « due process » ou d'une définition claire de ce qui est criminel. Si le pire qui puisse arriver à l'inculpé est de se voir donner une chance de s'améliorer avec des fonds publics, pourquoi autant s'inquiéter d'avoir un procès équitable ?

Depuis que le professeur Allen a publié cet article, les inquiétudes qu'il y exprimait ont reçu une confirmation dans l'opinion rendue par le juge Clark dans *Robinson v. California*¹⁶³. Il s'agissait, selon l'opinion majoritaire de la cour, de savoir si la condition de toxicomane – une condition dont on peut être affecté de façon involontaire – pouvait être érigée en infraction. La majorité de la cour a considéré que tel n'était pas le cas. Dans son opinion dissidente, le juge Clark a estimé que la loi en question

¹⁶² Allen 1959, p. 226-232.

¹⁶³ 370 U.S., 1962, p. 679-686 ; l'opinion de la majorité a été examinée *supra*, p. 114-115.

pouvait être considérée comme une mesure curative. Dès lors qu'il était admis qu'un État puisse, par une procédure civile, faire hospitaliser un toxicomane afin de le soigner, il ne voyait pas pourquoi on ne pourrait pas l'envoyer six mois en prison où, vraisemblablement, les drogues seraient hors de sa portée.

Dans cette conception du droit pénal, quelle pertinence pourraient avoir les principes de légalité pour une loi telle que celle qui était en jeu dans *Robinson v. California* ? Les mesures curatives doivent-elles être limitées par des règles formelles ? Faut-il publier la nature de ces mesures et les cas auxquels elles sont applicables ? Ne peut-on pas appliquer ces mesures curatives à des circonstances antérieures à leur adoption ?

Il existe beaucoup de raisons de croire que notre approche du problème des drogues est inadaptée, et qu'on pourrait réaliser bien plus à l'aide de mesures médicales et de réhabilitation qu'en recourant au droit pénal. Cependant, un tel programme de réforme devra, pour réussir, créer les institutions nécessaires à sa réalisation. Il ne peut pas être mis en œuvre dans des institutions créées pour des fins à ce point différentes ; on ne peut pas faire un hôpital d'une prison en changeant simplement sa dénomination, ni se contenter d'affirmer qu'un procès pénal a été transformé en examen médical.

Il existe d'autres tendances en droit qui contribuent à dissimuler le rôle du citoyen comme acteur qui s'autodétermine. L'utilisation croissante de la taxation comme une sorte de bonne à tout faire juridique n'en est pas la moindre. Ces derniers temps, la taxation est devenue le moyen d'atteindre une multitude de fins de façon indirecte. On a imposé des taxes pour contrôler le cycle commercial, pour identifier les joueurs professionnels, pour allouer des ressources économiques, pour décourager la consommation d'alcool, pour forcer les vendeurs de produits cosmétiques à partager avec le gouvernement le prix élevé que les femmes sont prêtes à payer pour leur beauté artificielle, pour décourager les gens de voyager, pour étendre la juridiction fédérale – et Dieu sait quels autres objectifs ? Pendant ce temps, les procureurs découvrent que les lois fiscales offrent un moyen commode d'obtenir des condamnations qu'ils n'obtiendraient pas autrement.

Il ne faut pas s'étonner que l'objet – et victime – de ces mesures devienne quelque peu perplexe et commence à se demander ce qui se passe. Le citoyen corpulent, déjà obsédé par la

culpabilité de sa suralimentation, pourrait commencer à s'inquiéter que le gouvernement ne fasse quelque chose à propos de son surpoids. Il n'aura probablement pas à craindre de devoir payer une amende en raison du fait qu'il pèse trop mais peut-il être certain que, demain, il ne sera pas soumis à une taxe spéciale, justifiée par le fait que son transport coûte davantage aux compagnies aériennes subsidiées par le gouvernement et ce, même si lui-même ne prend jamais l'avion ? Et ne pourrait-il pas se demander quelle est la différence, après tout, entre une taxe et une amende ? Son désespoir silencieux ne risque pas de disparaître s'il a le malheur d'apprendre qu'un juge célèbre de la Cour suprême avait l'habitude d'insister sur le fait qu'une telle différence n'existait pas.

Je ne vais pas m'attarder davantage sur ces incongruités de l'ordre juridique moderne. Je préfère rappeler ce qu'on perdrait si le concept de responsabilité disparaissait complètement du droit. Notre ordre juridique dans son ensemble est imprégné de deux critères récurrents de décision : la *faute* et l'*intention*. La discussion philosophique de ces notions s'est largement concentrée sur leur rôle en droit pénal, où elle a donné lieu aux arguments les plus abscons, y compris en ce qui concerne le libre arbitre. Mais ces critères jumeaux jouent un rôle tout aussi important en droit des contrats, de la responsabilité aquilienne et de la propriété. Si on les examine de près, ils s'avèrent aussi complexes qu'insaisissables, quel que soit le domaine du droit. Pourtant, sans eux, nous n'aurions aucun fil conducteur pour nous diriger à travers le labyrinthe du droit. Lorsque l'un d'eux fait défaut, on a tendance à chercher ce qui s'en rapproche le plus. S'il n'y a pas d'intention clairement déterminée, on se demande quelle aurait été l'intention des parties si elles avaient pu prévoir telle situation. Quand on ne peut imputer de faute à aucune des parties, on se demande laquelle avait le plus de chance de prévenir le dommage – laquelle, en d'autres termes, se rapproche le plus de la situation d'être en tort.

Voyons ce qui se passe lorsque ces deux tests, et leurs parents proches, font complètement défaut. Cela se passe en droit des contrats lorsqu'une prestation contractuelle est entravée, ou que son sens est modifié, en raison d'un événement extérieur, comme l'annulation d'une cérémonie de couronnement. En droit

de la propriété, nos critères habituels font défaut quand la nature intervient et prend le contrôle, comme lorsque le cours de la rivière change, enlevant une dizaine d'hectares du terrain de A pour les ajouter au terrain de B. Dans de tels cas, les parties au procès ne sont pas des acteurs responsables de leur situation mais les victimes de forces extérieures. On ne peut plus se demander : de qui est-ce la faute ? Quelle était leur intention ? Dès lors que nos critères habituels de justice nous font défaut, on est bien en peine de savoir ce que la justice exige. Si on devait perdre, en droit, la conception d'un homme en tant que centre d'action responsable, tous les problèmes juridiques deviendraient comme ceux que je viens d'évoquer.

Le problème des limites de l'action juridique effective

Jusqu'à présent, j'ai tenté dans ce chapitre de montrer que la moralité interne du droit méritait en effet d'être qualifiée de « moralité ». J'espère avoir démontré qu'une acceptation de cette moralité est une condition nécessaire mais pas suffisante pour la réalisation de la justice, que cette moralité est elle-même violée quand des règles de droit sont utilisées pour exprimer des haines aveugles et que, finalement, la moralité spécifique du droit fait ressortir et nous présente une conception de la nature humaine qui est indispensable tant pour le droit que pour la moralité.

Il est désormais temps de nous tourner vers les limites de la moralité du droit et d'analyser les situations dans lesquelles l'application de cette moralité peut être inappropriée et dommageable.

Il convient d'abord de prendre conscience d'un risque de confusion qui menace notre sujet et dont je vais donner un exemple. Dans son essai *De la liberté*, Mill a écrit :

L'objet de cet essai est d'affirmer un principe très simple, fondé à régler absolument les rapports de la société et de l'individu dans tout ce qui est contrainte ou contrôle, que les moyens utilisés soient la force physique par le biais de sanctions pénales ou la contrainte morale exercée par l'opinion publique. Ce principe veut que [...] La seule raison légitime que puisse avoir une communauté pour user de la force contre un de ses membres et de l'empêcher de nuire aux autres. Contraindre quiconque

pour son propre bien, physique ou moral, ne constitue pas une justification suffisante¹⁶⁴.

Dans sa célèbre réponse à Mill, James Fitzjames Stephen a cherché à réfuter le « principe simple » de Mill en relevant qu'on impose au citoyen britannique des taxes qui permettent de financer le *British Museum*, une institution qui n'a manifestement pas pour but de protéger le citoyen contre un préjudice, mais de le rendre meilleur¹⁶⁵.

Ce qui est illustré ici, c'est la confusion entre le droit, dans le sens usuel de règles de conduite adressées au citoyen, et l'action étatique en général. Mill argumentait que « la force physique sous la forme de *sanctions juridiques* » ne devrait pas être utilisée comme instrument direct pour améliorer le citoyen. Il ne voulait certainement pas dire que le gouvernement ne devrait jamais utiliser des fonds perçus par l'impôt – le cas échéant à l'aide de mesures coercitives – afin de permettre au citoyen de s'améliorer.

La confusion que Stephen a introduit dans sa controverse avec Mill constitue un échantillon plutôt subtil dans son genre. Dans le même ordre d'idées, mais encore pire, on peut citer le passage suivant, sous la plume d'un célèbre anthropologue :

Le droit a souvent été utilisé comme instrument de toute-puissance législative. Il y a eu une tentative de rendre toute une nation plus sensée par le droit. Elle a échoué [à ce stade, on peut se dire que, jusqu'ici, tout va bien]. Dans l'Allemagne nazie, une nation entière est en train de se transformer en bandits mondiaux assoiffés de sang par l'instrumentalisation, entre autres, du droit. Le dictateur italien essaie de transformer son peuple intelligent, sceptique et pacifique en héros courageux. Les fondamentalistes ont essayé, dans certains États de cette Union, d'amener les gens, par le droit, à craindre Dieu et à idolâtrer la Bible. Une grande Union communiste a essayé d'abolir Dieu, le mariage et la famille, toujours par le droit¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Le passage cité apparaît dans le premier chapitre. [NdT] La traduction française provient de la traduction de Laurence Lenglet (Mill 1990).

¹⁶⁵ Stephen 1874, p. 16 : « Forcer une personne à contribuer contre son gré à soutenir le *British Museum* est une violation du principe de Mill aussi nette que la persécution religieuse ».

¹⁶⁶ Malinowski 1942, p. 1247.

Cette identification du droit avec n'importe quel acte imaginable de l'autorité est devenue à ce point commune que, lorsqu'on trouve un auteur qui s'apprête à discuter, selon la célèbre phrase de Pound, « des limites de l'action juridique effective », on ne sait pas vraiment si le sujet traité sera la tentative de supprimer juridiquement l'homosexualité ou l'échec du gouvernement à convertir le pouvoir des marées en électricité à Passamaquoddy.

La moralité du droit et la répartition des ressources économiques

Voilà en guise de tentative de prophylaxie intellectuelle. Examinons maintenant les situations dans lesquelles la moralité interne du droit dépasse son propre domaine.

On se souviendra comment, dans mon premier chapitre, j'ai recouru à l'analogie d'une sorte d'échelle, partant du bas avec les devoirs les plus manifestement nécessaires à l'existence sociale, pour terminer au sommet avec les accomplissements les plus élevés et les plus difficiles dont sont capables les êtres humains. J'ai aussi parlé d'un curseur invisible indiquant le point où la pression du devoir fait place au défi de l'excellence. J'ai affirmé que ce point constituait un problème fondamental de la philosophie sociale. S'il est placé trop bas, la notion même de devoir risque de se désintégrer sous l'influence de modes de pensée qui ne sont appropriés que pour les niveaux plus élevés d'une moralité d'aspiration. Si le curseur est placé trop haut, les rigidités du devoir risquent d'étouffer le désir ardent d'excellence et de substituer à une action vraiment effective la routine d'actes obligatoires.

L'image de l'échelle et du curseur est utile, me semble-t-il, lorsqu'on examine l'éventail des actions étatiques. On trouve, à la base, le gouvernement qui établit des règles de devoir pour contrôler la conduite humaine. À l'autre extrémité de l'échelle, on a, par exemple, le président qui entretient (avec le conseil et le consentement du Sénat) des relations avec les pays étrangers. De telles relations ne peuvent évidemment pas être déterminées par des règles fixes de devoir parce qu'elles impliquent des décisions qui vont au-delà de la portée de notre droit.

Dans mon deuxième chapitre, j'ai relevé que la moralité interne du droit était elle-même en grande partie une moralité

d'aspiration. En même temps, sa particularité est qu'elle concerne la création et l'exécution de devoirs juridiques. La moralité interne du droit, en d'autres termes, n'est pas et ne peut pas être appropriée à tout type d'action étatique. L'armée est une créature du droit et ses officiers sont, dans un certain sens, des autorités de l'État. Pourtant, il n'en résulte certainement pas que chaque commandement militaire doit se soumettre à des exigences qui sont pertinentes, par exemple, pour l'exercice de la fonction judiciaire.

C'est principalement dans le domaine économique qu'on a souvent perdu de vue de telles évidences. On se rappellera comment, dans le premier chapitre, j'ai indiqué que l'activité économique privée prenait place dans un cadre contraignant, déterminé par le droit et la moralité de la propriété et des contrats. En même temps, cette activité ne peut et ne devrait pas être menée conformément à une quelconque forme de moralité interne du droit. Elle ne connaît qu'un principe général, à savoir obtenir un rendement maximal à partir de ressources limitées. Cela demeure vrai même lorsque les contraintes affectant le calcul économique sont étendues au point d'inclure, par exemple, l'obligation de payer un salaire minimum, de fournir une certaine sécurité d'emploi et de soumettre le licenciement à l'arbitrage. De telles obligations servent uniquement à réduire le cadre dans lequel le calcul économique a lieu ; elles n'en changent pas la nature essentielle.

La nature de ce calcul n'est pas davantage modifiée lorsque le gouvernement s'implique directement dans l'activité économique. Historiquement, les économies socialistes ont toujours rencontré des difficultés à développer un système de prix ayant du sens et, sans un tel système, il devient difficile et hasardeux d'appliquer le principe d'utilité marginale. En revanche, lorsque les hommes cherchent à utiliser les ressources dont ils disposent de la façon la plus effective possible, ce principe demeure intact, comme il se doit. Et il va de soi qu'il ne peut pas se concrétiser à l'aide de règles fixes de devoirs.

On perd de vue toutes ces considérations lorsqu'on essaie, dans notre économie mixte, d'accomplir par la voie juridictionnelle ce qui est essentiellement une tâche de répartition économique. Tel a manifestement été le cas dans l'affaire du

Comité de l'aéronautique civile et de la Commission fédérale des communications. Par sa nature même, la décision juridictionnelle doit être prise sur la base d'une règle ou d'un principe connus et ses fondements doivent afficher une certaine continuité dans le temps. Sans cela, il devient impossible de soumettre de nouveaux arguments et les garanties qui entourent la décision (comme le fait de proscrire tout conciliabule privé entre une partie et celui qui arbitre le conflit) perdent tout leur sens.

Le directeur d'entreprise doit, pour agir intelligemment, prendre en compte toute circonstance pertinente pour sa décision et il doit lui-même prendre l'initiative en cherchant à savoir quelles circonstances sont pertinentes. Il doit pouvoir revenir sur ses décisions si les conditions changent. Le juge, par contre, agit sur la base de faits qui sont réputés pertinents selon des principes de décision connus. Sa décision ne consiste pas uniquement à affecter des ressources et des énergies ; elle déclare également des droits qui, pour avoir du sens, doivent pouvoir, dans une certaine mesure, résister à des changements de circonstances. Par conséquent, lorsqu'on essaie d'exécuter des tâches de gestion économique par la voie juridictionnelle, on est confronté à une sérieuse incompatibilité entre la procédure adoptée et le problème à résoudre.

On trouve la meilleure formulation de cette pensée dans une illustration suggérée par Henry J. Friendly dans ses *Holmes Lectures* intitulées *The Federal Administrative Agencies: The Need for Better Definition of Standards*¹⁶⁷. Le juge Friendly parle de la « nature frustrante » de la tâche assignée par le Congrès à la Commission fédérale des communications. Il poursuit :

La mission confiée par le Congrès à la Commission revenait en quelque sorte à demander au conseil d'administration de la *Metropolitan Opera Association* de décider, après une audience publique et par une opinion motivée, si on servirait l'utilité, l'intérêt et la nécessité publics en confiant le premier rôle de la cérémonie d'ouverture à [...] Tebaldi, Sutherland ou à un autre des nombreux vainqueurs des grands trophées américains. Multipliez cela par cent ; ajoutez-y l'élément d'imprévisibilité que celui qui est sélectionné peut décider d'attribuer le rôle à un

¹⁶⁷ Friendly 1962. [NdT] *The Oliver Wendell Holmes Lectures* est une collection de la maison d'édition *Harvard University Press*.

autre des candidats compétents ; interdisez au conseil d'administration de se faire conseiller par les personnes les plus compétentes en la matière ; supposez en plus que ceux qui prennent les décisions savent que leurs actes sont susceptibles de plaire ou déplaire aux personnes responsables de leur maintien à ce poste, qui leur communiquent à l'occasion leur état d'esprit alors que le processus décisionnel est en cours – et vous ferez preuve de davantage de compréhension à l'égard du problème de la Commission (p. 55-56).

La « compréhension » qui est communiquée de façon aussi efficace dans ce passage ne semble pas avoir gagné le reste des conférences du juge Friendly. Il fait grief aux autorités administratives fédérales de ne pas avoir suffisamment respecté ce que j'appelle la moralité interne du droit. En mettant en avant les raisons pour lesquelles les agences devraient définir clairement les critères sur la base desquels elles agissent, le juge Friendly propose des développements qui sont étroitement comparables, et dans une certaine mesure complètent utilement, ceux que j'ai présentés comme constituant les ingrédients de la moralité du droit (p. 28-36). Cependant, il étend ces considérations à tout le processus administratif, sans essayer de distinguer entre les différentes tâches économiques qui peuvent être assignées à une autorité administrative.

Ce que j'affirme ici, c'est que les tâches de répartition des ressources économiques ne peuvent pas être réalisées de façon effective dans les limites posées par la moralité interne du droit. Il est certain que toute tentative d'accomplir de telles tâches par la voie juridictionnelle n'engendrera qu'ineffectivité, hypocrisie, confusion morale et frustration.

Je crois trouver la confirmation de cette affirmation en lisant entre les lignes du texte du juge Friendly. Les deux cibles de ses critiques les plus virulentes sont la *Federal Communications Commission* et le *Civil Aeronautics Board*, des autorités dont les tâches essentielles consistent explicitement à répartir des ressources. Il encense par contre le *National Labor Relations Board* pour la clarté avec laquelle il a défini les pratiques déloyales en droit du travail, en d'autres termes, pour la manière dont il a exercé sa compétence, de façon très proche de celle du droit pénal et éloignée de toute répartition économique des ressources. On

constatera de façon générale, dans le texte du juge Friendly, que les éloges et les critiques tracent un chemin correspondant à la distinction entre les fonctions distributives et non-distributives. Tant ces éloges que ces critiques sont, cependant, largement déplacées lorsqu'elles visent des individus ; elles devraient être adressées à la pertinence de la conception institutionnelle de l'autorité pour réaliser la tâche qui lui est assignée.

Afin de réduire l'incongruité entre procédure et mission qui affecte tellement d'autorités administratives, Hector¹⁶⁸ et Redford¹⁶⁹ ont, chacun à leur manière, proposé de séparer les fonctions d'adoption des politiques générales et de prise de décision quotidienne au cas par cas. La proposition de Redford n'est clairement pas accueillie avec « compréhension » par le juge Friendly ; en fait, il la rejette catégoriquement : « Tout simplement, je n'arrive pas à en concevoir de pire » (p. 153). La suggestion d'exercer séparément la fonction d'adoption des politiques générales constitue pourtant une tentative sincère et intelligente de comprendre le problème de l'ajustement de la conception institutionnelle des autorités aux tâches économiques qui leur sont assignées. On peut imaginer, par exemple, une politique nationale visant à augmenter la production de charbon. Il ne viendrait à l'esprit de personne qu'une telle politique ait pu être décidée au terme d'un processus juridictionnel confiné dans ses limites normales. Il va de soi qu'il convient de décider au cas par cas ce qu'une telle politique exige dans des contextes particuliers. À cet égard, les propositions d'Hector et Redford ont beaucoup de sens d'un point de vue économique. Elles n'ont pas résolu, cependant, le problème d'inadéquation entre la conception institutionnelle de l'autorité et sa fonction distributive. Décider ce qu'une politique économique générale exige dans des cas particuliers demeure une mission peu compatible avec la fonction juridictionnelle. Une politique nationale visant à augmenter la production de charbon ne contient, par exemple, aucune indication permettant à l'autorité de déterminer s'il faut fermer ou continuer à subsidier l'exploitation d'une mine déficitaire. Une réponse intelligente à une telle question ne peut être déterminée qu'après avoir envisagé les usages alternatifs de la main d'œuvre qui serait

¹⁶⁸ Hector 1960, p. 931-964.

¹⁶⁹ Redford 1960.

libérée en cas de fermeture de la mine, et les autres possibilités d'utilisation du subside.

En insistant sur l'importance particulière de la fonction distributive, je ne veux évidemment pas dire qu'il n'existe pas de gradation dans la distinction entre les tâches distributives et non-distributives. Même une décision judiciaire déclarant une taxe inconstitutionnelle peut avoir pour effet d'attirer l'investissement dans le domaine qui était affecté par la taxe. On considère, en théorie, que cet effet distributif collatéral n'est pas pertinent pour la décision. De même, un tribunal administratif peut statuer sur la base de critères qui ne tiennent pas compte des effets distributifs de ses décisions. Tel est le cas d'une autorité taxatrice qui prend comme critère le principe d'un rendement adéquat sur un investissement particulier. Si, par contre, l'autorité détermine un taux en raison de sa capacité à induire un flux suffisant de capital dans une industrie régulée dans son ensemble, sa fonction distributive devient plus explicite mais peut être atténuée par le présupposé que l'industrie exige un afflux « normal » d'investissement, bien que ce présupposé puisse être contredit par une conception plus large de l'économie. Des tâches qui n'étaient qu'occasionnellement distributives peuvent le devenir de façon plus régulière en raison d'un changement de circonstances. C'est arrivé à l'*Interstate Commerce Commission* lorsque le rail s'est vu concurrencer par le camion et l'avion. Il est intéressant de relever que le juge Friendly fait l'éloge de certaines décisions plus anciennes de cette instance (p. 27-35) mais condamne ses décisions plus récentes en raison de leur manque de « critères clairs » (p. 106-140).

Le problème consistant à trouver la structure institutionnelle la plus adaptée pour le contrôle étatique de l'économie n'est pas récent. Je pense cependant qu'il est voué à devenir encore plus pressant et omniprésent à l'avenir. Des infrastructures indispensables, comme certains de nos chemins de fer, vont devoir être sauvées d'une façon ou d'une autre de leur situation économique désespérée. Cette situation, dans le cas des chemins de fer, a en partie été causée par les effets distributifs, dont personne n'assume explicitement la responsabilité, de subsides accordés à des modes concurrents de transport. En droit du travail, de nombreux arbitres expérimentés qui s'opposaient

farouchement, par le passé, à l'arbitrage obligatoire, y sont devenus plus réceptifs et certains considèrent même qu'il est devenu inévitable. Nous avons développé, presque par inadvertance – une inadvertance qui a coûté plusieurs milliards – une nouvelle forme d'économie mixte dans cet énorme segment de l'industrie qui dépend de contrats avec les services de l'armée. Parce que cette nouvelle forme d'entreprise est classée comme étant « privée », elle échappe au contrôle auquel toute opération directement étatique serait soumise. En même temps, il serait naïf de penser qu'elle est complètement soumise à la discipline du marché. Si nos dépenses en armement doivent un jour être drastiquement réduites, il s'ensuivra une sérieuse réorganisation. Enfin, l'automatisation croissante va entraîner des perturbations qui sont encore largement ignorées.

Si on peut se fier à ces prévisions, alors il est clair que nous serons confrontés à des problèmes de conception institutionnelle sans précédent, tant en portée qu'en importance. Il est inévitable que la profession juridique jouera un rôle important dans la résolution de ces problèmes. Le grand danger est qu'on transpose à de nouvelles circonstances, sans réfléchir, des institutions et procédures traditionnelles qui ont déjà démontré leurs défauts conceptuels. En tant que juristes, nous avons une tendance naturelle à « judiciariser » chaque fonction étatique. La procédure juridictionnelle est un processus avec lequel nous sommes familiers et qui nous permet de mettre en avant nos talents particuliers. Nous devons cependant accepter qu'il s'agisse d'un instrument inefficace pour la gestion économique et pour la participation étatique à la répartition des ressources économiques.

On pourrait objecter que, sans les garanties des procédures juridictionnelles, le pouvoir étatique s'expose à de graves abus. Cette crainte sous-estime la responsabilisation qu'entraîne le fait de se voir confier un travail qui a du sens et d'être autorisé à l'accomplir de façon intelligente. Aujourd'hui, l'avidité et la soif de pouvoir s'expriment dans l'exploitation de formes institutionnelles qui ne sont plus animées d'aucune raison d'être. Dans tous les cas, lorsqu'on cherche des garde-fous institutionnels contre l'abus, il n'est pas nécessaire de se limiter à des procédures juridictionnelles au sens strict ; on peut également envisager les modèles offerts par le Conseil d'État français, le médiateur scandinave, le *British Council on Tribunals* et les comités de

censeurs qui avaient été établis par plusieurs États américains et dont la fonction n'était pas de contrôler la moralité privée mais d'être attentifs aux abus et carences des pouvoirs publics.

La moralité du droit et le problème de la conception institutionnelle

En discutant des limites de la moralité du droit, j'ai essayé de montrer, jusqu'à présent, qu'une allocation effective des ressources économiques ne pouvait être réalisée dans le cadre contraignant imposé par cette moralité. Cela signifie qu'une telle allocation ne peut être réalisée de façon satisfaisante par des procédures juridictionnelles. Il est important de noter que la pertinence de ces considérations ne se limite pas uniquement au champ économique au sens strict. Dans un sens plus large, le calcul économique est omniprésent dans nos vies et aucun effort humain créatif ne peut entièrement s'en affranchir.

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. Il est important de rappeler qu'aucun de ces deux processus ne peut, en lui-même, résoudre des questions complexes impliquant une vaste gamme de solutions possibles. Ainsi, quand la faculté de l'Université Christ Church fut divisée sur la question du choix d'un nouveau beffroi, même le génie mathématique de Charles Dodgson fut incapable de mettre au point une méthode de vote qui pourrait aplanir leurs divergences¹⁷⁰. La décision juridictionnelle et le vote majoritaire dépendent tous deux, dans de tels cas, d'une sorte de procédure préliminaire qui va réduire la gamme des choix. Cette procédure implique normalement que ceux qui seront affectés par la décision finale acceptent différents arrangements et compromis.

La façon dont les institutions et les procédures juridiques sont conçues ne peut évidemment pas résulter d'une décision

¹⁷⁰ Black 1958, ch. XX, « The Circumstances in which Rev. C.L. Dodgson (Lewis Carroll) Wrote his Three Pamphlets », p. 189-213 (Ce chapitre fascinant, et freudien à certains égards, explique comment Dodgson est devenu un pionnier de la théorie mathématique des élections en raison de son aversion envers son doyen, père de la véritable Alice).

juridictionnelle. C'est pour cette raison que la Cour suprême s'est judicieusement déclarée incompétente pour vérifier le respect de la disposition constitutionnelle garantissant aux États une forme républicaine de gouvernement. Une juridiction agissant en cette qualité ne peut ni écrire une constitution, ni entreprendre un contrôle général de son application.

La décision dans *Baker v. Carr*¹⁷¹ fait le pari que des procédures extrajudiciaires d'ajustements et de compromis politiques peuvent produire une solution digérable, si on peut dire, par la Cour. Il me semble qu'en poursuivant l'engagement qu'elle a pris dans cet arrêt, la Cour va devoir trouver une voie moyenne compliquée. Si, d'un côté, elle établit des critères qui sont trop exigeants et trop complets, elle va étouffer les procédures préliminaires indispensables d'ajustement et de compromis. Si ses critères sont trop vagues, il est probable que ces procédures ne produisent pas de solution acceptable à ses yeux.

La conception institutionnelle en tant que problème d'économie

Un postulat implicite sous-tend tant ces dernières remarques que tout cet essai, 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. Il se retrouve, ici comme ailleurs, confronté à la rareté et contraint d'organiser les ressources à sa disposition avec habileté et prudence.

Au risque d'exposer l'évidence, je vais illustrer ce que j'essaie de démontrer à l'aide d'un cas tout à fait hypothétique. Supposons que la façon dont certains élèves d'un lycée se voient refuser leur diplôme ou forcés à redoubler leur année suscite un sentiment d'insatisfaction parmi les parents des enfants concernés. Cette insatisfaction est de deux ordres : (1) ils ne sont pas certains que les décisions en la matière soient prises de façon correcte – en fait, il y a eu des rumeurs de favoritisme ou de manque de soin dans l'étude des dossiers ; (2) les parents pensent, de toute façon, qu'on fait trop grand cas d'un refus de diplôme et qu'une stigmatisation disproportionnée accompagne l'obligation de

¹⁷¹ 82 Sup. Ct., 1962, 691.

redoubler. Afin de répondre à la première objection, les parents demandent que toutes les recommandations des professeurs s'opposant à l'octroi d'un diplôme soient soumises à un comité d'enseignants chevronnés qui, avant de prendre leur décision, devront suivre des procédures décisionnelles au cours desquelles les parents concernés seront autorisés à comparaître et auront accès à tous les dossiers pertinents. Pour répondre à la seconde objection, les parents demandent qu'un effort concerté soit fait pour réduire la stigmatisation attachée à un échec et que tous les professeurs, lorsqu'ils discutent des cas dans lesquels un élève doit redoubler, fassent un effort pour minimiser les effets de cette décision.

Il est clair qu'un tel programme combine des éléments entre lesquels il existe une incompatibilité considérable. De l'habileté et du tact dans la gestion du programme peuvent réduire ce conflit mais il restera généralement vrai que l'effectivité croissante des garanties procédurales contre les erreurs et le favoritisme entraînera une stigmatisation proportionnelle de l'élève qui n'aura pas eu son diplôme. Un procès public peut le protéger contre l'injustice mais au prix de le priver de la consolation consistant à croire que ceux qui l'ont arrêté ne savaient pas ce qu'ils faisaient.

Des problèmes similaires de mise en balance des coûts émaillent notre vie politique et juridique. Par exemple, si on pose la question : « quel effort doit-on fournir pour être certain qu'aucun innocent ne soit jamais condamné pour un crime ? », il est probable que la réponse s'approche de l'absolu et on pourrait même suggérer que, lorsque des droits fondamentaux sont en jeu, on ne devrait jamais poser une question aussi indécemment calculatrice. Pourtant, si on réfléchit au fait qu'une décision juste exige de consommer ce bien précieux qu'est le temps, mais que la retarder trop longtemps peut causer plus de tort à l'accusé qu'une décision erronée rendue rapidement, la question prend une nouvelle dimension. On comprend alors que, même dans ce cas, on est obligé de faire un calcul qui est « économique » au sens large, même si on ne tient pas du tout compte des coûts financiers.

C'est une grave erreur de traiter les questions de conception et d'administration de nos institutions comme si le problème consistait simplement à mettre en balance des fins

substantielles. En effet, les institutions ont leur propre intégrité, qui doit être respectée si on veut qu'elles soient effectives. J'ai abondamment développé ce point en ce qui concerne la moralité interne du droit. Dans le passage suivant de Henry M. Hart, il est étendu aux institutions et procédures en général :

En droit pénal, comme dans tout droit, les questions relatives à ce qu'il faut faire ne se présentent pas à la décision dans un vide institutionnel. Elles surgissent plutôt dans le contexte d'une procédure établie et spécifique : dans une convention constitutionnelle ; dans une assemblée législative ; dans une cour chargée de déterminer la culpabilité ou l'innocence, ou de prononcer une peine ; devant un comité de probation, et ainsi de suite. Cela signifie que chaque autorité décisionnelle doit toujours tenir compte de sa propre place dans le système institutionnel et de ce qui est nécessaire pour maintenir l'intégrité et l'efficacité du système dans son ensemble. En d'autres termes, il faut servir un ensemble de fins institutionnelles aussi bien qu'un ensemble de fins sociales substantielles. Il va de soi que chaque centre de décision doit prendre les décisions les plus appropriées à sa position dans la structure institutionnelle¹⁷².

Bien que le professeur Hart parle en particulier du droit pénal, il fait comprendre que les problèmes dont il parle concernent l'État dans son ensemble. Je crois, pour les raisons déjà évoquées, qu'il est certain que ces problèmes de conception et de coordination appropriées de nos institutions juridiques vont devenir plus pressants dans les années à venir. Leur solution exigera un effort de collaboration rigoureux de la part de ceux qui sont compétents pour les comprendre. Quelque chose dans le style de l'esprit des *Federalist Papers*¹⁷³ deviendra essentiel – un esprit à la fois curieux et constructif.

Malheureusement, un tel esprit semble faire largement défaut dans le climat intellectuel actuel. D'un côté, certains auteurs de doctrine compétents semblent nier l'existence même des problèmes de conception institutionnelle. Leur programme paraît

¹⁷² Hart H.M. 1958, p. 402.

¹⁷³ [NdT] Les *Federalist Papers* sont un recueil d'articles publiés en 1787-1788 par James Madison, John Jay et Alexander Hamilton afin de promouvoir la nouvelle Constitution des États-Unis.

limité à une exploitation maximale du pouvoir étatique – sans aucune préoccupation pour ses sources morales – quelles que soient les fins poursuivies à un moment donné. D'un autre côté, il y a ceux qui – dans les termes de ma présentation – attribuent ces problèmes à la moralité du devoir plutôt qu'à celle d'aspiration. Ils refusent de voir que la solution de ces problèmes exige une sorte de calcul économique ou d'application du principe d'utilité marginale. À partir de cette position retranchée, ils ont tendance à considérer que ceux qui ne sont pas d'accord avec eux se trompent, sont immoraux et dépourvus de principes.

Heureusement, les lignes de controverse ne sont pas aussi clairement délimitées que ce que l'analyse précitée pourrait suggérer. On peut espérer que l'avenir jettera un pont entre les extrêmes, dès lors que la capacité à concevoir des institutions et des procédures adéquates aux problèmes qu'elle rencontre est peut-être le trait distinctif de toute société civilisée. Cette capacité est, dans tous les cas, l'instrument principal par lequel une civilisation peut espérer survivre dans un monde qui change radicalement.

Le problème consistant à définir la communauté morale

Jusqu'à présent, une question fondamentale a été passée sous silence : qui est compris dans la communauté morale, la communauté dans laquelle les hommes sont tenus d'obligations les uns envers les autres et peuvent partager leurs aspirations d'une façon qui fasse sens ? En langage moderne simple et direct, la question est de savoir : qui fait partie de la bande ?

C'est un problème qui a agité tous les philosophes moraux. Au sein d'une communauté qui fonctionne, qui tient ensemble par des liens d'intérêt mutuel, la tâche de rédiger un code moral n'est pas difficile. Il est assez simple d'identifier, dans telle situation, certaines règles contraignantes ou de coopération qui sont essentielles pour une vie satisfaisante pour la prospérité de la communauté dans son ensemble. Mais cette confiance dans le jugement moral a un coût dès lors que, s'il n'existe pas de principe rationnel pour déterminer qui est inclus dans la communauté, le

code lui-même semble reposer sur une prémisse essentiellement arbitraire.

Y a-t-il une solution à ce dilemme ? Elle ne peut en tout cas venir de la moralité du devoir, qui est essentiellement la moralité d'un cercle fermé. Elle présuppose des hommes vivant en contact les uns avec les autres, soit selon une réciprocité explicite, soit selon des relations de réciprocité tacite incarnées dans les formes d'une société organisée.

Une partie de la solution peut venir, par contre, de la moralité d'aspiration. On trouve l'expression la plus éloquente de cette possibilité dans la Bible. La moralité de devoir exposée dans l'Ancien Testament inclut le commandement : tu aimeras ton prochain comme toi-même. Le Nouveau Testament raconte la conversation entre un juriste et Jésus, qui porte sur ce commandement. Le juriste, percevant que ce passage contenait une pierre d'achoppement, souhaitait tester les pouvoirs d'exégète de Jésus. Il lui demanda : « Et qui est mon prochain ? ».

À ce moment, Jésus ne répondit pas : « Ton prochain est tout un chacun, tu dois aimer tous les hommes, n'importe où, même tes ennemis ». Il raconta à la place la parabole du bon Samaritain¹⁷⁴. Un homme avait été attaqué par des voleurs et laissé pour mort. Deux frères de sa communauté passèrent à côté de lui sans offrir leur aide. Ensuite, un de ces Samaritains méprisés – clairement un membre n'appartenant pas au cercle fermé – banda ses plaies et s'en occupa. Jésus conclut par la question suivante : « Lequel des trois, selon toi, a été le prochain de celui qui est tombé sous la main des voleurs ? ».

Le sens de cette parabole n'est pas, je crois, de dire qu'il faut inclure tout le monde dans la communauté morale, mais que nous devrions aspirer à élargir cette communauté à chaque occasion qui se présente et à y inclure, au bout du compte et si on le peut, tous les hommes de bonne volonté.

Il reste toutefois une certaine difficulté. La moralité d'aspiration ne s'exprime pas de façon impérative mais en termes d'éloge, de bon conseil et d'encouragement. N'existe-t-il pas de base plus ferme pour trancher la question de l'appartenance à la communauté morale ?

¹⁷⁴ Luc, 10:25-37.

Je pense que si, à tout le moins dans une situation. Je vais la décrire en termes abstraits, bien qu'elle soit loin d'être hypothétique. Au sein d'une société politique donnée, il existe des gens couramment décrits comme étant de races différentes. Ces personnes ont vécu ensemble pendant de nombreuses années. Chaque groupe a enrichi les expressions idiomatiques, la pensée, la musique, le sens de l'humour et la vie artistique de l'autre. Ils ont produit ensemble une culture commune. N'y a-t-il pas un principe moral condamnant impérativement l'existence même d'une ligne de séparation entre eux et le refus à un groupe de l'accès à ce qui lui est essentiel pour mener une vie digne et satisfaisante ?

Je crois que oui. Dans ce cas, la moralité d'aspiration s'exprime en des termes aussi impératifs que ceux qui sont propres à la moralité du devoir, de telle sorte que la distinction entre les deux disparaît sur ce point précis. La moralité d'aspiration est, après tout, une moralité d'aspiration *humaine*. Elle ne peut refuser cette qualité à des êtres humains sans se répudier elle-même.

Dans le Talmud, on trouve le passage suivant : « Si je ne suis pas là pour moi, qui le sera ? Si je ne suis là que pour moi, que suis-je ? ». À la forme plurielle, cela devient : « Si nous ne sommes pas là pour nous-mêmes, qui le sera ? Si nous ne sommes là que pour nous-mêmes, que sommes-nous ? ». Quelle que soit la réponse qu'on donne à cette dernière question, elle doit se fonder sur le présupposé que nous sommes avant tout des êtres humains. Si nous devons nuancer notre réponse en se collant une étiquette biologique, nous nous priverions de la qualité d'être humain en la refusant aux autres.

Le contenu minimal d'un droit naturel substantiel

En cherchant à savoir s'il était possible de dériver de la moralité d'aspiration quelque chose de plus impératif qu'un simple conseil ou qu'un encouragement, j'ai conclu jusqu'à présent que, dès lors que la moralité d'aspiration est nécessairement une moralité d'aspiration humaine, elle ne peut refuser la qualité d'humain à ceux qui la possèdent sans perdre son intégrité. Peut-on en retirer davantage ?

Le problème peut être posé différemment. Dans mon troisième chapitre, j'ai présenté la moralité interne du droit comme

une variété de droit naturel. Il s'agit cependant d'une sorte de droit naturel procédural ou institutionnel, bien que, comme je me suis échiné à le démontrer dans ce chapitre, elle affecte et limite les buts substantiels qui peuvent être réalisés par le droit. Peut-on toutefois extraire de la moralité d'aspiration elle-même une proposition de droit naturel qui soit substantielle plutôt que procédurale ?

Dans son *Concept de droit*, H. L. A. Hart présente ce qu'il appelle le « contenu minimal du droit naturel » (p. 189-195). Partant de l'objectif unique de la survie humaine, conçu comme opérant selon certaines conditions imposées par l'extérieur, Hart dérive, par un procédé que je qualifierais d'implication téléologique, un ensemble de règles assez complet qu'on pourrait appeler droit naturel. Ce qu'il expose, dans son raisonnement intéressant, est une sorte de moralité minimale de devoir.

Comme toute moralité de devoir, ce droit naturel minimal ne dit rien sur la question : Qui sera inclus dans cette communauté qui accepte et cherche à réaliser, par la coopération, l'objectif partagé de la survie ? En bref, qui va survivre ? Aucune tentative n'est faite pour répondre à cette question. Hart observe simplement que « nous nous préoccupons en effet des dispositions que prend une société en vue de continuer à vivre, et non pas des dispositions prises par un club de candidats au suicide ».

En justifiant le choix de la survie comme point de départ, Hart avance deux types de raisons. La première revient à dire que la survie est une condition nécessaire pour toute autre réalisation ou satisfaction humaines. Il est impossible de ne pas être d'accord avec cette proposition.

En plus de traiter la survie comme une condition préalable pour tout autre bien humain, Hart avance une seconde série de raisons pour justifier son point de départ – des raisons d'un ordre très différent. Il affirme que les hommes ont compris que, « dans le modeste désir de conservation » réside « l'élément central indiscutable qui donne un sens empirique acceptable à la terminologie du Droit naturel ». Il affirme plus loin que, parmi les éléments intentionnels qui parcourent toute la pensée morale et juridique, il y a le « présupposé tacite selon lequel la fin propre de l'action humaine est de survivre ». Il relève enfin qu'« une accablante majorité d'hommes désire vivre, même au prix d'une misère affreuse ».

Avec de telles affirmations, il me semble que Hart s'aventure sur un terrain plus glissant. En effet, il ne se contente plus de considérer que la survie est une condition nécessaire pour la réalisation des autres fins, mais il semble dire qu'elle fournit l'élément essentiel et central de tout effort humain. Cela ne me paraît pas acceptable. Comme Thomas d'Aquin l'a relevé il y a longtemps, si le but le plus noble d'un capitaine était de préserver son navire, il le garderait au port pour toujours¹⁷⁵. Quant à la proposition selon laquelle l'écrasante majorité des hommes souhaite survivre, quitte à ce que soit dans une misère hideuse, cela me paraît être une vérité douteuse. Si c'était vrai, je me demande quelle serait la pertinence de la théorie morale.

La tentative de Hart de trouver « un élément central indiscutable » dans l'effort humain soulève la question de savoir si cette quête peut aboutir. Je crois que, si nous étions forcés de sélectionner le principe qui soutient et imprègne toute aspiration humaine, nous le trouverions dans l'objectif visant à maintenir la communication avec nos semblables.

En premier lieu – et tout en restant dans les limites de l'argumentation de Hart – l'homme a été capable de survivre jusqu'à présent grâce à sa capacité de communiquer. En concurrence avec d'autres créatures, souvent plus puissantes que lui et parfois douées de sens plus affûtés, l'homme a, jusqu'à présent, toujours vaincu. Sa victoire a été rendue possible parce qu'il est capable d'acquérir de la connaissance et de la transmettre, et parce qu'il peut effectuer, de façon consciente et délibérée, une coordination de ses efforts avec les autres êtres humains. Si, à l'avenir, l'homme parvient à survivre à ses propres pouvoirs d'autodestruction, ce sera parce qu'il peut communiquer avec ses semblables et les comprendre.

La communication est davantage qu'un moyen de rester vivant. C'est une façon de vivre. C'est par elle que nous héritons des réalisations des efforts humains passés. La possibilité de communiquer peut nous réconcilier avec l'idée de la mort, en nous assurant que ce que nous réalisons enrichira la vie des générations futures. La question de savoir quand et comment nous communiquons les uns avec les autres peut étendre ou restreindre

¹⁷⁵ *Summa Theologica*, pt. I-II, Q.2, art. 5.

les limites de la vie elle-même. Selon les mots de Wittgenstein, «les limites de mon langage sont les limites de mon monde ».

Si on me demandait, donc, d'identifier un principe central indiscutable de ce qu'on pourrait appeler le droit naturel substantiel – le Droit Naturel en lettres majuscules – je le trouverais dans l'injonction : 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. En cette matière, la moralité d'aspiration offre plus qu'un bon conseil et que le défi de l'excellence. Elle parle ici de la voix impérieuse qui émane généralement de la moralité du devoir. Et si les hommes veulent l'écouter, cette voix, à la différence de celle de la moralité du devoir, peut être entendue par-delà les frontières et à travers les barrières qui séparent actuellement les hommes les uns des autres.

Chapitre V : Une réponse aux critiques

Au cours de la réflexion qui a précédé la décision d'adjoindre ce chapitre à mon livre, j'étais parfaitement conscient des arguments qui plaidaient en défaveur d'un tel ajout. En premier lieu, j'avais remarqué que les auteurs ne se rendent généralement pas service lorsqu'ils essaient de défendre leurs livres contre les critiques. Celui qui commente le livre a l'avantage de jouer un rôle bien compris. Les attentes de ses lecteurs justifient qu'il assume celui d'un procureur vigoureux ; s'il est raisonnablement juste et s'en tient à ce qu'il peut prouver, son plaidoyer bénéficiera d'une liberté considérable et paraîtra servir la cause ultime de la vérité.

L'auteur qui défend son travail est confronté à des attentes très différentes. Il a publié son livre, il a déjà eu l'occasion de plaider sa cause et on pourrait penser qu'il devrait se contenter d'attendre calmement le verdict du lecteur intelligent et désintéressé. En outre, toute réplique à des comptes rendus critiques est susceptible d'engendrer de la confusion, l'auteur courant le risque de mélanger accusations de mauvaise interprétation et reformulations de ce qu'il affirme avoir voulu dire, amalgamant maladroitement défense et contre-attaque, pour terminer par une allusion funeste au fait que seul le manque d'espace l'empêche de démontrer de façon irrévocable à quel point ses détracteurs se trompent. En général, les efforts d'auto-justification risquent d'être pénibles pour tous ceux qui sont concernés ; il existe en effet un adage dans ma profession selon lequel un juriste n'apparaît jamais sous un pire jour que lorsqu'il plaide sa propre cause.

Dans le cas présent, entrait également en ligne de compte le fait qu'une réponse aux critiques marquerait la continuation d'un débat entre H.L.A. Hart et moi-même, qui se poursuit depuis plus de dix ans. Il a commencé lorsque le professeur Hart a publié sa *Holmes Lecture* à la Faculté de droit de Harvard en avril 1957¹⁷⁶. Au cours de cette conférence, il a entrepris de défendre le positivisme juridique contre les critiques formulées tant par d'autres que par moi-même. La première tentative de contre-

¹⁷⁶ Hart 1958, p. 593-629.

attaque fut mon commentaire critique de cette conférence¹⁷⁷. La troisième manche fut marquée par la publication du livre *Le concept de droit* de Hart ; la quatrième eut lieu lorsque la première édition du présent ouvrage a été publiée et la cinquième quand Hart en publia la critique¹⁷⁸. On a l'impression qu'un tel échange devrait se terminer à un moment donné. *Interest reipublicae ut sit finis litium*. Comme Ernest Nagel l'a relevé lors de la quatrième et dernière manche d'un débat qu'on a eu en 1958 et 1959, « On ne trouve, en général, que peu de plus-value intellectuelle dans les réfutations des réponses aux répliques »¹⁷⁹.

Un dernier argument dissuasif résultait du nombre élevé de comptes rendus de mon livre et de la diversité d'opinions qu'ils expriment¹⁸⁰, sans parler des contributions à un colloque qui s'est tenu le 2 avril 1965¹⁸¹, ou des évaluations incidentes du livre contenues dans des articles ayant une portée plus large¹⁸². Seul un chapitre particulièrement long pourrait rendre justice à tous les points soulevés dans ces analyses et commentaires.

Malgré les doutes que je viens d'évoquer, j'ai décidé d'entreprendre, dans ce nouveau et dernier chapitre, non seulement la suite de mon débat avec Hart, mais une réponse à d'autres critiques également. Plusieurs raisons expliquent cette décision.

La première résulte de certaines phrases contenues dans la critique de Hart. Dans son premier paragraphe, il relève qu'il est possible que « nos points de départ et nos intérêts en théorie du droit soient à ce point différents » que lui et moi « sommes condamnés à ne jamais comprendre le travail de l'autre ». Alors que les critiques de mon livre se multipliaient, j'étais moi-même de plus en plus conscient de la mesure dans laquelle le débat dépend en effet de « points de départ » – pas tant ceux que les

¹⁷⁷ Fuller 1958, p. 630-672.

¹⁷⁸ Hart 1965, p. 1281-1296.

¹⁷⁹ Nagel 1959, p. 26.

¹⁸⁰ Il y a eu 46 comptes rendus. Voy. la liste p. 243-244 de l'édition originale.

¹⁸¹ « The Morality of Law – A Symposium », *Villanova Law Review*, vol. 10, 1965, p. 631-678. Les contributions individuelles étaient les suivantes : Murray 1965, p. 624-630 ; Dworkin 1965, p. 631-639 ; Cohen 1965, p. 640-654 ; Fuller 1965, p. 655-666, avec les commentaires de Murray Jr., p. 667-670 ; Naughton p. 671-672 ; Parker, p. 673-675 et D. A. Giannella, p. 676-678.

¹⁸² Anastaplo 1965, p. 322-343 ; Dworkin 1965b, p. 668-690 ; Hugues 1965, p. 693-697 ; King 1966, p. 106-128 ; Lewan 1966, p. 377-413 ; Sturm 1966, p. 612-639.

participants au débat expriment explicitement mais ceux qu'ils considèrent inutiles de mentionner, moins les principes articulés que les postulats tacites. Il m'a semblé, par conséquent, qu'il convenait de donner à ces postulats tacites une expression plus adéquate que ce qui n'a été fait jusqu'ici par les deux camps.

J'étais encore plus encouragé à entreprendre cet effort de clarification par la conclusion de la critique de Hart, rédigée en des termes qui semblent formuler ce qu'il considère lui-même comme étant nos « points de départ » :

En conclusion, je dirais ceci : les vertus et les vices de ce livre me semblent jaillir d'une seule et même source. L'auteur a, tout au long de sa vie, été amoureux de l'idée d'intention et cette passion, comme toute passion, peut à la fois inspirer et aveugler un homme. J'ai essayé de montrer comment elle a eu ces deux effets sur l'auteur. L'inspiration est à ce point considérable que je ne lui souhaite pas de mettre un terme à cette union de longue date avec cette *idée maîtresse*¹⁸³. Mais je souhaite que cette romance se stabilise sous une forme plus modérée. Lorsque cela arrivera, les nombreux lecteurs de l'auteur sentiront la baisse de température ; mais celle-ci sera largement compensée par un meilleur éclairage¹⁸⁴.

J'accepte la métaphore amoureuse comme une technique littéraire légitime – bien qu'inévitablement un peu intense à mon goût. Je crois comprendre que Hart essaie de dire que je suis trop obsédé par l'idée d'intention et que je ferais bien de lui accorder moins de place dans ma pensée. Selon moi, Hart ne lui accorde pas assez de place ; il souffre de l'illusion positiviste – qui n'est pas exprimée et encore moins analysée – qu'on gagnerait à traiter les dispositifs institutionnels qui poursuivent un but comme s'ils n'en avaient pas.

Un autre développement qui m'a amené à rédiger cette réplique est la publication, en novembre 1966, d'un article annonçant l'émergence d'une nouvelle école de philosophie du droit, dénommée l'école des Nouveaux Juristes Analytiques¹⁸⁵. Le

¹⁸³ [NdT] En français dans le texte.

¹⁸⁴ Hart 1965, p. 1295-1296.

¹⁸⁵ Summers 1966, p. 861-896.

maître incontesté de cette école de pensée est H.L.A. Hart. L'école elle-même est décrite comme étant « moins positiviste » que ses précurseurs, bien que la plupart de ses membres demeurent des positivistes dans le sens où ils adhèrent à la proposition essentielle que « le droit tel qu'il est peut être clairement distingué du droit tel qu'il devrait être ». Il est probable que le profane considère que cette proposition énonce une vérité trop évidente pour justifier d'en faire un étendard philosophique ; le juriste qui a l'habitude des questions d'interprétation y verra par contre une foule de problèmes auxquels il est à peine fait allusion dans l'article de Summers.

Bien que, dans la conclusion de son article, Summers affirme que « l'intérêt professionnel pour la nouvelle théorie du droit analytique grandit chaque année », il semble avoir quelque difficulté à expliquer quels principes philosophiques unissent cette nouvelle école de pensée. Je pense pouvoir l'aider sur ce point. Selon Summers, les adhérents à la nouvelle théorie du droit analytique incluent Hart, Ronald Dworkin et lui-même. Il considère également Marshall Cohen comme un philosophe qui pense et écrit dans une veine similaire à celle des nouveaux juristes analytiques. Ces quatre hommes ont écrit en tout près de nonante pages de commentaire critique de mon livre. Je peux témoigner de l'uniformité incroyable de leurs réactions ; des paragraphes entiers pourraient être transposés de l'une à l'autre sans opérer de rupture perceptible dans la continuité de leur pensée. Il est clair qu'ici également, on n'a pas affaire à des théories explicites mais à ce que Hart appelle « des points de départ ». Je vais tenter, dans les lignes qui suivent, d'identifier ces points de départ de façon plus claire que ne l'ont fait eux-mêmes les nouveaux juristes analytiques.

La structure du positivisme juridique analytique

Je vais essayer d'énoncer ici les postulats intellectuels fondamentaux qui sous-tendent le positivisme juridique analytique. En utilisant l'adjectif « analytique », j'entends exclure le positivisme comportemental qui suggérerait, pendant l'heure de gloire du réalisme juridique américain, de définir le droit comme étant « les modèles de comportement des juges et des autres

autorités »¹⁸⁶. Le terme « analytique » peut aussi véhiculer une humeur intellectuelle qui trouve davantage de satisfaction à déconstruire les choses qu'à voir comment elles vont et fonctionnent ensemble ; les positivistes analytiques n'accordent, en effet, guère d'intérêt à l'identification des éléments tacitement liés qui imprègnent – bien que toujours de façon imparfaite – ce que nous appelons, et ce n'est pas un hasard, un *système* juridique.

La structure de pensée que je vais essayer de décrire est, en général, partagée par Austin, Hart et Kelsen. En la présentant, je ne traiterai que de façon incidente des débats internes aux tenants de la position positiviste. En me limitant, donc, aux « points de départ » fondamentaux qui façonnent la doctrine positiviste, j'en distinguerai cinq.

Premièrement, le positiviste analytique conçoit le droit comme une projection d'autorité à sens unique, émanant d'une source autorisée et s'imposant au citoyen. Il n'identifie aucune coopération tacite quelconque entre le législateur et le citoyen en tant qu'élément essentiel à la création d'un système de droit ; le droit est perçu comme agissant tout simplement sur le citoyen – de façon morale ou immorale, juste ou injuste selon le cas.

Deuxièmement, la philosophie positiviste ne demande pas au droit ce qu'il est ou ce qu'il fait mais d'où il vient ; son souci fondamental est de répondre à la question : *qui* peut créer le droit ? Les controverses internes à l'école du positivisme juridique concernent presque toutes le problème de définir le ou les principe(s) par le(s)quel(s) le droit de créer du droit est attribué. Ainsi, nous avons le « souverain unique ou multiple qui jouit de l'habitude d'obéissance » pour Austin, la « norme fondamentale » postulée par Kelsen, la « règle de reconnaissance » fondée « empiriquement » pour Hart¹⁸⁷. Le positivisme peut admettre,

¹⁸⁶ On trouvera des références à ce type de réalisme juridique comportemental dans mon livre : *The Law in Quest of Itself*, 1940, 1966, p. 53-57.

¹⁸⁷ Je n'ai pas essayé ici ou ailleurs de faire une évaluation critique du concept de Hart de la règle de reconnaissance. Le lecteur intéressé trouvera une telle analyse dans Sartorius 1966, p. 161-190 ; et Dworkin 1967, p. 14-46. Ces deux articles montrent que la règle de reconnaissance n'est en aucun cas une notion aussi simple que ne pourrait le laisser penser la présentation de Hart. La façon dont elle doit être « établie empiriquement » plutôt que « postulée » comme la norme fondamentale de Kelsen reste encore largement inexpiquée.

bien entendu, que le législateur autorisé n'ait pas le pouvoir d'adopter certains types de lois, comme par exemple lorsqu'une constitution écrite lui interdit certains exercices du pouvoir législatif. Aucun positiviste, cependant, ne met au centre de sa pensée des limitations au « job du droit » lui-même, pour emprunter une phrase favorite de Karl Llewellyn¹⁸⁸.

Troisièmement, le positiviste juridique ne conçoit pas le législateur comme remplissant une tâche, une fonction ou un rôle distincts. Parler de lui comme exécutant un rôle reviendrait à considérer que ce rôle doit être ajusté au rôle complémentaire des autres, y compris celui du citoyen ordinaire. Une telle conception compromettrait la tentative de voir le droit comme une projection d'autorité à sens unique.

Quatrièmement, dès lors qu'on nie que le législateur assume un rôle distinct et limité, on ne peut attribuer aucun « rôle moral » à l'exécution de ses fonctions. L'avocat ordinaire, cela va de soi, est soumis à un code éthique régissant son comportement envers ses clients, ses confrères, les tribunaux et le public. Ce code n'est pas qu'une simple reformulation des principes moraux régissant la conduite humaine en général, mais il établit des critères spéciaux, applicables à l'exécution d'une fonction sociale particulière. Il n'y a, cependant, aucune place dans la philosophie positiviste pour un code éthique similaire qui régirait le rôle du législateur. S'il adopte ce que ce Hart appelle des lois « iniques », il pèche évidemment contre la moralité générale mais il n'existe pas de moralité particulière pour son travail en particulier.

Je ne pense pas devoir insister sur le fait que ces quatre éléments de la doctrine positiviste sont interdépendants ; chacun d'entre eux implique, d'une certaine façon, les autres. Ils se ramènent tous à l'observation que le positiviste ne reconnaît rien, dans le fonctionnement du système juridique, qui puisse être qualifié de *dimension sociale*. Le positiviste voit le droit au moment de son énonciation par le législateur et à nouveau au moment de son impact sur le sujet de droit. Il ne perçoit pas l'interaction entre le législateur et le citoyen et, de ce fait, il

¹⁸⁸ [NdT] Karl Llewellyn est une des figures de proue du courant du réalisme juridique américain. Il attribue cinq « jobs » au droit, notamment la prévention et la résolution des conflits, ainsi que la promotion des changements sociaux.

n'arrive pas à comprendre que la création d'une interaction effective entre eux est un ingrédient essentiel du droit lui-même.

Jusqu'à présent, j'ai laissé de côté le cinquième article de foi du credo positiviste, et le plus important. Il s'agit de la croyance qu'une pensée claire est impossible à moins d'effectuer une séparation nette entre l'effort intentionnel qui accompagne la création du droit, et le droit qui résulte de cet effort. Cet aspect de la philosophie positiviste – qui, en fait, justifie son nom – peut paraître déconnecté des quatre autres. Il est cependant en relation étroite avec ceux-ci.

C'est lorsqu'on traite de l'interaction humaine que la position positiviste à l'égard de la réalité devient impossible à tenir. À l'inverse, dès que l'action humaine peut, de façon plausible, être conçue comme étant projetée unilatéralement, les embarras de l'engagement positiviste s'en trouvent réduits au minimum. Si *A* essaie d'accomplir un but en agissant sur un *B* inerte, on peut s'attendre à distinguer, avec un certain succès, l'intention de *A* – ce qu'il essayait de réaliser – à partir du résultat de son action – un changement dans le monde extérieur. Si *A* est un chirurgien opérant *B*, qui est anesthésié, on peut dire que *A* essaie d'atteindre un résultat spécifique et on peut légitimement se demander quel est ce résultat. Si je ne suis pas moi-même chirurgien, je ne serai pas en mesure de comprendre ce qui se passe lors de l'opération, à part dans les grandes lignes ; je risque de ne pas percevoir les mouvements particuliers de la main du chirurgien, les instruments utilisés, et tous les autres détails du même genre. Tous ces détails seraient par contre utiles pour un autre chirurgien assistant à la même opération, tout simplement parce qu'il percevrait et pourrait partager la raison d'être de ce qui se passe. En dépit de cette limite à ma compréhension, je peux malgré tout affirmer qu'en tant que profane, j'aurai au moins eu une compréhension générale du but de l'opération et que celui-ci était fort différent de son résultat en pratique, que ce dernier soit perçu comme un succès ou comme un échec par rapport au but poursuivi par le chirurgien.

Supposons, cependant, que *A* n'agisse pas sur un *B* inerte, mais que *A* et *B* soient deux personnes interagissant de façon consciente et animée. *A* et *B* peuvent, par exemple, s'être lancés dans une sorte d'entreprise commune. Ils n'ont pas encore

déterminé les termes de leur collaboration mais, alors que l'aventure démarre, ils commencent à négocier, explicitement en paroles et implicitement par leurs actions, une sorte de constitution régissant leurs relations mutuelles. Chacun oriente ses mots, ses attitudes et ses actions en fonction, d'une part, de ce que, selon lui, l'autre recherche et, d'autre part, de ce qu'il pense que l'autre pense que *lui-même* recherche. À ce stade, il n'émerge de l'interaction entre les parties aucune donnée factuelle solide qui puisse être confrontée aux buts qui l'ont initiée. La qualité et les termes de la relation émergente entre les parties – ses « lois » en quelque sorte – constituent une importante réalité sociale, mais celle-ci n'existe et ne survit que par un effort intentionnel et par la façon dont chacune des parties interprète les buts de l'autre.

Le passage suivant, issu d'un traité sur la sociologie interactionnelle, exprime de façon éloquente ce que je viens d'expliquer : « La réalité, donc, dans ce monde propre aux humains, n'est pas quelque chose de solide et immuable, mais de fragile et qui fait l'objet d'une décision – une chose dont il faut débattre, sur laquelle il faut faire des compromis et légiférer. »¹⁸⁹

Il me semble que ce n'est donc pas un hasard si les éléments d'interaction qui créent le droit et lui donnent un sens sont mis de côté et largement ignorés par le positiviste analytique. S'ils ne l'étaient pas, il aurait beaucoup de mal à maintenir les articles fondamentaux de sa foi.

Les remarques qui précèdent n'ont pas été formulées dans l'espoir d'offrir une solution à ce qu'on appelle d'ordinaire la dichotomie fait-valeur. Elles n'avaient pour autre but que de mettre cette question en relation avec les autres principes du positivisme. Si, dans cet effort, j'ai mal représenté la position positiviste en général, ou les thèses de certains positivistes, particulièrement ceux qu'on appelle les nouveaux juristes analytiques, je suis tout prêt à ce qu'on me corrige. Expliciter les présupposés tacites des autres est une entreprise risquée, mais une telle tentative est parfois la condition d'une communication effective.

Avant d'entamer plus directement ma réplique, je voudrais compléter le compte rendu qui précède en me référant à deux influences intellectuelles qui ont, me semble-t-il, affecté et aidé à

¹⁸⁹ Mc Call et Simmons 1966, p. 42.

façonner la pensée des nouveaux juristes analytiques. La première est la philosophie du langage commun de J.L. Austin ; l'autre est l'utilitarisme.

En général, la philosophie du langage ordinaire essaie de mettre au jour et de clarifier les distinctions résultant des usages linguistiques du quotidien. Quel que soit le domaine dans lequel on trouve ces distinctions, il existe une sorte de présomption qu'elles se révéleront valides et qu'une fois complètement articulées, il ne sera plus nécessaire d'aller plus loin. L'intérêt soutenu que Hart porte à la distinction entre « être obligé » et « avoir une obligation » nous offre un exemple de cette méthode. Elle a produit des enseignements utiles ; les interstices du langage de tous les jours recèlent en effet beaucoup de sagesse tacite et subtile. Seulement, les praticiens de cette méthode ont eu tendance à considérer comme une fin ce qui ne devrait être considéré que comme un complément utile de la pensée philosophique. Comme Stuart Hampshire l'a relevé, les philosophes du langage semblent partager le présupposé selon lequel les distinctions extraites du langage ordinaire ont une utilité indépendante du contexte d'un problème particulier et peuvent être librement transposées d'un problème à un autre. Hampshire a raison lorsqu'il considère qu'il s'agit d'une grave erreur.

J'attirerai l'attention plus tard sur les cas dans lesquels les présupposés du langage ordinaire ont, selon moi, induit en erreur certaines critiques qui m'ont été adressées. Pour le moment, je ne relèverai qu'un exemple de manifestation de l'esprit de cette philosophie. Aux pages 133-138, j'ai suggéré que les problèmes propres au maintien de l'intégrité d'un système juridique n'étaient pas seulement caractéristiques de l'État et du droit national, mais affectaient également la création et l'administration du droit interne à des formes associatives comme les églises, les clubs, les universités et les syndicats. J'ai donc déclaré que, pour le besoin de mon analyse, les réglementations internes de ces entités étaient du « droit ». Hart qualifie cette affirmation d'« éhontée » et elle a à ce point désarçonné Summers qu'il s'est contenté de dire qu'il s'agissait d'un nouvel exemple de ce qu'il considère comme l'engagement intellectuel de toute une vie, une activité qu'il

qualifie de militante¹⁹⁰. On peut sans doute se permettre de suggérer, dans un esprit plus serein, que les utilisations ordinaires du mot « droit » peuvent dissimuler, aussi bien qu'elles révèlent, des similarités essentielles.

La seconde influence majeure de la pensée des nouveaux juristes analytiques est la philosophie utilitariste. On considère souvent qu'un des défauts fondamentaux de l'utilitarisme est sa tendance à banaliser les fins. Il me semble qu'un défaut encore plus fondamental réside dans la façon dont il dénature la relation des moyens par rapport aux fins, un défaut atténué mais certainement pas supprimé par ce qu'on appelle l'utilitarisme de la règle. La philosophie utilitariste encourage notre paresse intellectuelle à cultiver l'idée selon laquelle les moyens ne sont qu'affaire d'opportunité et qu'on ne peut rien en dire de particulièrement important ; cela nous fait oublier que, dans un système juridique, ce qui est un moyen pour certains est une fin pour d'autres et que moyens et fins se trouvent dans une relation de constante interaction.

Un respect minimal des principes de légalité est-il essentiel pour l'existence d'un système juridique ?

Dans mon deuxième chapitre, j'ai écrit qu'un écart suffisamment important par rapport aux principes de légalité auraient pour résultat quelque chose qui ne serait pas seulement du mauvais droit, mais qui ne serait pas du droit du tout. Est-ce que les auteurs qui me critiquent sont d'accord avec cette conclusion ? Il semblerait que oui.

Dans son *Concept de droit*, répondant en partie aux arguments que j'avais soulevés lors de notre échange de 1958, Hart a indiqué qu'il acceptait la proposition selon laquelle, pour que du droit existe, il doit y avoir un respect minimal pour ce que « les juristes appellent des principes de légalité »¹⁹¹. Dans la même veine, Cohen écrit que « les "critères" de Fuller sont [...] un point de départ tolérable pour énoncer un ensemble de conditions

¹⁹⁰ Summers 1965, p. 22. Dans cette critique, le professeur Summers a trouvé l'occasion, à six reprises, de qualifier certains passages de mon livre comme étant militants ; voy. p. 15, 18, 19, 20, 22 et 24.

¹⁹¹ p. 202.

nécessaires à la présence d'un système juridique [moderne] [...] On peut critiquer la liste de Fuller, mais il ne fait aucun doute qu'une liste de ce type est correcte »¹⁹². Dworkin l'écrit en ces termes : « J'accepte la conclusion de Fuller selon laquelle un certain degré de conformité avec ses huit règles de droit est nécessaire pour produire (ou, de façon toute aussi importante, pour appliquer) du droit, même du mauvais droit »¹⁹³. Summers est plus prudent : « certains des opposants [de Fuller] à tout le moins ne nient pas que, si on veut avoir du droit quel qu'il soit, il doit exister une certaine conformité avec ses "principes de légalité" »¹⁹⁴.

Ces quatre auteurs n'adoptent donc pas la doctrine de Kelsen quant à l'identité du droit et de l'État ; ils n'affirment pas que tout ce qui provient d'une source identifiée par la règle de reconnaissance est du droit – même un grognement ou un gémissment ; ils partagent la conception selon laquelle, pour être du droit, ce qui émane de cette source doit être conforme à certains critères qui lui permettront de fonctionner d'une façon qui ait du sens pour la vie des hommes.

Sur ce point, donc, il semble y avoir un accord total, au moins sur le papier, entre ces auteurs et moi-même. On ne peut pas, malheureusement, déterminer dans quelle mesure cette apparence d'accord dissimule des différences sous-jacentes sans recourir au concept interdit d'« intention ». On doit, en d'autres termes, se demander à *quelle fin* le droit est-il défini de telle façon qu'il ne peut pas « exister » sans un respect minimal des principes de légalité ? Je crains, si on poursuit ce raisonnement, qu'on ne découvre que mes détracteurs et moi-même avons des réponses fort différentes à cette question du « pourquoi ». Pour le moment, il me semble plus approprié de reporter l'examen de cette question à ma prochaine section.

Dans l'intervalle, je vais examiner brièvement un autre point soulevé par Dworkin. Il s'agit de l'affirmation selon laquelle l'existence du droit ne peut pas être une question de degré ; le droit existe ou n'existe pas, il ne peut pas exister à moitié. « Certains

¹⁹² Cohen 1965, p. 648.

¹⁹³ Dworkin 1965b, p. 669.

¹⁹⁴ Summers 1965, p. 25.

concepts sont presque toujours une question de degré (comme le fait d'être chauve) », mais le droit n'appartient pas à cette catégorie. Si on veut parler de l'existence ou de l'inexistence du droit, il faut « dans une certaine mesure calibrer le concept de droit »¹⁹⁵. Lorsque, en raison d'une détérioration du respect étatique pour la légalité, le droit passe ce seuil, il cesse en une fois d'exister ; en d'autres mots, le droit ne s'estompe pas progressivement, il disparaît brusquement.

Dworkin n'essaie pas d'expliquer pourquoi il devrait en aller ainsi – pourquoi, selon lui, un homme peut être à moitié chauve, mais un pays ne peut pas être régi par un système qui ne serait qu'à moitié juridique. Je soupçonne que la distinction opérée par Dworkin ne soit dérivée tacitement des usages du langage ordinaire. Dans le langage ordinaire, en effet, seuls deux choix sont possibles pour le mot « droit » ; à cet égard, il diffère même d'un terme aussi proche que celui de « justice ». Examinons, par exemple, les deux phrases suivantes : « L'acte que tu suggères de poser serait un petit peu injuste » et « L'acte que tu suggères de poser serait un petit peu illégal ». La seconde phrase est empreinte d'un inévitable parfum d'ironie, qu'on ne trouve pas, à tout le moins pas dans la même mesure, dans la première phrase. On est habitué à penser à la justice comme à quelque chose qu'il est difficile de définir ; on ne fronce pas les sourcils à l'idée de devoir reconnaître ouvertement que ses frontières peuvent être floues et incertaines. Le mot « droit », d'un autre côté, contient un parti pris inné pour l'analyse dichotomique. Dès lors que le droit est une création humaine, on suppose – et cette supposition façonne notre usage des mots – que si on y met suffisamment d'effort, on sera capable de définir avec exactitude ce qui est légal et ce qui ne l'est pas. Les usages du langage expriment la résolution de ne pas relâcher cet effort. On a beau savoir pertinemment bien qu'une loi particulière est rédigée en des termes à ce point vagues qu'il est impossible de déterminer exactement sa portée, nos façons d'en parler continueront à relever du champ dichotomique. Et il n'en va pas seulement ainsi de la légalité ou de l'illégalité des actes, mais également de l'« existence » d'un système juridique dans son ensemble.

¹⁹⁵ Dworkin 1965b, p. 677-678.

Par souci d'honnêteté envers Dworkin, je dois dire qu'il ne semble pas prendre son propre argument très au sérieux et ce, alors qu'il n'hésite pas à m'accuser d'avoir commis une « erreur » en ne reconnaissant pas qu'il existe une différence essentielle entre la calvitie et la légalité. Quoi qu'il en soit, ni les exigences du langage ordinaire, ni l'insistance de la nouvelle théorie du droit analytique ne constituent de sérieux inconvénients ; si on souhaite éviter de dire que le droit d'un pays *A* est davantage du vrai droit que celui d'un pays *B*, on peut se contenter d'affirmer que l'État de *A* affiche un plus grand respect pour les principes de légalité que ne le fait l'État de *B*. La prudence incitera à choisir la seconde forme d'expression, plus habituelle, si on s'adresse à un public qui, en raison de son exposition à la philosophie du langage ordinaire, en a assez des métaphores et des oxymores.

**Est-ce que les principes de légalité constituent une
« moralité interne du droit » ?**

Le titre de mon deuxième chapitre, *La moralité qui rend le droit possible*, présente une thèse que les quatre auteurs précités trouvent inacceptable. En essayant de répliquer à leurs critiques, je vais essayer d'éviter toute escalade dans la polémique, dès lors que l'on part déjà d'un niveau particulièrement élevé. « Militant », « absurde », « bizarre », « grotesque » - voilà quelques-uns des termes utilisés par mes détracteurs pour décrire ma thèse selon laquelle il existe une moralité interne du droit.

Selon eux, l'idée d'une moralité interne du droit trahit une confusion entre efficacité et moralité. Il est essentiel de veiller à un certain respect des huit principes de la légalité pour garantir l'effectivité du droit, mais cela ne signifie pas que ces principes soient moraux par nature, pas davantage que le fait de tenir un clou droit pour l'enfoncer correctement n'est une question de moralité. On n'enfonce pas un clou correctement si on ne le tient pas droit et, de même, on ne réalise pas un système juridique effectif à moins de faire attention à ce que j'ai appelé les principes de légalité. Aucun de ces deux exercices de pratique usuelle n'a à voir avec la moralité.

Voilà la façon dont leur critique est formulée. Ils ne se contentent pas, cependant, d'une comparaison aussi prosaïque que

celle des clous. Ils affirment plutôt que, s'il existe une moralité interne de la création et de l'application du droit, il doit également y avoir une moralité interne pour les activités humaines les moins recommandables. Cohen se demande si la moralité diminue lorsqu'un aspirant assassin oublie de charger son arme¹⁹⁶ ; Dworkin soulève une question similaire au sujet d'une tentative ratée de chantage¹⁹⁷. Comme toujours, Hart est à la fois le plus éloquent et le plus explicite :

L'insistance de l'auteur à qualifier ces principes de légalité de « moralité » est une source de confusion tant pour lui que pour ses lecteurs [...] l'objection cruciale qui s'oppose à ce qu'on appelle moralité ces principes de savoir-faire juridique, malgré la précision apportée par l'adjectif « interne », est que cela crée une confusion entre deux notions qu'il est indispensable de distinguer : la notion d'activité intentionnelle et celle de moralité. Le fait d'empoisonner constitue incontestablement une activité intentionnelle, et une réflexion relative à son intention pourrait montrer qu'elle obéit à des principes internes (« il faut éviter tout poison, même mortel, qui fait vomir la victime » ou « il faut éviter tout poison même mortel dont la forme, la couleur ou la taille risquent d'attirer l'attention »). Mais appeler ces principes de l'empoisonneur « la moralité de l'empoisonnement » ne ferait que brouiller la distinction entre la notion d'efficacité par rapport à une intention et ces jugements finaux relatifs à des activités et à des buts dont se préoccupe la moralité sous ses différentes formes¹⁹⁸.

Je dois avouer que ce genre d'argument m'est d'abord apparu bizarre, voire saugrenu, au point de ne pas mériter de réponse. Après réflexion, cependant, je me suis rendu compte que je me trompais. La façon dont je vois maintenant les choses, c'est qu'aucune partie de notre échange ne révèle plus clairement les présupposés tacites de chacun. Le fait de prendre au sérieux cet argument selon lequel la moralité interne du droit n'est qu'une question d'efficacité m'a aidé à clarifier tant les « points de départ » implicites de mes détracteurs que les miens.

¹⁹⁶ Cohen 1965, p. 651.

¹⁹⁷ Dworkin 1965a, p. 634.

¹⁹⁸ Hart 1965, p. 1285-1286.

On réalise que ce qui est en jeu dépasse la simple argutie relative au mot « moralité » lorsqu'on constate l'ambiguïté fondamentale de la position de mes détracteurs. Que veulent-ils dire au juste lorsqu'ils parlent d'efficacité ? Il n'est pas compliqué de comprendre le terme lorsqu'on essaie de tuer un homme ; s'il est mort, on a réussi ; s'il est toujours vivant et est capable de contre-attaquer, on a échoué. Mais comment applique-t-on la notion d'efficacité à la création et à l'administration d'une chose aussi complexe qu'un système juridique ? Un exemple tiré de l'histoire récente de l'Union soviétique permettra de suggérer certaines des difficultés soulevées par cette question.

Au début des années 60, le problème de la criminalité économique (y compris toutes les transactions dans des monnaies étrangères) avait apparemment atteint de telles proportions en Russie que les autorités soviétiques ont décidé de réagir par des mesures drastiques. Par conséquent, en mai et en juillet 1961, des lois ont été adoptées, punissant de tels crimes de la peine de mort. Ces lois ont alors été appliquées rétroactivement et des personnes condamnées ont été mises à mort pour des actes qui, bien qu'illégaux lorsqu'ils avaient été commis, n'étaient pas sanctionnés à ce moment par la peine capitale.

L'intention des autorités soviétiques était clairement que les gens arrêtent de voler l'État. Une application rétroactive de la peine de mort était-elle « inefficace » par rapport à cette intention ? Un des buts du droit pénal est de faire comprendre au futur criminel qu'il ne s'agit pas d'un jeu de menaces en l'air, qu'on est sérieux. Y a-t-il un moyen plus effectif de faire passer ce message qu'en appliquant une sanction pénale rétroactivement ? Le fait même que cela marque un écart drastique par rapport à la pratique ordinaire témoigne du sérieux du législateur. Pourtant, cette action des autorités a dérangé plusieurs Russes, comme le relève mon collègue Harold Berman dans le passage suivant :

J'ai demandé à un éminent juriste soviétique s'il pouvait m'expliquer la décision de la Cour suprême de la République russe lorsqu'elle a appliqué rétroactivement la loi de juillet – en violation claire, me semblait-il, des Principes fondamentaux de procédure pénale de 1958. Il m'a répondu : « Nous, juristes,

n'avons pas aimé cela » – une phrase aussi intéressante pour le « nous, juristes » que pour le « n'avons pas aimé cela »¹⁹⁹.

Je pense qu'on peut supposer que le juriste soviétique ne voulait pas dire que l'action des autorités n'était pas une mesure effective pour combattre le crime économique, mais que cette action impliquait une compromission, une violation de l'intégrité du droit. Comme Berman le relève, en se référant à cette conversation : « ce sont peut-être les juristes qui comprennent le mieux l'intégrité du droit, l'universalité des standards juridiques – en d'autres termes, la menace pour la légalité, *en général*, que représente toute atteinte *particulière* à la légalité »²⁰⁰.

À ce stade, j'imagine mes détracteurs me tirant sur la manche : « Ah, mais vous avez mal compris ce qu'on voulait dire par le terme d'efficacité. Nous ne pensions pas à une efficacité à court terme pour faire face à une urgence éphémère. L'action soviétique portait atteinte à l'efficacité du droit parce qu'elle tendait à miner la confiance du public dans les règles légales en général et réduisait l'incitation à y obéir ». Mais il est clair que, si mes critiques commencent à étendre la notion d'efficacité dans ce sens, ils en viendront bientôt à fouler la frontière qu'ils s'étaient évertués à établir pour distinguer la moralité de l'efficacité. Ils risquent de se retrouver dans la situation malheureuse de ceux qui essaient de convertir toute moralité en égoïsme éclairé et qui terminent avec tellement de lumière et si peu d'égoïsme, qu'ils se seraient épargnés bien des efforts en parlant simplement, dès le début, de moralité.

Je ne pense pas, par conséquent, que l'opposition entre efficacité et moralité présente le moindre avantage lorsqu'on discute des problèmes de légalité ; aucun, en tout cas, qui justifie de traiter l'usage du mot « moralité » dans ce contexte comme un exercice d'obscurcissement. En vérité, l'attrait du mot « efficacité » réside moins dans le caractère défini de sa signification que dans la sonorité dure et positiviste du mot ; il évoque un observateur perspicace et pragmatique, qui n'est pas facilement induit en erreur par des concepts flous d'intention. En d'autres mots, la préférence de mes détracteurs pour

¹⁹⁹ Berman 1963, p. 315.

²⁰⁰ Berman 1963, p. 320.

l'« efficacité » plutôt que pour la « moralité » reflète l'influence de dispositions de l'esprit profondément ancrées et largement implicites plutôt qu'une conclusion raisonnée sur un problème spécifique.

J'affronte donc la tâche ingrate de démontrer que le rejet, par mes adversaires, de la moralité interne du droit repose sur des prémisses qu'eux-mêmes n'ont pas explicitées dans leurs écrits. Soyons clairs, cependant, sur le fait que je ne prétends pas explorer leurs biais émotionnels inavoués ; mes efforts se limitent au domaine de l'intellect et explorent la structure implicite qui façonne leurs processus de pensée. Si leurs conclusions n'impliquent pas les prémisses que je leur attribue, libre à eux de me corriger.

Si on en vient à la tâche entreprise, je perçois *deux* présupposés qui sous-tendent le rejet, par mes détracteurs, de la « moralité interne du droit ». Le *premier* est que l'existence ou l'inexistence du droit est indifférente d'un point de vue moral. J'ai déjà décrit le *second* présupposé comme étant propre au positivisme juridique en général. Il s'agit de la supposition que le droit ne devrait pas être conçu comme étant le produit d'une interaction d'orientations intentionnelles entre le citoyen et son gouvernement, mais comme une projection d'autorité à sens unique, partant de ce dernier et s'imposant au citoyen.

Il va de soi que la littérature positiviste a l'habitude d'examiner en profondeur la relation entre le droit et la morale. En ce qui concerne l'influence de la morale sur le droit, il est courant de considérer que les conceptions morales peuvent guider la législation, fournir des critères pour critiquer le droit existant, et peuvent être prises en considération pour l'interprétation du droit. L'étude de l'influence inverse – à savoir celle du droit sur la morale – est généralement plus modeste, se limitant essentiellement à l'observation que les règles juridiques établies depuis longtemps tendent, à travers une sorte de conditionnement culturel, à être considérées comme étant moralement justes.

Ce qui fait en général défaut dans ces analyses, c'est la reconnaissance du rôle que les règles de droit jouent en rendant possible une réalisation effective de la morale dans le comportement des êtres humains. Les principes moraux ne peuvent pas fonctionner dans un vide social ou lors d'une guerre

généralisée. Vivre une vie bonne exige plus que de bonnes intentions, même si elles sont généralement partagées ; cela exige le soutien de fondements solides pour l'interaction humaine, ce que – à tout le moins dans une société moderne – seul un système juridique fiable peut offrir.

« Ne prends pas ce qui appartient à autrui » est sans doute l'exemple le plus banal de précepte moral qu'on peut trouver dans les livres. Mais comment décide-t-on de ce qui appartient à autrui ? Pour répondre à cette question, on a recours au droit, pas à la morale. Dans certains contextes, il est bien entendu possible de dire qu'une personne peut moralement prétendre à la propriété d'un objet. Par exemple, une mère souffrante a deux filles. L'une d'elles renonce au mariage et se consacre pendant plusieurs années à soigner le parent invalide pendant que l'autre refuse égoïstement de rendre visite à sa mère ou de contribuer d'aucune manière à ses soins. À la mort de la mère, on découvre qu'elle n'a laissé aucun testament ; en droit, les deux filles ont un droit égal au maigre héritage de leur mère. On pourrait dire dans ce cas que la fille loyale a un droit moral à obtenir tout l'héritage, même si le droit le répartit de façon égale en deux parts. Il est vrai que, dans les décisions judiciaires relatives à des situations comme celle-ci, on peut souvent identifier un effort dans le processus juridictionnel, parfois basé sur des interprétations douteuses tant en fait qu'en droit, pour donner à la fille méritante ce qu'elle devrait recevoir. En même temps, il est parfaitement clair qu'aucune société ne pourrait fonctionner sur la base du principe « toute propriété doit être distribuée en fonction du mérite moral ». Le précepte moral « ne prends pas ce qui appartient à autrui » doit donc nécessairement reposer sur des critères empruntés au droit ; sans ce soutien, il ne pourrait être appliqué dans les affaires humaines.

À nouveau, je suppose que tout le monde serait d'accord pour dire que l'institution du mariage a des implications morales – en réalité, la plupart d'entre elles le sont. Mais cette institution peut difficilement fonctionner – moralement ou juridiquement – sans une règle bien définie qui nous permettra de savoir que le statut marital existe. Un exemple tiré du chapitre de Hoebel intitulé « The Eskimo – Rudimentary Law in a Primitive Anarchy » peut se révéler instructif à cet égard²⁰¹. Le concept de mariage existe

²⁰¹ Hoebel 1954, p. 83-85.

chez les Esquimaux mais ils n'ont pas de signe clair « qui pourrait démarquer le début et la fin d'une relation de mariage ». Il en résulte que ce qu'un homme perçoit comme étant une compétition honnête pour obtenir les faveurs d'une dame peut être perçu par un autre comme une invasion adultérine de son foyer ; selon Hoebel, il n'existe « pas de dispositifs culturels signalant le mariage de façon à interdire l'entrée aux intrus ». Par conséquent, la société esquimaude est assaillie par un nombre démesuré de querelles violentes résultant de jalousies sexuelles et ces disputes produisent à leur tour un nombre important d'homicides. Il est clair que le remède à ce problème ne consiste pas à prêcher la bonne parole, mais à adopter une mesure législative explicite définissant et rendant visibles des frontières autour de la relation maritale. Les Esquimaux n'ont tout simplement pas la machinerie sociale nécessaire pour accomplir cette tâche ; on peut dire que l'inexistence du droit nécessaire qui en résulte appauvrit considérablement la qualité de leurs vies.

Donc, lorsqu'on parle de la « neutralité morale du droit », on ne peut pas vouloir dire que l'existence et l'administration consciente d'un système juridique n'ont aucun lien avec la réalisation d'objectifs moraux dans les affaires de la vie. Si le respect pour les principes de légalité est essentiel pour produire un tel système, il ne semble certainement pas absurde de suggérer que ces principes constituent une moralité spéciale qui affecte le rôle consistant à créer et à appliquer du droit. Dans tous les cas, les responsabilités de cette fonction méritent une comparaison plus flatteuse que celle des pratiques de l'empoisonneur réfléchi et consciencieux, qui n'oublie jamais de retirer l'étiquette du pharmacien avant de tendre la bouteille à sa victime.

Considérer que l'existence ou l'inexistence du droit est moralement indifférente revient à supposer que les préceptes moraux conservent la même signification quel que soit le contexte social dans lequel ils sont projetés. Cela illustre ce que j'ai décrit plus haut comme une abstraction de la dimension sociale et exprime le dégoût pour les phénomènes d'interaction qui est propre à la pensée positiviste. Ce penchant de l'esprit se manifeste ouvertement dans le second présupposé sous-tendant le rejet, par mes critiques, de l'idée de moralité interne du droit. Il s'agit du présupposé selon lequel on peut percevoir la réalité essentielle du

droit comme une projection d'autorité à sens unique, qui provient de l'État et s'impose au citoyen. Dès lors que ce présupposé est partagé par le sens commun et trouve une reconnaissance tacite dans les usages ordinaires du langage, il convient d'examiner en détail en quoi il est erroné.

Commençons par opposer deux formes de commandements sociaux qui sont souvent confondus. Le premier est la *direction d'une entreprise* et le second est le *droit*. Les deux concernent la direction et le contrôle de l'activité humaine ; les deux impliquent une subordination à l'autorité. Les deux formes de commandement partagent un vocabulaire important : « autorité », « ordres », « contrôle », « compétence », « obéissance », « conformité », « légitimité » - voilà quelques-uns des termes dont la double utilisation est source de confusion.

On pourrait proposer une formulation générale et succincte de la distinction entre les deux formes de commandement social en ces termes : les directives adoptées dans un contexte d'entreprise sont *appliquées* par le subordonné afin de servir un but établi par son supérieur. Le citoyen qui observe les lois, par contre, n'*applique* pas les règles juridiques afin de servir les buts spécifiques établis par le législateur, mais *observe* plutôt ces règles dans la conduite de ses affaires, les intérêts qu'il est censé servir en obéissant aux règles de droit étant ceux de la société en général. Les directives dans une entreprise régissent d'abord les relations entre le subordonné et son supérieur, et seulement de façon collatérale les relations entre le subordonné et les tiers. Par contraste, les règles d'un système juridique servent normalement le but premier d'organiser les relations entre les citoyens, et seulement de façon collatérale les relations d'un citoyen avec l'autorité dont émanent les règles (bien qu'on pense parfois au droit pénal comme définissant les devoirs du citoyen envers son État, sa fonction première est de fournir un cadre solide et stable pour les interactions des citoyens entre eux).

L'analyse qui précède mériterait d'être développée et nuancée ; les deux types de commandement social se présentent, dans la réalité, sous des formes mixtes, ambiguës et déformées. Pour notre analyse, cependant, nous allons essayer de clarifier la différence essentielle entre elles en présupposant ce qu'on pourrait appeler des « idéaux-type ». Nous allons procéder en déterminant quelles sont les implications des huit principes de légalité (ou leur

équivalent) pour un système de direction d'entreprise, et les comparer à celles d'un système juridique.

Cinq de ces huit principes sont facilement transposables au contexte de l'entreprise. Si le supérieur veut s'assurer que son subordonné exécute ses souhaits, il doit d'abord les lui communiquer, ou les « publier », de façon à ce que ce dernier ait l'opportunité d'en prendre connaissance, par exemple sur les panneaux d'affichage. Ses directives doivent être raisonnablement claires, dépourvues de contradictions, exécutables et ne pas être modifiées trop fréquemment afin d'éviter de frustrer les efforts du subordonné pour s'y conformer. Toute négligence dans l'application de ces principes est susceptible de porter sérieusement atteinte à l'« efficacité » de l'entreprise.

Qu'en est-il des trois autres principes ? Dans un contexte d'entreprise, l'exigence de généralité devient uniquement une affaire d'opportunité. Dans la pratique, le contrôle est normalement réalisé par des règlements sur mesure qui éviteront au supérieur de devoir donner des instructions à chaque étape de la prestation de son subordonné. Mais ce dernier ne peut se plaindre si, dans un cas particulier, le supérieur lui intime de s'écarter des procédures prescrites par une règle d'ordre général. Cela signifie que, dans une relation de directeur à employé, il n'y a pas de place pour un principe formel exigeant que les actions du premier se conforment aux règles qu'il a lui-même annoncées. Dans ce contexte, le principe de « concordance entre l'action des pouvoirs publics et la règle déclarée » perd toute pertinence. En ce qui concerne le principe de non-rétroactivité, le problème ne se pose tout simplement pas ; aucun directeur sain d'esprit n'imposerait aujourd'hui à son subordonné de faire quelque chose hier.

La brève analyse qui précède révèle que la relation directeur/employé correspond bien à l'image d'une projection unilatérale d'autorité. Dans la mesure où les principes de légalité (ou, devrais-je peut-être préciser, leur équivalent en direction d'entreprise) sont applicables, ils constituent en effet des « principes d'efficacité » ; ce sont des instruments affectés à la réalisation des objectifs du directeur. Cela ne signifie pas que les éléments d'interaction ou de réciprocité sont toujours absents d'une telle relation. Si le supérieur a l'habitude d'accabler ses subordonnés de travail, qu'il les déstabilise par des indications trop

souvent modifiées ou qu'il les accuse à tort de s'être écartés d'instructions qu'ils ont en fait respectées, leur moral va en prendre un coup et leur rendement ne sera peut-être pas optimal. En réalité, s'il va trop loin dans son manque de respect à leur égard, ils pourraient finir par démissionner, voire par se retourner contre lui dans une révolte ouverte. Mais cette sagesse et cette retenue tacitement réciproques sont accessoires à la relation fondamentale entre celui qui donne les ordres et celui qui les exécute.

Il en va tout à fait autrement dans un système juridique, dès lors que l'existence d'une réciprocité relativement stable d'attentes entre le législateur et le sujet de droit fait partie de l'essence même d'un ordre juridique qui fonctionne. Si on veut comprendre pourquoi et dans quel sens cela est vrai, il est essentiel d'examiner maintenant les implications des huit principes de légalité pour un système de droit. Bien que ces principes soient, dans une large mesure, interdépendants, le principe clé dans ma distinction entre droit et direction d'entreprise est celui que j'ai décrit comme étant la « concordance entre l'action des pouvoirs publics et la règle déclarée ».

Il est certain qu'il est de l'essence même de la *Rule of Law*²⁰² que, lorsqu'il agit sur un citoyen (en le mettant en prison, par exemple, ou en déclarant nul un acte notarié dont il dit tirer un droit de propriété), un État applique fidèlement les règles antérieurement annoncées comme étant celles à suivre par le citoyen et déterminant ses droits et obligations. Si la *Rule of Law* ne signifie pas cela, elle n'a aucun sens. Appliquer les règles fidèlement implique que les règles prennent la forme de déclarations générales ; cela n'aurait pas beaucoup de sens, par exemple, que le gouvernement adopte aujourd'hui une loi spéciale imposant l'emprisonnement de Jones pour, le lendemain, suivre « fidèlement » cette « règle » en le mettant en prison. En outre, si le droit est censé permettre à quelqu'un de gérer ses propres affaires à condition qu'il se conforme à certaines contraintes imposées par une autorité supérieure, cela implique de ne pas lui dire à tout moment ce qu'il doit faire ; le droit fournit un point de référence pour une action autonome et non un ensemble d'instructions pour l'accomplissement d'objectifs spécifiques.

²⁰² Sur cette notion, voy. *supra* note 19.

On ne peut pas considérer que les principes jumeaux de généralité et d'application fidèle de ses propres règles par l'État offrent simplement des conseils d'opportunité. Cela résulte de la différence fondamentale entre le droit et la direction d'une entreprise ; le droit n'a pas, comme dans la gestion d'une société, vocation à indiquer à d'autres personnes comment accomplir les tâches établies par un supérieur, mais à fournir aux citoyens un cadre solide et stable pour leurs interactions les uns avec les autres, le rôle de l'État étant d'être le gardien de l'intégrité du système.

J'ai déjà dit auparavant que le principe interdisant la rétroactivité des règles n'avait pas de sens dans un contexte de direction d'entreprise, simplement parce qu'aucun directeur sain d'esprit ne serait tenté d'imposer aujourd'hui à son subordonné de faire quelque chose hier. Pourquoi en va-t-il autrement dans un système juridique ? Je crois que la réponse est à la fois complexe et utile pour l'éclairage qu'elle apporte aux différences entre direction d'entreprise et droit.

La première partie de l'explication réside dans le concept de légitimation. Si *A* prétend donner des ordres à *B*, ou établir des règles pour son comportement, *B* a le droit de savoir au nom de quel titre *A* revendique le pouvoir de diriger la conduite d'autres personnes. Tel est le type de problème que Hart avait en tête en formulant la règle de reconnaissance. Il s'agit d'un problème que le droit et la direction d'entreprise partagent de la même manière, et on pourrait dire qu'il contient un principe de légitimation *externe*. Mais la *Rule of Law* exige d'un État qu'il légitime ses actions à l'égard des citoyens par un second critère, qui est *interne*. Ce critère exige qu'au sein du domaine général couvert par le droit, les actes étatiques à l'égard du citoyen soient conformes avec (c'est-à-dire autorisés ou validés par) les règles générales adoptées précédemment. Ainsi, on peut dire d'un État qu'il accomplit une validation interne de ses actes par l'exercice de son propre pouvoir législatif. Si un exercice antérieur de ce pouvoir peut effectuer cette validation, il est facile de tomber dans la croyance que la même validation peut être effectuée rétroactivement.

Ce qu'on vient de dire peut expliquer pourquoi on n'exclut pas d'emblée toute législation rétroactive comme étant complètement insensée. Cela n'explique pas, cependant, pourquoi

créer du droit rétroactif peut, dans certains cas, servir la cause de la légalité. Pour comprendre ce point, il convient de rappeler que, dans un système de *Rule of Law*, le contrôle des actions des citoyens n'est pas opéré par des instructions spécifiques mais par des règles *générales* exprimant le principe que des cas identiques doivent être traités de la même manière. Il peut cependant arriver que des abus et des incidents dans les opérations d'un système juridique portent atteinte à ce principe et exigent qu'il y soit remédié à l'aide d'une législation rétroactive. La loi rétroactive ne peut pas servir de fondement aux interactions entre citoyens, mais elle peut servir à réparer des violations du principe selon lequel les mêmes cas doivent être traités de la même façon. J'ai donné des exemples de ce qui précède dans mon deuxième chapitre. On pourrait imaginer, comme autre exemple, une situation dans laquelle une nouvelle loi, modifiant le droit en vigueur, est adoptée et notifiée à tous les tribunaux d'un pays sauf à ceux de *la province X*, en raison d'un problème de communication. Les tribunaux de cette province continuent à appliquer l'ancienne loi ; les autres tranchent les cas sur la base de la nouvelle loi. Le principe selon lequel les cas identiques doivent être traités de la même manière est sérieusement mis en cause, et le seul remède (qui implique au mieux un choix entre deux maux) pourrait être une législation rétroactive²⁰³. Il est clair que des problèmes de ce type ne peuvent pas surgir dans un contexte d'entreprise, dès lors qu'une direction d'entreprise n'est pas, en principe, censée agir sur la base d'une règle générale et n'a pas l'occasion de légitimer des ordres particuliers en montrant qu'ils sont conformes à des règles générales annoncées préalablement.

On a déjà relevé que, dans un contexte d'entreprise, il était difficile de concevoir les autres principes de légalité (exigeant que les règles soient publiées, claires, non-contradictaires et stables et qu'il soit possible d'y obéir) autrement que comme des conseils d'opportunité. Quelqu'un qui conçoit le droit sur un modèle de direction d'entreprise supposera que ces cinq principes ont la même signification en droit. Il en va ainsi particulièrement de l'exigence de clarté. On peut se demander ce qui, à part du laisser-

²⁰³ Dans *Anatomy of the Law* (1968, p. 14-15), j'ai donné un exemple historique de législation rétroactive (et « spéciale ») censée remédier à un écart jurisprudentiel par rapport à la légalité.

aller, pourrait pousser un législateur à adopter des textes vagues et dont la portée est indéfinie.

La réponse est qu'il existe plusieurs motifs bien compréhensibles qui pourraient l'inciter à agir de la sorte. Un État veut que ses lois soient assez claires pour pouvoir être respectées mais il veut aussi préserver sa liberté de gérer des situations qui n'étaient pas facilement prévisibles lorsque les lois ont été adoptées. En publiant une loi pénale, l'État ne fait pas que donner une directive au citoyen ; il s'impose également une charte délimitant ses pouvoirs pour traiter un domaine particulier de la conduite humaine. La loi pénale qui serait rédigée en des termes vagues peut réduire la possibilité qu'a le citoyen de savoir ce qu'on attend de lui, mais elle étend également les pouvoirs étatiques relatifs à des formes de (mauvais) comportements qui ne pouvaient pas être anticipées. Si on examine la question uniquement du point de vue de l'« efficacité » dans la réalisation des buts étatiques, on pourrait parler d'une sorte de position optimale entre une portée à ce point définie qu'elle limite indument le pouvoir discrétionnaire de l'autorité et un caractère si vague que, non seulement il échouera à décourager le citoyen d'adopter la conduite jugée indésirable, mais il privera en outre la loi de son pouvoir de légitimation des actes posés en application de cette loi.

Des motivations contradictoires de ce type sont surtout visibles dans un contexte bureaucratique, où les gens interagissent, dans une certaine mesure, face à face. La direction d'une entreprise est souvent encadrée par – et imbriquée avec – des systèmes juridiques miniatures relatifs à des questions comme la discipline et les privilèges spéciaux. Dans un tel contexte, c'est un lieu commun sociologique que ceux qui occupent des postes d'autorité ne seront pas seulement réticents à clarifier les règles, mais également à les faire connaître effectivement. La connaissance des règles et la liberté de les interpréter de façon à les faire correspondre au cas d'espèce sont des sources importantes de pouvoir. Une personne qui a étudié ce domaine a même conclu que « la tolérance de pratiques illicites augmente en réalité le pouvoir de contrôle des supérieurs, aussi paradoxal que cela puisse

paraître »²⁰⁴. Cela augmente le pouvoir du supérieur, bien entendu, en lui conférant l'opportunité d'obtenir de la gratitude et de la loyauté quand il ferme les yeux sur certains agissements, tout en le laissant libre d'appliquer la règle dans toute sa rigueur à ceux qu'il convient de faire rentrer dans le rang. Il n'aurait toutefois pas cette précieuse liberté d'action s'il ne pouvait renvoyer à des règles donnant du sens à ses actions ; on ne peut pas, par exemple, pardonner la violation d'une règle si une telle règle n'existe pas. Cela ne signifie pas, cependant, que la règle doive être débarrassée de toute ambiguïté, largement publiée, ou appliquée avec cohérence. En effet, chacune de ces conditions est susceptible de limiter la discrétion de celui qui a le contrôle – une discrétion dont il tire peut-être, outre un sentiment de pouvoir personnel, l'impression, peut-être pas tout à fait perverse, de bien servir les intérêts de son entreprise.

On pourrait penser que, dans le cadre plus important et impersonnel d'un système juridique national, il n'existe pas de place pour des déformations ou des arrangements de ce type. C'est loin d'être le cas. Il faut rappeler, par exemple, que l'élaboration de presque toutes les lois, particulièrement dans les domaines du droit pénal et de la régulation économique, est susceptible de donner naissance à une lutte entre ceux qui veulent préserver une large liberté d'action au gouvernement et ceux dont le souci principal est de permettre au citoyen de savoir à l'avance où il en est. Lorsqu'on est confronté à ce type de question, certains cas suscitent d'honnêtes différences d'opinion, d'autres de graves problèmes de conscience qui touchent à l'intégrité fondamentale du processus juridique. Une question encore plus fondamentale se pose à propos de champs d'action étatique encore plus larges : n'y a-t-il pas une hypocrisie destructrice et dommageable à prétendre agir conformément à des règles préétablies alors qu'en réalité les fonctions exercées sont essentiellement comparables à celles d'un directeur d'entreprise et, pour cette raison, exigent une réaction à des conditions changeantes qui soit affranchie de toute règle, ce qui, si on y regarde de plus près, est souvent le cas.

Ce qui précède ne donne qu'un aperçu fugace des responsabilités, dilemmes et tentations auxquels doivent faire face ceux qui s'occupent de créer et appliquer des lois. Ces problèmes

²⁰⁴ Blau 1963, p. 215.

sont vécus par les législateurs, les juges, les procureurs, les commissaires, les officiers de probation, les inspecteurs des bâtiments et toute une kyrielle d'autres fonctionnaires, y compris, et surtout, le policier pendant sa ronde. Essayer de réduire ces problèmes à des questions d'« efficacité » revient à les banaliser au point de les rendre méconnaissables.

Pourquoi, donc, mes détracteurs sont-ils aussi déterminés à maintenir que les principes de légalité ne représentent rien d'autre que des maximes d'efficacité pour atteindre les buts étatiques ? La réponse est simple. Les ingrédients principaux de leur analyse ne viennent pas du tout du droit mais de ce qu'on a appelé ici la direction d'entreprise. On cherche en vain dans leurs écrits la moindre reconnaissance du principe fondamental de la *Rule of Law* – à savoir que les actes posés par une autorité à l'égard du citoyen doivent être légitimés par leur rattachement à des règles générales préalablement édictées.

Cette omission est visible tout au long de l'ouvrage de Hart, *Le concept de droit*. Par exemple, les seuls développements substantiels qu'il accorde au principe de généralité sont manifestement inspirés par le modèle de l'entreprise :

Même dans une société aussi vaste et complexe que l'État moderne, il existe des circonstances dans lesquelles une autorité ordonne à un individu, en sa présence, de faire quelque chose. Un policier ordonne à tel automobiliste de s'arrêter ou à tel mendiant de circuler. Mais ces situations simples ne constituent pas, et ne pourraient constituer, le mode de fonctionnement courant du droit, ne serait-ce qu'en raison du fait qu'aucune société ne pourrait entretenir le nombre de fonctionnaires nécessaire pour que chaque membre de la société soit officiellement et personnellement informé de tous les actes qu'on lui enjoindrait d'accomplir. De telles formes individualisées de contrôle constituent plutôt, soit des exceptions, soit des accessoires subordonnés ou des renforts par rapport à des formes générales de réglementation qui ne s'adressent pas nommément et individuellement aux particuliers, et ne désignent pas d'acte particulier à accomplir²⁰⁵.

²⁰⁵ P. 20-21 de la première édition anglaise et p. 36 de la traduction.

D'autres commentaires de Hart sur le principe de généralité, bien que moins explicites, ne nuancent en aucune manière le passage qui vient d'être cité (voy. p. 38, 121, 202 et 236). Ils ont tous pour objet de fournir des « instruments de contrôle social » et de permettre au « contrôle social de fonctionner ».

Les commentaires de Hart relatifs à ce que j'ai appelé le principe exigeant une « concordance entre l'action des pouvoirs publics et la règle déclarée » visent en réalité le problème consistant à réaliser un « contrôle effectif » des actions des citoyens. Ce contrôle échoue, par exemple, lorsque le respect du droit pénal est sanctionné de façon à ce point laxiste que le citoyen finit par ne pas en tenir compte (voy. p. 23, 82 et 141). Le seul écart par rapport à ce qu'on pourrait appeler le cadre de référence de l'entreprise résulte de certaines de ses remarques (p. 156, 202) relatives à l'affinité abstraite qui existe entre l'idéal de justice et un système juridique efficace, les deux respectant le principe selon lequel les cas semblables doivent être traités de la même manière. Ainsi, « la seule notion d'application d'une règle de droit générale contient au moins le germe de la justice ». Il n'est nullement suggéré que l'État aurait, envers le citoyen, une obligation de réaliser ce « germe de justice » dans la façon dont il crée et applique les lois ; Hart semble simplement dire que, si on observe un système juridique qui fonctionne bien, on y découvrira une certaine ressemblance formelle avec la justice.

Ainsi, on voit que le concept de droit de Hart, étant basé essentiellement sur le modèle de gestion d'entreprise²⁰⁶, ne

²⁰⁶ Il convient de mentionner brièvement ici une source possible de malentendu. Un lecteur qui connaît bien le livre de Hart pourrait se rappeler qu'il rejette explicitement la « théorie du droit du commandement » d'Austin. Il pourrait sembler à celui qui n'a pas à l'esprit ce qu'implique exactement ce rejet que, de la sorte, Hart rejette également ce que j'ai décrit comme étant la théorie du droit de la direction d'entreprise. Ce serait se méprendre sur l'argument de Hart. Il rejette la théorie du commandement principalement pour deux raisons : (1) elle conçoit la force du droit comme résidant dans la menace d'une sanction plutôt que comme l'acceptation d'une autorité ; (2) la théorie d'Austin présuppose une communication directe entre le législateur et le sujet de droit. Mais il est clair qu'une gestion effective d'entreprise repose, bien plus que le droit, sur une volonté d'accepter une direction autoritaire. En outre, les instructions de la direction n'ont pas besoin d'être communiquées personnellement ; elles sont le plus souvent reprises dans une sorte de manuel opérationnel ou sur un tableau

contient aucun élément qui serait incompatible avec la conception du droit comme projection d'autorité à sens unique. Cela ne signifie évidemment pas que le législateur puisse créer un système juridique tout seul ; à l'instar du directeur d'entreprise, il a besoin du consentement et de la coopération de ceux qui sont soumis à son autorité. Hart lui-même reconnaît ce fait de façon assez explicite et avec son sens habituel de la formule :

pour qu'un système de règles puisse être imposé par la force à certains, il doit y avoir un nombre suffisant de personnes qui l'acceptent volontairement. Le pouvoir coercitif du droit et du gouvernement ne peut s'installer sans leur coopération volontaire qui est en même temps créatrice d'autorité²⁰⁷.

Hart ne suggère pas, dans ce passage, un effort coopératif de la part de l'État qui correspondrait à la coopération volontaire des citoyens. L'analyse de Hart ne contient aucune reconnaissance du fait que le maintien d'un système juridique dépend de l'exécution de responsabilités qui s'imbriquent l'une dans l'autre – de l'État envers le citoyen et du citoyen envers l'État.

Si on suppose, comme je le fais ici, qu'une part d'engagement du législateur est implicite dans le concept de droit, il convient d'essayer d'explicitier brièvement de quelle façon cet engagement se manifeste. Dans un passage, intitulé « Interaction dans l'idée du droit » par son traducteur, Simmel suggère qu'il existe un contrat entre le législateur et le sujet de droit qui est sous-jacent à tout système juridique²⁰⁸. En adoptant des lois, l'État dit au citoyen : « il y a des règles qu'on vous demande de respecter. Si vous obéissez, on vous promet qu'on appliquera ces règles à votre comportement ». Une telle construction contient à tout le moins la part de vérité suivante : si le citoyen sait à l'avance qu'en interagissant avec lui, l'État ne tiendra pas compte de ses propres règles, il ne sera pas enclin à les respecter. Il est clair que la

d'affichage. L'élément crucial de la distinction entre le droit et la gestion d'entreprise réside dans l'engagement pris par l'autorité légale de respecter ses propres règles en jugeant des actions des sujets de droit. Je ne trouve aucune trace de cette idée fondamentale dans *Le concept de droit*.

²⁰⁷ P. 196 de la première édition anglaise et p. 240-241 de la traduction.

²⁰⁸ Simmel 1950.

« signification sociale » de la publication des règles implique que leur auteur va les respecter. D'un autre côté, toute tentative de concevoir un système juridique comme reposant sur un contrat entre le législateur et le sujet de droit, outre le fait qu'elle évoque des associations historiques gênantes, présente une certaine incongruité, surtout quand on se rappelle que, dans une société démocratique, le même citoyen peut créer du droit et être un sujet de droit.

Il existe en anglais un terme juridique démodé qui peut nous offrir un moyen de sortir de cette situation malheureuse. Il s'agit du mot « *intendment* »²⁰⁹. Nos institutions et nos interactions formalisées s'accompagnent de certaines attentes qui s'imbriquent l'une dans l'autre et qu'on pourrait appeler « entendements », même s'il est rare que ces attentes sous-jacentes passent le seuil de la conscience. Quand je vote lors d'une élection, ma conduite est dirigée et conditionnée par l'anticipation que mon vote sera comptabilisé en faveur du candidat pour lequel j'ai voté. Il en va ainsi, quand bien même la possibilité que mon bulletin soit jeté à la poubelle ou comptabilisé en faveur du mauvais candidat ne me serait jamais venue à l'esprit. En ce sens, on peut dire que l'institution des élections contient « un entendement » que les votes seront fidèlement dépouillés, même si j'hésiterais à dire, sauf à des fins rhétoriques, que les autorités en charge des élections ont conclu un contrat avec moi sur ce point.

L'extrait de Lilburne qui est cité au début de mon deuxième chapitre illustre avec éloquence cette question d'entendements institutionnels. Il s'agit du passage dans lequel Lilburne souhaite savoir si « le *Commonwealth*, lorsqu'il a choisi le Parlement, lui a donné un pouvoir sans restriction légale et lui a permis de s'écarter de ses propres lois et ordonnances selon son bon plaisir avant de les avoir abrogées ». Lilburne suggère qu'il y a, sous-jacent à l'institution du gouvernement parlementaire, un entendement – à savoir une attente tacite généralement partagée – selon lequel le Parlement agira à l'égard des citoyens conformément aux lois qu'il édicte, aussi longtemps qu'il ne les abroge pas. On prend cet engagement tacite du Parlement à ce

²⁰⁹ [NdT] : L'étymologie de ce mot est le mot français « entendement ». Cette traduction sera utilisée dans la suite du texte pour la facilité du lecteur.

point pour acquis que, sauf lorsque les choses tournent mal, l'opportunité d'en parler ou même d'y penser ne se présente pas.

Je suis conscient du fait qu'il n'est guère à la mode aujourd'hui d'attribuer des entendements à des institutions. On pourrait chercher un camouflage linguistique plus acceptable pour le goût moderne ; on pourrait, par exemple, parler des « attentes de rôle » qui accompagnent le présupposé de pouvoirs législatifs. Mais, quel que soit le nom qu'on lui donne, on ne peut pas ignorer la réalité de l'engagement qu'implique la création de droit, ni oublier qu'il s'exprime dans des processus sociaux qui sont empiriquement observables ; il ne s'agit pas de quelque chose qui serait projeté sur ces processus par un observateur moraliste extérieur.

On trouve un témoignage silencieux en faveur de la force de cet engagement dans les efforts vigoureux qui sont souvent faits par ceux qui souhaitent échapper à son emprise. Quand on entend quelqu'un dire qu'il va « dicter sa loi » à quelqu'un d'autre, on a tendance à penser qu'il invoque un droit relativement illimité de dire aux autres ce qu'ils doivent faire. Il est par conséquent intéressant d'observer le mal fou que se donnent souvent les gens pour ne *pas* « faire de loi ». Lorsqu'on demande à quelqu'un dans une position d'autorité de faire quelque exception dans un cas particulier, il n'est pas rare qu'il insiste sur le fait que son geste ne devra pas être interprété comme « établissant un précédent ». Il redoute l'engagement contenu dans la *Rule of Law* et cherche à y échapper : faire correspondre ses actes à l'égard de ceux qui lui sont subordonnés aux règles générales qu'il leur a explicitement ou tacitement communiqué. Le fait que l'avertissement quant à l'absence de précédent se révèle souvent inefficace n'en prouve que davantage la force de l'engagement que les hommes tendent à voir dans les actes de ceux qui ont autorité sur eux.

Ce combat quant à la signification qu'il convient d'attribuer à l'exercice de l'autorité accompagne régulièrement la distribution, par le directeur d'entreprise, des tâches à effectuer par ses employés. Par exemple, un employeur impose à A de réaliser certaines tâches, tout en assignant d'autres à B. Si cette division du travail se poursuit pendant un certain temps, toute redistribution des fonctions pourrait susciter du ressentiment, voire un sentiment d'injustice. Un employé pourrait refuser ces nouvelles missions en

disant : « Ce n'est pas à moi de faire ça ». À l'inverse, il pourrait s'opposer à ce que d'autres se voient confier des tâches qu'il a l'habitude d'exécuter, sous prétexte qu'elles rentrent dans sa « compétence ». Ici, l'employeur pense qu'il ne fait qu'exécuter une fonction de gestion, libre des contraintes de la fonction législative. Les employés, d'un autre côté, sont enclins à voir dans les actions de l'employeur un élément d'engagement juridique ; ils essaient de ramener ses décisions dans le giron de la *Rule of Law*.

L'engagement qu'implique la création du droit n'est donc pas un élément parmi d'autres du « modèle conceptuel » de quelqu'un ; il fait partie de la réalité sociale. J'ai insisté sur le fait que l'obéissance aux règles perd tout intérêt si celui qui y est soumis sait que celui qui les crée ne prêtera pas attention aux textes qu'il adopte. La proposition inverse n'est pas moins vraie, à savoir que celui qui crée les règles ne sera pas enclin à accepter les contraintes de la *Rule of Law* s'il sait que ses sujets n'ont pas l'intention, ou n'ont pas la capacité, de respecter ses règles. Cela n'aurait pas beaucoup de sens, par exemple, d'essayer de régir par des règles de droit les relations entre les internés d'un asile de fous. C'est en ce sens que le fonctionnement d'un système juridique exige un effort coopératif – une interaction effective et responsable – entre le législateur et les sujets de droit.

La possibilité qu'on puisse échouer complètement dans cette interaction est à ce point étrangère à l'expérience ordinaire que notre perspective intellectuelle tend à perdre de vue le sens même de cette interaction. Pourtant, il existe d'innombrables situations qui nous indiquent de quelle façon le succès du droit dépend d'une collaboration volontaire entre le citoyen et son État, ainsi que d'une coordination entre les efforts des différentes autorités étatiques concernées par la création et l'application du droit.

La mesure dans laquelle le droit dépend d'une coopération volontaire apparaît tout particulièrement en matière de régulation de la circulation. L'exemple que je m'apprête à donner n'est pas hypothétique, loin de là. Dans une cité universitaire située sur la côte de l'Atlantique, les embouteillages ont présenté un problème croissant durant les trente dernières années. À un carrefour, en particulier, la situation est même devenue critique. Jusque récemment, aucun signal routier ne permettait aux piétons de savoir quand traverser et l'usage, tel que compris par ces derniers

et par les policiers, autorisait le piéton à tenter sa chance, tout comportement téméraire étant sanctionné par une réprimande de l'officier chargé de la circulation. Il y a trois ans environ, des signaux pour piétons ont été installés et des panneaux affichés, avertissant les piétons indisciplinés qu'ils risquaient d'être arrêtés et punis d'une amende.

Durant un court laps de temps, cette mesure a permis d'améliorer les choses. Assez rapidement, cependant, la situation a commencé à se détériorer dès lors que les piétons, qui avaient découvert qu'aucun policier n'était présent pendant les heures creuses, ont commencé à ne plus respecter, durant ces périodes, les signaux qui les concernaient. Ce comportement s'est ensuite étendu aux heures de trafic intense, atteignant rapidement une telle importance que toute action pour le sanctionner aurait, pour assurer un respect minimal du principe d'égalité de traitement, exigé des arrestations à une échelle telle que les tribunaux de police auraient été débordés. Malgré cette épidémie d'infractions piétonnes, les automobilistes ont, pendant un temps, continué à respecter les signaux qui leur étaient destinés. Au fur et à mesure, cependant, la situation est devenue telle que l'automobiliste, retenu par des piétons en infraction alors que le feu était en sa faveur, se retrouvait de plus en plus souvent à saisir la première opportunité pour traverser alors que le feu venait de passer au rouge. Au bout du compte, il se pourrait que le piéton soucieux des règles, résolu à préserver son intégrité physique, réalise que le moyen le plus sûr est de rejoindre une bande de vigoureux hors-la-loi, plutôt que d'attendre timidement que le feu autorise un passage qu'il devra négocier seul, sans protection et, peut-être, au milieu d'automobilistes retardés qui auront saisi la première opportunité de passer.

Lorsqu'un système de contrôle juridique a atteint un tel niveau de dégradation, il est souvent difficile de pointer les responsabilités ou de déterminer quelles mesures curatives seront efficaces. Chaque personne concernée va affirmer que toute correction de sa façon de faire sera rendue inutile par l'incapacité des autres à remplir leur rôle. Et il faut préciser que, dans le cas du carrefour précité, la liste des personnes impliquées pourrait être étendue largement au-delà de celles qui ont déjà été mentionnées. La difficulté fondamentale pourrait résulter d'une gestion peu

judicieuse de la circulation dans le reste de la ville, ou du fait que les contribuables ne financent pas à suffisance les forces de police nécessaires pour la tâche, ou de l'action d'une autorité de transport qui a déplacé un arrêt de bus de telle façon que les signaux existants sont devenus inutiles. Même la prestation de l'électricien communal pourrait entrer en ligne de compte. S'il n'arrive pas à faire en sorte que les feux de signalisation fonctionnent correctement et non de façon erratique, les piétons, les automobilistes et la police pourraient perdre toute motivation à agir conformément à ces feux. Inversement, si l'électricien sait que les signaux seront ignorés même s'ils sont opérationnels, il ne verra pas l'intérêt de faire son métier correctement.

Il est malheureux que les interdépendances qu'implique la réussite d'un système juridique ne soient pas aussi visibles que dans la régulation de la circulation. Si on acceptait ce qu'on pourrait appeler une conception interactionnelle du droit, de nombreuses choses qui semblent obscures dans la conception du droit comme projection d'autorité à sens unique apparaîtraient plus clairement. Il deviendrait évident, par exemple, que le mépris des principes de légalité peut porter atteinte à l'institution du droit, même si aucun tort n'est causé dans l'immédiat à un individu. Ce point, et d'autres, est perdu de vue par la question rhétorique posée par Dworkin afin de réfuter ma suggestion selon laquelle la moralité du droit comprend un principe de non-contradiction des lois : « Un pouvoir législatif adopte une loi contenant une incohérence à ce point fondamentale que la loi en devient une coquille vide. Où se trouve l'immoralité, ou le manque d'idéal moral ? »

Tout d'abord, concevoir un cas comme celui évoqué par Dworkin suppose un ensemble incroyable d'hypothèses. Imaginons, par exemple, qu'on adopte une loi affectant la validité de divorces étrangers. Telle qu'appliquée à une situation particulière, elle semble dire dans un paragraphe que *A* est marié à *Y*, alors qu'il paraît résulter des termes d'une autre disposition qu'il est toujours marié à *X*. Afin de neutraliser cette loi, on devrait supposer que tout profane pourrait comprendre, sans avoir à demander l'avis d'un avocat, que la loi s'auto-annule, qu'il pourrait prévoir en toute confiance qu'aucune ingéniosité judiciaire ne suffirait à la sauver de la nullité et que, une fois le cadavre de la loi évacué de la scène de crime, la véritable situation

juridique apparaîtrait immédiatement évidente. Essayons cependant, afin de soutenir l'argument de Dworkin, de nous prêter à cet exercice de fantaisie. Le cas devient alors quelque chose du genre : une personne me dit un mensonge potentiellement dangereux, mais qui ne me cause aucun dommage parce qu'avant d'agir, je découvre la vérité. Dans ce cas, je n'ai certes souffert aucun préjudice immédiat, mais il en va autrement de ma relation avec cette personne et de la confiance que je pourrais avoir en elle à l'avenir.

Si on conçoit le droit comme procurant des consignes pour l'interaction humaine, on est capable de comprendre 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. Cela vaut la peine de rappeler, à cet égard, qu'il existe une infraction ancienne qui sanctionne le déplacement des bornes frontières et une infraction très moderne relative au fait de déplacer, de détruire ou de dégrader des signaux routiers. Aucune de ces infractions ne requiert que l'acte coupable inflige un dommage direct à qui que ce soit. Une partie de la raison d'être de ces lois est que, si on perturbe trop les signes physiques qui permettent aux hommes d'orienter leurs actions à l'égard des autres, ceux qui restent intacts risquent de perdre leur sens et plus personne n'osera les prendre comme points de référence. Si cela est vrai lorsqu'on déplace des signaux qui étaient bien placés, que dire de l'ingénieur qui met d'emblée les signaux au mauvais endroit, ou du législateur qui bâcle sa mission d'établir les textes écrits vitaux par lesquels les droits et obligations de chacun sont définis ?

Mon collègue Henry M. Hart nous offre une façon rafraîchissante de penser et de parler du droit lorsqu'il nous rappelle que celui-ci peut être considéré comme un instrument qui permet aux hommes de mener une vie en commun qui soit satisfaisante²¹⁰. Si cet instrument doit servir à ses bénéficiaires, ils doivent l'utiliser à bon escient. Mais ceux dont la tâche est de le concevoir et de l'installer ont une responsabilité encore plus importante, qui consiste avant tout à bien faire leur travail correctement.

²¹⁰ Hart 1954, p. 490.

Mes détracteurs rejettent avec emphase – pour ne pas dire avec véhémence – l'idée qu'une telle moralité puisse avoir le moindre sens intelligible. J'ai essayé de montrer que nos différences sur ce point résultaient d'un désaccord fondamental à propos de la notion même de droit. J'ai essayé d'expliciter ce désaccord en opposant une conception qui le considère comme un processus interactionnel et une autre qui y voit un exercice d'autorité à sens unique. Mes détracteurs ont, bien entendu, critiqué plusieurs positions prises dans ce livre qui sont relatives à des questions spécifiques que je n'ai ni mentionnées ni défendues ici. Je pense que la plupart de ces désaccords sur des points subsidiaires trouvent leur origine dans la même divergence fondamentale en termes de point de départ que j'ai examinée en détail. Tel est particulièrement le cas du rejet, par mes critiques, de la suggestion selon laquelle 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 du droit. Le lecteur intéressé trouvera une défense de ma position sur ce point dans un article publié en avril 1965²¹¹.

Quelques implications du débat

En conclusion, je voudrais explorer brièvement certaines questions qui n'ont pas été soulevées directement dans les critiques adressées à mon livre par les nouveaux juristes analytiques. La raison qui me pousse à les examiner est que je crois que cela permettra de clarifier davantage les différences fondamentales de points de vue qui sous-tendent tout notre débat. Le premier problème dont je souhaite discuter est celui de l'interprétation²¹².

²¹¹ Fuller 1965, p. 661-666.

²¹² Trois publications récentes traitent de façon utile de ce problème : Dworkin 1967, p. 14-46 ; Gottlieb 1968 et Hugues 1968, p. 411-439. Il y a un problème fondamental relatif à l'interprétation que je n'ai pas essayé de traiter ici et qui n'est pas mentionné dans les articles de Dworkin et de Hugues. Il s'agit du problème que les sociologues interactionnistes appellent : « définir la situation » (voy. par exemple, McHugh 1968). Lorsqu'un tribunal applique une règle ou un ensemble de règles à un cas, on peut distinguer deux opérations : (1) celle qui consiste à déterminer les faits pertinents ; (2) celle qui consiste à déterminer la signification des règles pertinentes pour ces faits. On a tendance à penser que c'est notre connaissance des règles qui nous permet de filtrer les faits non pertinents et de déterminer quels sont les faits qui sont juridiquement opérants. En

Il s'agit d'un sujet traité assez en détail dans mon deuxième chapitre, où je l'ai présenté comme un aspect de la tâche visant à maintenir une « concordance entre l'action des pouvoirs publics et la règle déclarée ». En conclusion de ma discussion, j'ai écrit (p. 100) : « Avec toutes ses subtilités, le problème de l'interprétation occupe une position sensible et centrale de la moralité interne du droit. Il révèle, mieux qu'aucun autre problème, la nature coopérative de la tâche consistant à maintenir la légalité ».

Malgré l'importance fondamentale de l'interprétation pour tous les aspects de la démarche juridique, le positivisme analytique ne s'est jamais senti à l'aise avec ce sujet. C'est précisément parce qu'il met au jour « la nature coopérative de la tâche consistant à maintenir la légalité ». Prêter une attention particulière aux problèmes d'interprétation n'est guère compatible avec une conception du droit comme un exercice unidirectionnel de contrôle du comportement humain.

Il est utile de mentionner brièvement la façon dont les positivistes ont géré le problème de l'interprétation et ont tenté de le redéfinir dans des termes appropriés à leur engagement intellectuel. Dans sa conférence de 1957²¹³, Hart semble affirmer que, dans le traitement ordinaire des cas, l'application d'une loi est contrôlée d'une façon plus ou moins fluide par le sens commun des mots, ou celui qui résulte du dictionnaire. Ces cas normaux ou habituels ne se prêtent guère aux conjectures relatives à la politique promue par la loi ou aux intentions du législateur. Ce n'est que rarement, dans un cas limite ou dans une situation de « pénombre », que s'impose la nécessité de percer l'intention du législateur. Dans sa conférence, Hart fulminait contre un fléau de la théorie du droit qu'il appelait « la manie de la pénombre ». Sa thèse semble être qu'il faut construire notre édifice de philosophie

réalité, cependant, notre définition de la situation est généralement conditionnée par un ensemble de présupposés tacites qui n'apparaissent pas du tout dans les règles. Le livre de Gottlieb contient quelques observations dignes d'intérêt sur cette question dans son chapitre IV, « The Facts », particulièrement aux pages 56-57, où il relève que « des critères non-juridiques sont insufflés à une étape critique (à savoir, en définissant les faits pertinents) dans le processus de l'application des règles juridiques ».

²¹³ Hart 1958, p. 606-615.

du droit sur les cas routiniers ou banals et ne pas tenir compte des difficultés occasionnelles présentées dans les situations de « pénombre ». Dans *Le concept de droit*, le mot « interprétation » ne se trouve pas dans l'index, bien que l'auteur répète aux pages 120-132 et 200-201, avec quelques modifications, les réflexions qu'il avait proposées lors de la conférence *Holmes* ; le point de vue diffère essentiellement par le fait qu'il y est, en quelque sorte, moins explicite.

Comme Hart, son grand prédécesseur John Austin avait largement exclu l'interprétation de la structure fondamentale de sa théorie. Contrairement à Hart, cependant, lorsqu'Austin a finalement abordé ce sujet, son analyse s'est révélée complexe et parcourue de tensions internes. Il distinguait l'interprétation des lois écrites de la méthode d'« induction » utilisée dans l'application du « droit jurisprudentiel »²¹⁴. À aucun moment, il n'a affirmé qu'une loi pouvait ou devrait être appliquée sans référence à l'intention du législateur, bien qu'il ait considéré que « le sens littéral » constituait l'« indice premier » de l'intention législative²¹⁵. Il était si peu disposé à abandonner l'interprétation téléologique qu'il a écrit : « Si les causes des lois, et des droits et des obligations qu'elles créent, ne peuvent être déterminées, les lois elles-mêmes en deviennent incompréhensibles. »²¹⁶

Dans *La théorie pure du droit*²¹⁷, Kelsen consacre quelques pages de conclusion au sujet de l'interprétation et affirme que, sauf lorsqu'un résultat particulier peut être exclu par la structure logique de la loi, l'interprétation judiciaire n'est rien d'autre qu'une forme de législation, et que les motifs qui guident la création du droit par les juges sont aussi peu pertinents pour le positivisme analytique que ceux qui conduisent le pouvoir législatif à adopter une loi plutôt qu'une autre. En bref, pour Kelsen, l'interprétation ne fait pas du tout partie de l'analyse juridique, mais appartient plutôt à la politique ou à la sociologie.

Gray et certains réalistes américains ont suivi une approche différente pour traiter le problème embarrassant de l'interprétation. Dès lors qu'une loi ne devient du « droit dur »

²¹⁴ Austin 1879, p. 648-651.

²¹⁵ Austin 1879, p. 644-645.

²¹⁶ Austin 1879, p. 1113.

²¹⁷ Kelsen 1967, p. 348-356 (il s'agit de la traduction anglaise de la seconde édition allemande).

qu'après que sa signification a été déterminée judiciairement, Gray suggère qu'on traite les lois comme n'étant pas du droit mais seulement des sources de droit²¹⁸. Le but de ce système était de déplacer la définition du droit vers le bas afin de la faire coïncider avec l'application des affaires humaines. Le réalisme de Gray était biaisé, cependant, par le fait qu'une bonne partie du droit est appliqué par des bureaucrates, des shérifs, des policiers et d'autres qui agissent sans guidance judiciaire. Par conséquent, certains des réalistes ont proposé de définir le droit comme étant « les modèles de comportement des juges et d'autres autorités publiques »²¹⁹. Cette conception révèle l'ultime défaut de la théorie dès lors qu'elle laisse au spectateur le soin de décider par lui-même à l'aune de quels critères il doit identifier et interpréter les « modèles de comportement » qui constituent la réalité ultime du droit.

Ces différentes façons d'affronter cette impasse commune suggèrent que les prémisses qui servent à définir le problème sont fondamentalement inexactes. Je crois que la difficulté vient du fait que tous les auteurs dont on vient de résumer les opinions partent du principe que le droit doit être considéré comme une projection d'autorité à sens unique et non comme une entreprise collaborative. Si on perçoit qu'il existe, parmi les éléments fondamentaux du droit, un engagement de la part de l'État de respecter ses propres lois en jugeant les actes de ses sujets, alors l'interprétation pourra occuper, sur le plan théorique, la place centrale qu'elle a toujours eue dans notre façon quotidienne de penser le droit. Cela ne signifie pas que le problème deviendra plus simple ; au contraire, sa complexité cachée apparaîtra au grand jour et on ne pourra plus prétendre qu'il s'agit d'une question périphérique qu'il faut laisser au bon sens.

Lorsque l'on recherche une approche plus fructueuse de l'interprétation, il peut être pertinent de commencer par faire quelques observations relatives au langage. La première est que, parmi les activités humaines, le langage représente le phénomène interactionnel par excellence ; ses formes proviennent de l'interaction et vivent grâce à elle. Communiquer avec des mots ne signifie pas expédier des paquets de sens d'une tête à une

²¹⁸ Gray 1921, p. 300-325 *et passim*.

²¹⁹ Fuller 1940, p. 53-57.

autre mais implique l'effort d'initier dans l'esprit de l'autre des processus de perception qui correspondront autant que possible à ceux qui prennent place dans l'esprit de celui qui communique. Si je m'adresse à vous dans une situation qui exige une certaine précision dans la communication, je dois me demander ce que je veux dire exactement par les mots que j'utilise, ce que vous voudriez dire si vous utilisiez les mêmes mots, et ce que vous supposeriez que je puisse vouloir dire par ces mots dans le contexte de notre relation – sans même évoquer des éléments encore plus complexes d'attentes réciproques.

Les auteurs de tendance positiviste ont généralement cherché à échapper aux complexités de ce type en adoptant une conception simpliste du langage que j'ai décrite (p. 93) comme une « théorie-curseur de la signification ». Pour les besoins de la présente analyse, il est utile de mettre de côté, pour le moment, les complications causées par l'intervention du langage et d'envisager comment le problème de l'interprétation se présente lorsque la tâche est de discerner le sens, non pas des mots mais des actions.

Supposons par exemple que, dans un domaine donné de pratique commerciale, certains types de transactions suivent, depuis longtemps, des attentes acceptées et complémentaires, chaque participant orientant sa conduite envers l'autre en fonction de ces attentes. Une situation assez inhabituelle survient et un conflit se développe entre les parties en ce qui concerne les implications, pour leurs droits respectifs, de la pratique établie. Un arbitre ou un juge est saisi du différend. Sa tâche est d'interpréter le sens de la pratique établie par rapport à une situation factuelle particulière qui n'avait pas contribué à façonner les attentes des cocontractants.

Il est évident que, dans un tel cas, le meilleur guide pour la décision de l'arbitre est un principe qu'on ne trouve pas dans les discussions positivistes de l'interprétation, à savoir que le résultat atteint doit s'intégrer harmonieusement dans le système d'attentes complémentaires qui se sont exprimées par le passé. Il ne s'agit pas d'un problème de cohérence « logique », mais de ce qu'on pourrait appeler une compatibilité intentionnelle ; la question à se poser serait : quelle décision permettra le mieux de conserver aux pratiques établies le caractère d'un « jeu digne d'intérêt » ? Imposer un résultat incompatible avec les attentes établies reviendrait à perturber un système fonctionnel et bien accepté, qui

a permis de réguler les relations des parties entre elles. Il est clair que, pour atteindre une résolution satisfaisante du conflit, l'arbitre doit être capable de percevoir et de comprendre les implications contenues dans la pratique existante ; sa décision ne peut être juste et adaptée s'il lui manque l'imagination nécessaire pour se mettre à la place de ceux dont il interprète la relation passée.

Dans la situation précitée, une bonne décision devrait faire preuve de deux qualités liées entre elles : un respect de la structure systémique et une compréhension du contexte social. Je pense que ces exigences sont également applicables à l'interprétation du droit écrit. Si on compare une loi à un ordre militaire, en ce qu'elle viserait à contrôler l'action de quelqu'un qui n'a rien à dire, la tâche de l'interprète est alors de faire de son mieux pour distinguer les désirs de celui qui décide. D'un autre côté, si la fonction du droit est de créer des consignes pour une action autonome, le problème prend une tournure différente et les principes d'interprétation ne seront pas tellement différents de ceux applicables à un comportement interactif. En particulier, le respect de la structure systémique et la capacité à percevoir les besoins de la situation apparaîtront comme des qualités essentielles pour une bonne interprétation du droit écrit.

On pourrait objecter qu'une analyse qui commence, comme celle qui précède, par un exemple tiré de la pratique commerciale, est inévitablement biaisée. Il peut sembler saugrenu de suggérer que la loi qui interdit le meurtre est censée, sauf dans un sens éloigné et non pertinent, procurer des « consignes fiables pour l'interaction humaine ». Il est certain, comme je n'ai pas arrêté de le souligner, que la solution correcte au problème d'interprétation dépend du contexte. Mais même dans le cas du meurtre, des questions cruciales d'interprétation vont se poser sur des sujets comme la légitime défense. Toute loi en la matière est vouée à être rédigée en des termes vagues et généraux. Ceux qui interprètent le droit (ce qui, dans ce cas, inclura le juge et le jury) doivent, s'ils veulent faire leur travail correctement, se mettre dans la position dans laquelle l'accusé s'est retrouvé, et se demander ce qu'on peut raisonnablement attendre d'une personne dans une telle situation. Une connaissance de la vie, une aptitude à l'empathie et une capacité à identifier la règle pertinente sont essentiels pour prendre la bonne décision.

Dans mon deuxième chapitre, j'ai traité en détail des « antinomies » auxquelles peuvent être confrontés ceux qui sont responsables de maintenir la légalité. Il est fréquent qu'un échec dans l'entreprise juridique crée une situation dans laquelle il est impossible d'éviter un compromis au niveau de la légalité, de sorte que la tâche essentielle est de réduire les dimensions de ce compromis. Les cas dans lesquels le recours à une législation rétroactive semble être le moindre de deux maux illustrent le plus clairement cette situation malheureuse.

Les problèmes de ce type imprègnent l'interprétation de façon subtile. Supposons, par exemple, qu'une loi est adoptée dans le but de mettre davantage d'ordre dans certaines relations humaines. À première vue, on pourrait penser que le texte est raisonnablement clair, mais il souffre d'un défaut fondamental en ce qu'il est basé sur une mauvaise compréhension de la situation qu'il est censé corriger, le législateur étant à cet égard comme un médecin qui prescrit à son patient un médicament qui ne correspond pas à sa maladie. Selon quels critères un tribunal devrait-il interpréter cette loi ? On pourrait dire d'une application littérale acceptable de ses termes qu'elle correspond à l'intention réelle du législateur mais pas à celle qui aurait été la sienne s'il avait su ce qu'il faisait. En outre, l'interprète doit prendre en compte l'intérêt du citoyen lambda qui, étant étranger à la situation régulée, pourrait s'en tenir sans scrupule au sens littéral de la loi, dès lors qu'il est aussi ignorant que le législateur de la vraie nature de la situation visée par la loi. D'un autre côté, les destinataires primaires de loi, à savoir ceux qui vivent la situation que la loi vise à corriger, n'y verront qu'obscurité, confusion et perversité. En lisant la loi à la lumière de leur compréhension plus appropriée de la situation, qui fait partie de leur vie, ils pourraient même considérer cette loi comme étant une sorte de non-droit. Dans un tel cas, le tribunal ne dispose pas d'une solution facile pour s'en sortir.

Des cas de ce type n'offrent qu'un exemple des perplexités qui se présentent lorsqu'un tribunal doit se demander jusqu'où va sa liberté de corriger les erreurs de la loi. Une coquille évidente peut ne poser aucune difficulté. Mais décider ce que le législateur aurait dit s'il avait été capable d'exprimer son intention plus précisément, ou s'il n'avait pas négligé de vérifier l'interaction de sa loi avec les autres normes en vigueur, ou s'il avait réalisé que la

Cour suprême était sur le point d'opérer un revirement de jurisprudence – des questions de ce type nous rappellent que la tâche d'interpréter les lois ne se limite pas simplement à « exécuter l'intention du législateur ».

Ces remarques pourraient donner l'impression qu'on attend d'un interprète qu'il ne cherche un équilibre entre retenue et initiative que lorsqu'il corrige les erreurs et les oublis de l'autorité supérieure. Il va de soi que le problème est plus complexe. Par exemple, l'interprète doit se rappeler qu'il est probable que ses critères d'interprétation, tels qu'ils sont perçus, créent des attentes parmi les personnes concernées et qu'un changement soudain de critères pourrait porter atteinte à l'effort collaboratif qui est essentiel pour réaliser et préserver la légalité. Supposons, par exemple, que les tribunaux d'une juridiction donnée ont toujours interprété les lois d'une façon stricte et exagérément littérale. Il est pratiquement certain que le législateur intégrera dans ses calculs le fait que cette pratique se poursuivra ; il est probable que le rédacteur formule sa loi de façon à ce que, pour ainsi dire, elle sorte ses effets attendus après avoir vu sa portée réduite par l'interprétation judiciaire restrictive. Un assouplissement jurisprudentiel soudain des critères d'interprétation pourrait altérer la signification de la législation d'une façon qui soit contraire à l'intention de ceux qui l'ont adoptée, et risque de semer la confusion parmi ceux qui sont concernés.

De même, lorsqu'un tribunal doit appliquer le droit d'un autre État, il ne lui suffit pas de connaître le texte de la loi ; celui-ci doit être lu comme il l'aurait été par un juriste de cet État, à savoir comme il serait compris par ceux qui partagent les présupposés tacites qui font partie du fonctionnement du système juridique dont il est issu. Ce point a été explicité tout particulièrement dans une décision de la *United States District Court* du Massachusetts. Le cas exigeait l'application du droit du Massachusetts et non du droit fédéral. Plusieurs précédents de la Cour suprême du Massachusetts étaient concernés et il s'agissait de déterminer si cette dernière, dans l'hypothèse où la controverse était portée devant elle, nuancerait les enseignements de sa jurisprudence et ferait une exception pour le cas litigieux. En répondant par la négative à cette question, le juge Charles Wyzanski a considéré qu'il était essentiel de ne pas examiner

seulement les termes de ces décisions, mais également l'esprit général dans lesquelles elles avaient été rendues :

[La Cour suprême du Massachusetts] n'est pas caractérisée par des variations subtiles et des phrases floues. Elle annonce les principes auxquels elle adhère dans des termes magistraux. L'accent est mis sur les précédents et les méthodes anciennes et non sur la création de nouveaux droits d'action, ou l'encouragement de nouveaux recours judiciaires qui ont émergé dans des communautés moins conservatrices²²⁰.

Cet exercice d'anthropologie appliquée n'est guère habituel dans les décisions judiciaires. Il sert à nous rappeler, cependant, dans quelle mesure notre droit écrit est, en réalité, non écrit ; il nous aide à voir qu'une compréhension du droit dans les livres exige une compréhension des présupposés de ceux qui le créent et l'interprètent²²¹.

La référence à l'anthropologie offre une transition facile vers mon prochain sujet, qui concerne le *droit coutumier* et le *droit international*. À l'instar du problème de l'interprétation, aucune de ces questions n'a jamais trouvé un abri reposant au sein de la théorie positiviste. Comme pour l'interprétation, l'attitude des positivistes juridiques à l'égard de ces branches du droit oscille entre le rejet glacial et l'étreinte étouffante. Pour Austin, le droit coutumier et le droit international n'étaient tout simplement pas du droit, mais une sorte de pseudo-droit qu'il convenait de qualifier de moralité positive. Kelsen adopte l'approche opposée, qui consiste à remodeler ces deux formes de droit de sorte qu'elles puissent être adaptées à sa théorie, bien que le coût d'une telle distorsion de leurs prémisses est de rendre ces sujets difficilement reconnaissables.

Il est clair que la conception du droit comme affirmation unidirectionnelle du contrôle du comportement humain ne s'applique pas facilement au droit coutumier, ni au droit international. Ces deux manifestations du droit ont été décrites comme des formes d'ordre *horizontales*, alors qu'on a tendance à

²²⁰ *Pomerantz c. Clark*, 101 F. Supp., 1951, p. 346.

²²¹ Dans *Anatomy of Law* (1968), j'ai essayé de décrire quelques-unes des interactions entre ce que j'ai appelé le « droit créé » et le « droit implicite » (voy. spéc. p. 43-84).

prêter une dimension *verticale* au droit qu'un État impose à ses citoyens. Formulée d'une autre manière, la difficulté de concevoir le droit coutumier et international comme étant proprement du droit résulte de l'idée que le concept de droit implique au strict minimum trois éléments : un législateur et au moins deux sujets dont les relations sont organisées par des règles qui leur sont imposées par l'autorité qui crée le droit. La question qui pose problème est la suivante : comment une personne, une famille, une tribu ou une nation peuvent-elles s'imposer des règles de droit qui régiront leurs relations avec d'autres personnes, familles, tribus ou nations ? À la différence de la moralité, le droit ne peut pas être auto-imposé ; il doit résulter d'une autorité supérieure.

Pour ma part, toutes ces questions doivent être radicalement redéfinies si on admet une réalité simple et fondamentale, à savoir que le droit adopté par une autorité présuppose son engagement à respecter ses propres règles dans ses relations avec ses sujets. Il y a, en ce sens, un élément horizontal dans ce que le positivisme considère comme étant du droit verticalement imposé. Si on accepte ce principe fondamental, tous les problèmes qui agitent les discussions relatives au droit international et coutumier affectent également le « vrai » droit. Par exemple, l'obligation de l'État de respecter ses propres règles repose-t-elle sur un engagement « juridique » ou « moral » ? Si on dit que cet engagement est « juridique », se pose alors la question de savoir comment l'autorité qui crée du droit et l'abroge peut se lier elle-même juridiquement. Si l'engagement est de nature « morale », on se retrouve alors face à un autre type d'embarras. Il apparaît alors que la qualité cruciale qui sert à distinguer le droit de la gestion d'une entreprise, ou du commandement militaire, est elle-même infectée par un élément moral, de sorte que la distinction essentielle entre droit et moralité est fatalement compromise.

Si, cependant, on ignore ces nœuds conceptuels et qu'on autorise nos esprits à prendre part indirectement aux responsabilités impliquées dans le maintien de la *Rule of Law* dans un État moderne, on voit que le fait d'assumer ces responsabilités exige un effort complexe et collaboratif, dont la nature n'est pas différente de celui exigé par les systèmes de droit coutumier et international. On se retrouve également contraint d'aborder le rôle

des coutumes dans des systèmes juridiques qui prétendent être entièrement composés de règles promulguées. Ce rôle devient plus évident lorsqu'on fait explicitement de la coutume un critère de décision, comme c'est le cas, dans ce pays, des références fréquentes aux usages commerciaux dans le *Uniform Commercial Code*. Mais le droit coutumier (par lequel on vise avant tout les engagements tacites qui se développent à partir de l'interaction) joue un rôle important, quoique généralement silencieux, non seulement dans l'interprétation du droit écrit, mais aussi dans le comblement des lacunes qui sont inévitables dans tout corps de règles.

Le rôle de la coutume, qui passe généralement aperçu, varie considérablement d'un système de droit écrit à l'autre, mais on peut affirmer avec certitude que les attentes tacites qui constituent le droit coutumier feront toujours partie de toute réalisation pratique de l'idéal de légalité. La fidélité envers la *Rule of Law* requiert que l'État respecte non seulement ses règles exprimées et publiées, mais également les attentes justifiées créées par la façon dont il traite des situations qui ne sont pas contrôlées par des règles énoncées explicitement. De façon encore plus évidente, elle exige que l'État applique les règles écrites conformément à toute glose généralement acceptée qui s'y serait intégrée au cours de leur application. La prise en compte de toutes ces complications va sans doute gêner la construction des théories pures du droit. Elle facilitera toutefois le passage de la pensée juridique, des codes imposés par l'État aux manifestations juridiques d'apparence plus désordonnée, telles que le droit international et coutumier.

Dans le monde actuel, le droit coutumier n'est plus seulement une question d'intérêt purement intellectuel. Les nations émergentes en Afrique, en Asie et ailleurs sont engagées dans une transition souvent hasardeuse du droit coutumier et tribal vers des systèmes juridiques nationaux de droit écrit. Les experts juridiques des nations occidentales, particulièrement des États-Unis, jouent un rôle important en tant que conseillers facilitant cette transition. Ceux qui ont assumé cette fonction ont souvent regretté de n'y avoir pas été mieux préparés grâce à une connaissance plus profonde de l'anthropologie juridique. Ils pensent que, s'ils avaient été mieux formés en la matière, ils auraient eu une meilleure

compréhension de la signification qu'a le droit coutumier pour ceux qui y sont soumis.

Je pense qu'une anthropologie adéquate de notre propre système juridique est tout aussi nécessaire. Dans mon deuxième chapitre, j'ai parlé à de nombreuses reprises du droit comme d'une « entreprise » et je réalise que cette expression en a agacé certains. Mais pour ceux qui n'ont jamais essayé de créer ou de se soumettre à un système de règles promulguées explicitement, le droit est en effet une entreprise, et des plus hasardeuses. Dans un tel contexte, la géométrie soignée du positivisme juridique ne manque pas seulement cruellement de pertinence, elle devient également positivement dangereuse.

Il ne faut pas croire que les théories juridiques ne jouent aucun rôle dans l'entreprise pratique qui consiste à assister les peuples tribaux à se soumettre à un régime de droit écrit. Il est clair qu'ils ont besoin d'une définition du but qu'ils poursuivent. Récemment, les actes d'un colloque ont été publiés sous le titre : *Africa and Law – Developing Legal Systems in African Commonwealth Nations*²²². L'article principal contient la phrase suivante en première page :

Le professeur Harvey a défini le droit comme « une technique spécifique d'organisation sociale, qui dérive sa caractéristique essentielle de sa dépendance à l'égard du prestige, de l'autorité et, finalement, du monopole de la force qui est réservé à une société organisée politiquement ». C'est un instrument axiologiquement neutre. De ce point de vue, le droit ne tire aucune autorité morale du simple fait que c'est du droit ; au contraire, il adopte tous les aspects du pouvoir étatique. En effet, comme l'a relevé Kelsen, il n'existe aucune différence entre l'État et le droit ; il s'agit des deux faces d'une même pièce. Chacune des institutions étatiques est la manifestation du pouvoir de l'État et peut être considérée d'un point de vue institutionnel ou juridique.

Le rôle précis joué par cette conception du droit dans la pensée de l'auteur n'est pas clair ; il arrive finalement à la

²²² Hutchinson 1968. La citation se trouve en page 3 de l'article de Robert B. Seidman.

conclusion que ni le droit coutumier ni le droit anglais ne répondent aux besoins des nouvelles nations africaines. En même temps, je dois avouer que j'ai du mal à imaginer un contexte moins approprié pour la conception du droit véhiculée dans l'extrait précité. (Je suis bien conscient que mes adversaires n'adoptent pas explicitement la doctrine de l'identité entre l'État et le droit. Je me demande cependant, tout à fait sérieusement, quel précepte de leur philosophie, quel principe ou critère énoncé par eux, offre un répit à cet ultime *reductio ad absurdum* du point de vue positiviste ?)

Parmi ceux qui, dans ce pays, essaient d'élaborer un programme pour la paix dans le monde, une certaine polarité des points de vue semble s'être développée. Certains optent pour la réalisation, le plus rapidement possible, d'un ordre juridique mondial, dans un « style vertical ». Les autres considèrent, à l'opposé, que le meilleur moyen de garantir la paix est d'essayer de trouver des arrangements réciproques entre les nations, arrangements qui peuvent prendre la forme explicite de traités mais qui peuvent également se développer par des ajustements tacites qui deviendront progressivement du droit contraignant. Cette différence de stratégie est utile dans la mesure où elle repose sur une évaluation sincère et réaliste des alternatives, et le débat qu'elle nourrit doit être poursuivi. Je ne peux m'empêcher de conclure que ceux qui ne se contentent de rien de moins qu'une autorité juridique mondiale sont moins influencés par des réalités politiques et sociales que par un désir d'ordre conceptuel, par la conviction que rien ne peut être considéré comme du droit s'il ne correspond pas aux définitions habituelles de notre droit interne. Un réexamen de ces définitions pourrait donner un autre éclairage du problème du droit international et adoucir quelque peu l'opposition entre les points de vue.

Il serait déplacé d'abandonner les sujets jumeaux du droit international et du droit coutumier sans attirer l'attention sur un livre récent de Michael Barkun, *Law without Sanctions: Order in Primitive Societies and the World Community* (1968). Barkun a beaucoup de choses pertinentes à dire en ce qui concerne le dommage causé dans son champ d'étude par des théories simplistes sur le droit en général. Il attire tout particulièrement l'attention sur les dangers courus par les sociologues et les anthropologues qui basent leur définition du droit sur celles qui sont devenues courantes lorsqu'on parle du droit interne :

Malgré l'aversion du sociologue pour les mélanges entre fait et valeur, il a eu tendance à étudier des sociétés sans État, tant internationales que primitives, à partir du point de vue admis en droit interne. Le droit interne occupe inévitablement une part très visible de son environnement. Nous avons ici une sorte de préjugé culturel inconscient dans lequel le cadre théorique de la profession juridique, qui semble convenir au droit (tel qu'on le perçoit habituellement), a été importé aveuglément dans les sciences sociales. Mais une fois qu'on accepte la prémisse selon laquelle les théories sont construites et non découvertes dans un monde platonicien des idées, il devient difficile de justifier ce type d'appropriation dépourvue d'esprit critique (p. 11).

Jusqu'à présent, j'ai discuté des implications de mon débat avec les nouveaux juristes analytiques pour des problèmes qui surgissent au sein d'un cadre qui est largement « juridique » par nature. Je voudrais maintenant examiner brièvement les implications de ce débat pour le *concept de moralité*.

Dans l'introduction de cette *réplique*, j'ai suggéré qu'il manquait une « dimension sociale » au positivisme juridique analytique. Afin de remédier à ce défaut, j'ai proposé une « théorie interactionnelle du droit ». Je suis convaincu que le concept de moralité adopté par mes adversaires souffre, au moins dans une certaine mesure, du même défaut et bénéficierait de la même rectification.

En rejetant mon idée de moralité interne du droit, Hart semble à un certain moment suggérer que le principe utilitariste est capable, dans une large mesure, d'assumer toutes les fonctions que j'ai attribuées aux huit principes de légalité. Ces principes, affirme Hart, ne sont dignes d'estime que « dans la mesure seulement où ils contribuent au bonheur humain et aux autres buts moraux substantiels du droit »²²³. Dans le même passage, il indique que les lois rétroactives sont généralement condamnées simplement parce qu'elles ne « contribuent pas au bonheur humain » et que, si elles entraînent une peine, elles infligent « un malheur inutile ». Il convient de relever à cet égard que, même si on était prêt à accepter le principe utilitariste comme test ultime de ce qui est bon, toute application significative de ce principe présuppose une

²²³ Hart 1965, p. 1291.

certaine stabilité des processus interactionnels au sein de la société, et cette stabilité est, à son tour, fortement dépendante des directives procurées par un système juridique consciencieusement administré. Il est impossible d'identifier les conséquences d'une action particulière à travers la structure d'une société si cette structure ne se préserve pas elle-même une certaine mesure d'intégrité.

Les dimensions interactionnelles de la moralité sont généralement négligées par mes détracteurs lorsqu'ils traitent de ce que j'ai appelé la moralité interne du droit. Aucun d'entre eux ne semble prêt à juger négativement le législateur qui, indifférent aux exigences de sa fonction, confond ou perd de vue les consignes légales sur la base desquelles les sujets de droit coordonnent leurs actions. Cohen, par exemple, affirme qu'il n'y a rien « de moralement scandaleux dans le fait d'adopter des lois contradictoires. Cela ne signifie pas, bien entendu, qu'il n'est pas possible que de telles lois soient adoptées pour des motifs qui les rendraient immorales ou qu'une situation créée par inadvertance fasse, de façon immorale, l'objet d'un abus »²²⁴.

Dans la même veine, Dworkin condamne le législateur qui s'écarte des principes de légalité afin de « provoquer délibérément » une innocente victime à commettre une infraction²²⁵, mais rechigne à censurer le législateur qui, par négligence, crée une situation d'insécurité juridique qui pourrait donner à quelqu'un d'autre l'opportunité de provoquer cette infraction.

Dorothy Emmet a rendu un grand service à la philosophie morale dans son livre intitulé *Rules, Roles and Relations* (1966) en réintroduisant, avec perspicacité et de façon solidement étayée, le vieux concept de rôle social. La moralité de rôle est clairement une moralité d'interaction. Mais les méthodes d'analyse qui conviennent à la moralité de rôle sont également pertinentes pour les problèmes moraux qui n'impliquent pas de rôles reconnus en tant que tels. C'est pour cette raison que je crois qu'une étude des exigences complexes de la moralité interne du droit améliorerait notre compréhension des problèmes moraux en général.

²²⁴ Cohen 1965, p. 652.

²²⁵ Dworkin 1965, p. 637.

En particulier, une étude approfondie des problèmes rencontrés en essayant de réaliser et de maintenir la légalité nous confronterait sans équivoque à celui, déjà évoqué, des « antinomies », à savoir le type de dilemme auquel on fait face lorsqu'il est nécessaire de s'écarter d'un principe de la moralité du droit pour en sauver un autre. Mes exemples de ce phénomène dans le deuxième chapitre concernent principalement des cas dans lesquels une erreur ou une omission exige de s'écarter de la pratique normale de la légalité, en requérant par exemple une législation curative, qui est nécessairement rétroactive.

Cohen confirme le fait que les philosophes moraux ne sont généralement pas préparés à traiter ce type de dilemme lorsqu'il se demande si je ne « trahis pas mon plaidoyer » quand j'« admetts » que, dans certaines circonstances, la rétroactivité peut être bénéfique²²⁶. Si j'avais dit que, selon moi, mentir est immoral mais qu'il convient de faire une exception lorsqu'on ment pour sauver une vie innocente, je ne crois pas que Cohen aurait dit qu'en admettant cette exception j'ai « trahi mon plaidoyer » contre le mensonge. Dans les deux cas, la nuance résulte d'un contexte social spécifique. La différence est que, dans l'un, les exigences de ce contexte sont très visibles et facilement comprises – on imagine un fou furieux faisant irruption sur scène et demandant qu'on lui dise où se cache sa future victime – alors que, dans l'autre, le contexte social est complexe et les interactions concernées sont indirectes et passent inaperçues.

Si Cohen exprime des réserves quant au fait que j'« admette » que des lois rétroactives réparant des illégalités passées peuvent, au final, s'avérer avantageuses, il a encore davantage de mal à comprendre que des antinomies entre les principes de la moralité du droit puissent se rencontrer dans la structure même des institutions juridiques. Après avoir évoqué ma « concession » en matière de lois curatives, Cohen continue :

Mais les concessions de Fuller vont plus loin. Il admet que, lorsqu'un juge décide un cas pour lequel les critères ne sont pas clairs, il crée du droit rétroactivement. Cette touche de réalisme juridique est inattendue chez Fuller, et n'est pas tout à fait

²²⁶ Cohen 1965, p. 652.

cohérente avec son affirmation sensée selon laquelle, si le juge ne décide pas de tels cas, « il manque à son devoir de régler les conflits à partir des règles existantes »²²⁷.

Un tel extrait ne peut pas provenir de quelqu'un capable de visualiser un contexte dans lequel deux plaideurs, qui sont en conflit quant à l'importance d'une loi pour leurs droits respectifs, soumettent leur litige à un juge pour qu'il le tranche. Cohen voudrait-il que le juge dise : « Messieurs, vous avez servi l'intérêt général en attirant l'attention sur une sérieuse ambiguïté dans cette loi. Bien que les arguments soient relativement équilibrés, je tranche votre conflit quant à la signification de cette loi en faveur de l'interprétation proposée par A. Cependant, dès lors que je ne souhaite pas créer du droit rétroactif, cette interprétation ne sera effective que pour les situations futures. Quant à la controverse spécifique qui vous oppose, je ne prends aucune décision » ? Une moralité du monologue n'aura, bien entendu, pas beaucoup d'occasion de traiter ce type de problèmes ; une moralité qui se préoccupe d'interaction sociale y sera inévitablement confrontée et les résoudra du mieux qu'elle peut, ce qui signifie qu'elle sera souvent obligée de mettre en balance les avantages et les désavantages de tel type d'action ou de tel type d'instrument institutionnel²²⁸.

J'en arrive enfin, non sans réticence, à mentionner brièvement la question de l'opposition entre positivisme et droit naturel. Si la controverse actuelle avait surgi il y a trente ans, on aurait sans doute considéré ce problème comme étant au centre du débat. Il fut un temps, à une époque pas si lointaine, où parler de façon irrespectueuse du positivisme juridique revenait à être suspecté d'adhérer à une sorte de version du droit naturel teintée d'obscurantisme et de métaphysique, et probablement ecclésiastique.

Heureusement, les vents de la doctrine semblent avoir tourné. Le positivisme se trouve maintenant attaqué sur plusieurs fronts, notamment par les philosophies du langage, des sciences et de l'art. On peut distinguer, en sociologie et en anthropologie

²²⁷ Cohen 1965, p. 652.

²²⁸ Dans *Anatomy of Law* (Fuller 1968, p. 84-112), j'ai tenté une comparaison en ces termes entre la *Common law* anglo-américaine et les systèmes basés sur des codifications exhaustives.

juridique, une tendance à s'écarter des théories structuralistes en faveur d'une étude des processus interactionnels ; je me suis laissé dire que la psychiatrie et la psychanalyse avaient opéré un mouvement similaire ces quinze dernières années. Quant au droit, un de mes détracteurs les plus intransigeants, Ronald Dworkin, vient de publier ce qu'il décrit lui-même comme une « attaque contre le positivisme »²²⁹. Dans ce nouveau climat d'opinion, il n'est plus nécessaire de s'excuser d'être critique à l'égard du positivisme. On ne court pas davantage le risque d'être accusé de prétendre avoir établi un contact avec la Vérité absolue.

Dans la réorientation qui semble prendre place, on peut espérer qu'il y aura un peu plus de tolérance et d'intérêt pour la grande tradition incarnée par la littérature relative au droit naturel. Certes, on trouvera dans cette littérature beaucoup de bêtises et de propositions inacceptables pour les goûts intellectuels modernes, mais on y trouvera également une sagesse pratique appliquée aux problèmes de ce qu'on pourrait appeler l'architecture sociale. Nombreux sont ceux qui considèrent Saint Thomas d'Aquin comme le symbole de tout ce qui est dogmatique et théologique dans la tradition du droit naturel. Pourtant, comme l'a récemment relevé un auteur²³⁰, Thomas d'Aquin a, dans une certaine mesure, identifié et traité des huit problèmes de légalité discutés dans mon deuxième chapitre. Je ne connais aucun auteur positiviste qui se soit sérieusement préoccupé du problème général consistant à réaliser et à maintenir la légalité.

Dans la philosophie des sciences, la réorientation associée aux noms de Michael Polanyi et de Thomas Kuhn a été marquée par un déplacement de l'intérêt de la conceptualisation et de l'analyse logique de la vérification scientifique vers une étude des processus réels des découvertes scientifiques. Peut-être qu'un jour, les philosophes du droit cesseront de se préoccuper de construire des « modèles conceptuels » pour représenter les phénomènes juridiques, abandonneront leurs débats sans fin sur les définitions et se tourneront plutôt vers une analyse des processus sociaux qui constituent la réalité du droit.

²²⁹ Dworkin 1967.

²³⁰ Lewis 1968, p. 565 (il exagère sans doute un peu lorsqu'il dit que Thomas a reconnu le principe de convergence entre l'action officielle et la règle énoncée).

Annexe : Le problème du délateur rancunier

Vous avez été élu de justesse ministre de la Justice de votre pays, une nation d'environ vingt millions d'habitants. Au début de votre mandat, vous êtes confronté à un sérieux problème qui sera décrit après en avoir présenté le contexte général.

Pendant plusieurs décennies, votre pays a été gouverné de façon pacifique, constitutionnelle et démocratique. Les relations normales entre les citoyens ont été perturbées par une dépression économique de plus en plus grave et un antagonisme croissant entre différentes factions, formées sur la base de divisions économiques, politiques et religieuses. Le chevalier blanc est arrivé sous les traits du chef d'un parti ou d'une société politique qui se faisait appeler *Les chemises mauves*.

Lors d'une élection nationale fort chaotique, ce chef a été élu président de la République et son parti a obtenu la majorité des voix au Parlement. Le succès de ce parti aux élections a été le résultat, en partie d'une campagne faite de promesses irréfléchies et de falsifications ingénieuses, et en partie de l'intimidation physique exercée par les Chemises mauves, décourageant de se rendre aux urnes les électeurs qui auraient autrement voté contre eux.

Lorsque les Chemises mauves sont arrivés au pouvoir, ils n'ont ni abrogé l'ancienne Constitution, ni aucune de ses dispositions. Ils ont également laissé intacts le Code civil, le Code pénal et le Code de procédure. Aucune action officielle n'a été entreprise afin de renvoyer des fonctionnaires ou de révoquer des juges effectifs. Les élections ont continué à avoir lieu et les suffrages à être dépouillés avec, semble-t-il, honnêteté. Pourtant, le pays vivait sous le règne de la terreur.

Les juges qui rendaient des décisions contraires à la volonté du parti étaient battus et assassinés. Le sens des dispositions du Code pénal fut détourné afin d'envoyer des opposants en prison. Des lois secrètes furent adoptées, qui n'étaient connues que des niveaux supérieurs de la hiérarchie du parti. Des lois rétroactives furent votées, qui érigeaient en infraction des actes qui étaient légaux lorsqu'ils avaient été posés. Le gouvernement n'accorda aucune attention aux contraintes de la Constitution, aux lois antérieures, ou même à ses

propres lois. Tous les partis d'opposition furent dissous. Des milliers d'opposants politiques furent mis à mort, soit de façon méthodique, en prison, soit de façon sporadique, au cours de raids nocturnes. Une amnistie générale fut déclarée en faveur de ceux qui avaient été condamnés pour des actes « commis en défendant la patrie contre la subversion ». Grâce à cette amnistie, tous les membres du parti des Chemises mauves qui étaient prisonniers ont fait l'objet d'une libération générale. Aucun autre prisonnier ne bénéficia de l'amnistie.

Aux termes d'une politique délibérée, les Chemises mauves se réservèrent une marge de flexibilité dans leurs opérations, en agissant parfois « dans la rue » à l'aide du parti et parfois à l'aide de l'appareil étatique qu'ils contrôlaient. Le choix entre les deux méthodes était une pure question d'opportunité. Par exemple, lorsque le cercle restreint du parti décida de ruiner tous les anciens Républicains-socialistes (dont le parti avait fourni un ultime effort pour résister au nouveau régime), un conflit a surgi quant à la meilleure façon de confisquer leurs biens. Un groupe, peut-être encore influencé par des conceptions pré-révolutionnaires, souhaitait que ces biens soient confisqués sur la base d'une loi érigeant les actes de leurs propriétaires en infractions. Un autre voulait que les propriétaires remettent leurs biens sous la menace de la baïonnette. Ce groupe s'opposait à la loi proposée, au motif qu'elle susciterait des commentaires défavorables à l'étranger. Le chef se prononça en faveur d'une action directe, suivie par l'adoption d'une loi secrète ratifiant l'action du parti et confirmant les titres obtenus par des menaces de violence physique.

Les Chemises mauves ont maintenant été renversés et un gouvernement démocratique et constitutionnel a été restauré. L'ancien régime a cependant laissé quelques problèmes difficiles à résoudre. Il s'agit de problèmes que vous devez résoudre avec vos collègues. Parmi ceux-ci, il y a le problème du « délateur rancunier ».

Pendant le régime des Chemises mauves, de nombreuses personnes ont réglé leurs comptes en dénonçant leurs ennemis au parti ou aux autorités gouvernementales. Les activités dénoncées concernaient notamment le fait d'exprimer en privé des critiques à l'égard du gouvernement, d'écouter des programmes de radios étrangères, d'accumuler davantage d'œufs que le quota autorisé,

de ne pas déclarer une perte de papiers dans les cinq jours, etc. Dans le système d'administration de la justice de l'époque, chacun de ces faits pouvait, s'il était prouvé, entraîner la peine de mort. Dans certains cas, cette sentence était autorisée par des lois « d'urgence » ; dans d'autres, elle était imposée sans mandat législatif mais par des juges régulièrement nommés.

Après la chute du régime des Chemises mauves, il y a eu une forte revendication publique pour demander que ces délateurs rancuniers soient punis. Le gouvernement par intérim, qui a précédé celui dont vous faites partie, a temporisé sur cette question. Dans l'intervalle, la question est devenue brûlante et sa résolution ne peut plus être reportée. Par conséquent, votre premier acte en tant que ministre de la Justice a été de vous y attaquer. Vous avez demandé à vos cinq collaborateurs de réfléchir à la question et de vous faire part de leurs recommandations. Lors d'une réunion, les cinq collaborateurs s'expriment tour à tour en ces termes :

Premier collaborateur : « Il me paraît parfaitement clair qu'on ne peut rien faire au sujet de ces soi-disant informateurs rancuniers. Les actes qu'ils ont dénoncés étaient illégaux selon les règles de l'État qui contrôlait les affaires de la nation à cette époque. Les sentences imposées à leurs victimes ont été rendues conformément aux principes de droit alors en vigueur. Ces principes diffèrent de ceux qui nous sont familiers d'une façon qui nous paraît détestable. Il n'en demeure pas moins qu'ils constituaient le droit du pays à cette époque. Une des différences principales entre ce droit et le nôtre est le pouvoir discrétionnaire nettement plus important qu'il conférait au juge dans les affaires criminelles. Cette règle et ses conséquences ont autant droit à notre respect que cette réforme que les Chemises mauves ont introduite dans le droit testamentaire, selon laquelle deux témoins sont nécessaires plutôt que trois. Il est sans importance que la règle conférant aux juges une discrétion plus ou moins illimitée dans les affaires criminelles n'ait jamais été adoptée formellement mais faisait l'objet d'une acceptation tacite. On pourrait dire exactement la même chose de la règle opposée, et que l'on accepte, qui restreint étroitement la discrétion du juge. La différence entre les Chemises mauves et nous-même n'est pas que leur gouvernement était illégal – une contradiction dans les termes – mais se situe

plutôt sur le plan de l'idéologie. Personne ne déteste le Chemise-mauvisme davantage que moi. Pourtant, la différence fondamentale entre leur philosophie et la nôtre est que nous permettons et tolérons des différences d'opinion, alors qu'ils essayaient d'imposer leur code monolithique à chacun. L'entièreté de notre système étatique présuppose que le droit est une chose flexible, capable d'exprimer et de réaliser des objectifs très différents. Notre principe essentiel est que, lorsqu'un objectif a été correctement intégré dans une loi ou une décision juridictionnelle, il doit être provisoirement accepté, même par ceux qui le haïssent. Ces derniers doivent attendre leur chance aux prochaines élections, ou dans un autre procès, pour garantir une reconnaissance juridique de leurs propres objectifs. Les Chemises mauves, d'un autre côté, se contentaient de ne pas respecter les lois qui intégraient des objectifs qu'ils désapprouvaient, considérant que cela ne valait même pas la peine de faire l'effort de les abroger. Si nous commençons à faire le tri entre les actes du régime des Chemises mauves, en déclarant tel jugement invalide, telle loi nulle ou telle condamnation excessive, nous ferons exactement ce que nous condamnons le plus chez eux. Je reconnais qu'il faudra du courage pour mettre en œuvre le programme que je préconise et que nous devrons résister à des pressions fortes de l'opinion publique. Nous devrons également être prêts à empêcher certains de se faire justice à eux-mêmes. Sur le long terme, cependant, je crois que la voie que je recommande est la seule qui assurera le triomphe des conceptions du droit et de l'État auxquelles nous croyons ».

Deuxième collaborateur : « Curieusement, j'arrive à la même conclusion que mon collègue, mais en prenant la voie exactement inverse. Il me semble absurde de qualifier le régime des Chemises mauves de gouvernement légal. Un système juridique n'existe pas seulement parce que des policiers continuent à patrouiller dans les rues ou parce qu'une constitution et un code demeurent sur une étagère sans avoir été abrogés. Un système juridique présuppose des lois qui soient connues, ou puissent l'être, par ceux qui y sont soumis. Il présuppose une certaine uniformité d'action et que les cas similaires soient traités de la même façon. Il présuppose l'absence d'un pouvoir qui, comme le parti des Chemises mauves, n'est pas soumis au droit, domine l'État et est susceptible d'interférer à tout moment avec

l'administration de la justice lorsqu'elle ne fonctionne pas conformément à ses caprices. Tous ces présupposés constituent le concept même d'ordre juridique et n'ont rien à voir avec des idéologies politiques et économiques. Selon moi, le droit, dans tous les sens que peut avoir ce terme, a cessé d'exister lorsque les Chemises mauves sont arrivés au pouvoir. Durant leur régime, nous avons eu, en fait, un interrègne dans la *Rule of Law*. Au lieu d'un gouvernement des lois, nous avons une guerre de tous contre tous, menée derrière des portes fermées, dans des allées sombres, dans des intrigues de palais et des conspirations de cours de prison. Les actes de ces soi-disant délateurs rancuniers n'étaient qu'une phase de cette guerre. Eriger ces actes en infraction serait aussi incongru que d'essayer d'appliquer des conceptions juridiques à la lutte pour la survie dans la jungle ou sous la surface de la mer. Il faut que nous enterrions tout ce chapitre de notre histoire, sombre et illégal, comme s'il n'avait été qu'un mauvais rêve. Si nous remuons cette haine, nous attirerons sur nous son esprit diabolique et risquerons l'infection de ses miasmes. Je rejoins donc mon collègue : oublions le passé. Ne faisons rien de ces soi-disant délateurs rancuniers. Ce qu'ils ont fait n'était ni légal ni contraire à la loi, dès lors qu'ils ne vivaient pas dans un régime de droit mais bien d'anarchie et de terreur ».

Troisième collaborateur : « J'éprouve une profonde méfiance pour toute forme de raisonnement qui se fonde sur une alternative "soit-soit". Je ne pense pas non plus qu'on doive présupposer, d'un côté, que le régime des Chemises mauves était, dans son intégralité, hors du domaine du droit ou, de l'autre, que tous ses actes pouvaient être crédités d'avoir été posés par un gouvernement légal. Mes deux collègues ont involontairement fourni des arguments puissants contre ces hypothèses extrêmes en démontrant qu'elles menaient toutes deux à une même conclusion absurde, une conclusion qui est éthiquement et politiquement impossible. Si on réfléchit à la question sans émotion, il devient clair qu'on n'a pas assisté, durant le régime des Chemises mauves, à une "guerre de tous contre tous". Derrière les apparences, une grande partie de ce qu'on appelle une vie humaine normale a continué : des mariages ont été contractés, des biens vendus, des testaments rédigés et exécutés. Elle a connu les mêmes aléas – accidents de voiture, faillites, testaments sans témoin, erreurs

diffamatoires dans les journaux. L'idéologie des Chemises mauves n'a affecté ni cette vie normale ni ces aléas. Les questions juridiques qui se sont posées dans ce domaine ont été résolues par les tribunaux pratiquement de la même façon qu'elles l'étaient avant et qu'elles le sont aujourd'hui. Déclarer que tout ce qui s'est passé sous les Chemises mauves l'a été sans base légale créerait un chaos intolérable. D'un autre côté, on ne peut certainement pas dire que les meurtres commis dans les rues par des membres du parti agissant sous les ordres du chef étaient légaux uniquement parce que le parti avait réussi à prendre le contrôle de l'État et que son chef était devenu président de la République. Si on doit condamner les actes criminels du parti et de ses membres, il serait absurde de valider chaque acte posé par l'appareil étatique qui était devenu, dans les faits, l'alter ego du parti des Chemises mauves. On doit donc, dans cette situation comme dans la plupart des affaires humaines, opérer des distinctions. Nous devons intervenir lorsque la philosophie des Chemises mauves s'est infiltrée et a détourné l'administration de la justice de ses buts et usages normaux. Parmi ces détournements de la justice, je vise par exemple le cas d'un homme qui était amoureux de la femme d'un autre homme, dont il a causé la mort en le dénonçant pour une infraction tout à fait futile, c'est-à-dire le fait de ne pas avoir déclaré la perte de ses papiers d'identité dans les cinq jours. Ce délateur était un meurtrier, selon le Code pénal qui était en vigueur au moment où il a posé son acte, et que les Chemises mauves n'avaient pas abrogé. Il a causé la mort de quelqu'un qui faisait obstacle à ses passions illicites et a utilisé les tribunaux pour la réalisation de son intention homicide. Il savait que les tribunaux étaient eux-mêmes les instruments complaisants de la politique jugée opportune, à un moment donné, par les Chemises mauves. Il existe d'autres cas qui sont tout aussi clairs. Je reconnais qu'il y en a d'autres qui le sont moins. Nous serons embêtés, par exemple, par les cas des simples fouineurs qui ont dénoncé aux autorités tout ce qui paraissait suspect. Certaines de ces personnes n'agissaient pas par désir de se débarrasser de quelqu'un qu'ils accusaient, mais afin de s'attirer les faveurs du parti, de détourner des suspicions (peut-être non fondées) à leur égard, ou par pure ingérence. Je ne sais pas comment il faudrait traiter ces cas, et ne ferai aucune recommandation à cet égard. Mais le fait que ces cas problématiques existent ne devrait pas nous empêcher d'agir tout

de suite dans les cas qui sont clairs, et qui sont bien trop nombreux pour qu'on se permette de les ignorer ».

Quatrième collaborateur : « Comme mon collègue, je me méfie des raisonnements du type "soit-soit", mais je pense qu'on doit réfléchir davantage qu'il ne l'a fait à ce vers quoi on se dirige. Cette proposition consistant à choisir parmi les actes du régime déchu est tout à fait discutable. C'est, en fait, du Chemise-mauvisme pur et simple. Nous apprécions cette loi, alors veillons à la faire respecter. Nous apprécions ce jugement, laissons-le en l'état. On n'aime pas cette loi, alors considérons qu'elle n'a jamais existé. Cet acte étatique qu'on désapprouve, frappons-le de nullité. Si on procède de la sorte, on adopte exactement, à l'égard des lois et des actes de l'État des Chemises mauves, l'attitude sans scrupules qu'ils ont eu à l'égard des lois et des actes étatiques qu'ils ont supplantés. Cela nous mènera au chaos, chaque juge et chaque procureur se transformant lui-même en loi. Au lieu de mettre un terme aux abus du régime des Chemises mauves, la proposition de mon collègue ne fera que les perpétuer. La seule façon de traiter ce problème, d'une manière qui soit compatible avec notre philosophie du droit et de l'État, est d'en faire l'objet d'une loi adoptée en bonne et due forme. Etudions l'ensemble du problème de délateur rancunier, rassemblons tous les faits pertinents et rédigeons une loi exhaustive qui y soit consacrée. De la sorte, nous ne détournerons pas des vieilles lois à des fins qu'elles n'étaient pas censées poursuivre. En outre, nous adopterons des sanctions appropriées à l'infraction sans traiter chaque délateur comme un meurtrier, uniquement parce que la personne qu'il a dénoncée a finalement été exécutée. J'admets que nous rencontrerons quelques difficultés de rédaction. Entre autres, nous devons donner une définition juridique au mot "rancunier" et cela ne sera pas facile. Cependant, ces difficultés ne devraient pas nous décourager d'adopter la seule voie qui nous fera échapper à une règle personnelle et sans loi ».

Cinquième collaborateur : « Cette dernière proposition contient une ironie considérable. Elle vise à mettre un terme définitif aux abus du Chemise-mauvisme et, pourtant, elle propose de le faire en recourant à l'instrument le plus détesté de ce régime, à savoir les lois pénales rétroactives. Mon collègue redoute la confusion qui résultera de notre tentative de défaire et réparer, sans

base légale, les actes "injustes" de l'ordre précédent, tout en maintenant et en exécutant ses actes "justes". Pourtant, il ne semble pas réaliser que la loi qu'il propose est un moyen tout à fait spécieux pour remédier à cette incertitude. Il est facile d'argumenter en faveur d'une loi qui n'est pas encore rédigée ; nous sommes tous d'accord qu'il serait bien d'avoir les choses couchées sur papier. Mais qu'offrirait cette loi au juste ? Un de mes collègues parle de quelqu'un qui n'a pas déclaré ses papiers d'identité pendant cinq jours. Mon collègue semble dire que la sentence judiciaire imposée pour cette infraction, à savoir la mort, est à ce point disproportionnée qu'elle est clairement injuste. Mais nous devons nous rappeler qu'à cette époque, le mouvement clandestin contre les Chemises mauves montait en intensité et ce que ces derniers étaient constamment harcelés par des personnes qui avaient de faux papiers d'identité. De leur point de vue, ils avaient un sérieux problème, et la seule objection qu'on peut opposer à leur solution (à part le fait qu'on ne voulait pas qu'ils le résolvent) est qu'ils ont agi de façon plus vigoureuse que nécessaire. Comment mon collègue va-t-il traiter ce cas dans sa loi, et tous les cas qui lui ressemblent plus ou moins ? Va-t-il contester que le régime des Chemises mauves avait besoin de droit et d'ordre ? Je ne vais pas m'attarder sur les difficultés qu'impliqueraient la rédaction de la loi proposée, dès lors qu'elles sont assez évidentes pour quiconque y réfléchit. Je préfère proposer ma propre solution. Une doctrine autorisée a affirmé que l'objectif principal du droit pénal était de donner un exutoire à l'instinct humain de revanche. Il arrive, et tel est le cas actuellement, qu'il faille permettre à cet instinct de s'exprimer directement sans l'intervention du droit. Cette affaire de délateur rancunier est déjà en train de se régler d'elle-même. On lit chaque jour l'histoire d'un ancien laquais du régime des Chemises mauves qui a eu ce qu'il méritait dans un endroit non surveillé. Les gens gèrent discrètement ce problème à leur façon et, si on les laisse tranquilles, et qu'on demande à nos procureurs de faire de même, il n'y aura bientôt plus de problème à régler. Il y aura bien entendu quelques désordres, et quelques têtes innocentes coupées. Mais au moins, notre État et notre système juridique n'auront pas été impliqués, et nous ne nous retrouverons pas embourbés dans une tentative de mettre de l'ordre dans tous les faits et méfaits des Chemises mauves ».

En tant que ministre de la Justice, laquelle de ces recommandations adopteriez-vous ?

BIBLIOGRAPHIE

Bibliographie reconstituée par les soins du traducteur d'après les références de Fuller.

Aigler 1922

AIGLER (R.W.), « Legislation in Vague or General Terms », *Michigan Law Review*, 21 (1922), p. 831-851.

Allen 1959

ALLEN (F.), « Criminal Justice, Legal Values and the Rehabilitative Ideal », *Journal of Criminal Law and Criminology*, 50 (1959), p. 226-232.

Anastaplo 1965

ANASTAPLO (G.), « Natural Right and the American Lawyer », *Wisconsin Law Review*, 322 (1965), p. 322-343.

Aristote

ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, livre V, traduit par R. Bodéüs, Paris, Flammarion, 2008.

Arnold 1960

ARNOLD (T.), « Professor Hart's Theology », *Harvard Law Review*, 73 (1960), p. 1298-1317.

Austin 1879

AUSTIN (J.A.), *Lectures on Jurisprudence*, 1879.

Barkun 1968

BARKUN (M.), *Law without Sanctions: Order in Primitive Societies and the World Community*, Yale, Yale University Press, 1968.

Barnard 1948

BARNARD (C.), *Organization and Management*, Harvard, Harvard University Press, 1948.

Bentham 1848

BENTHAM (J.), « Rationale of Judicial Evidence », in *The Works of Jeremy Bentham*, vol. VII, Bowring editions, 1848.

Bergler 1957

BERGLER (E.), *The Psychology of Gambling*, Hill and Wang, 1957.

Berman 1963

BERMAN (H.J.), « The Struggle of Soviet Jurists Against a Return to Stalinist Terror », *Slavic Review*, 22 (1963), p. 315-320.

Black 1958

BLACK (B.), *The Theory of Committees and Elections*, Cambridge Cambridge University Press 1958.

Blau 1963

BLAU (P.M.), *The Dynamics of Bureaucracy*, University of Chicago Press, 1963.

Boorstin 1948

BOORSTIN (D.J.), *The Lost World of Thomas Jefferson*, Chicago, The University of Chicago Press, 1948.

Brandt 1959

BRANDT (R.B.), *Ethical Theory : The Problems of Normative and Critical Ethics*, Prentice-Hall, 1959.

Bridgman 1949

BRIDGMAN (P.W.), *The Logic of Modern Physics*, New York, The Macmillan Company, 1949.

Brooks 1906

BROOKS, A. « The Moderne Conception of Animus », *Green Bag*, 19 (1906), p. 12-33.

Brown 1906

BROWN (J.), *The Austinian Theory of Law*, London, John Murray, 1906.

Campbell 1848

CAMPBELL (J.), *Lives of the Lord Chancellors of England*, London, John Murray, 1848.

Chafee 1930

CHAFEE (Z.), « The Internal Affairs of Associations Not for Profit », *Harvard Law Review*, 43 (1930), p. 993.

Cohen 1965

COHEN (M.), « Law, Morality and Purpose », *Villanova Law Review*, 10 (1965), p. 640-654.

Conant 1951

CONANT (J.B.), *Science and Common Sense*, Yale, Yale University Press, 1951.

Cook 1928

COOK (W.W.), « The Utility of Jurisprudence in the Solution of Legal Problems », *5 Lectures on Legal Topics*, 1928, p. 337-390.

Corbin 1919

CORBIN (A.), « Legal Analysis and Terminology », *Yale Law Journal*, 29 (1919), p. 163-173.

Corbin 1951

CORBIN (A.), *Contracts*, Matthew Bender & Company, 1951.

Del Vecchio 1952

DEL VECCHIO (G.), *Justice*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1952.

Developments in the Law – Judicial Control of Actions of Private Associations 1963

« Developments in the Law – Judicial Control of Actions of Private Associations », *Harvard Law Review*, 76 (1963), p. 983-1100.

Devlin 1959

DEVLIN (P.A.), *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, 1959.

Devlin 1961

DEVLIN (P.A.), *Law and Morals*, Birmingham, Holdsworth Club, 1961.

Dicey 1960

DICEY (A.V.), *The Law of the Constitution*, Palgrave Macmillan, 10ème éd., 1960.

Dworkin 1965a

DWORKIN (R.), « The Elusive Morality of Law », *Villanova Law Review*, 10 (1965), p. 631-639.

Dworkin 1965b

DWORKIN (R.), « Philosophy, Morality and Law – Observations Prompted by Professor Fuller's Novel Claim », *University of Pennsylvania Law Review*, 113 (1965), p. 668-690.

Dworkin 1967

DWORKIN (R.), « The Model of Rules », *University of Chicago Law Review*, 35 (1967), p. 14-46.

Emmet 1966

EMMET (D.), *Rules, Roles and Relations*, London, Macmillan, 1966.

Escarra 1936

ESCARRA (J.), *Le droit chinois*, Paris, éditions Henri Vetch, 1936.

Everett, 1945

EVERETT (C.W.), *Bentham's Limits of Jurisprudence Defined*, Columbia University Press, 1945.

Findlay 1961

FINDLAY (J.N.), *Values and Intentions*, Routledge Library, 1961.

Friedmann 1951

FRIEDMANN (W.), *Law and Social Change in contemporary Britain*, London, Stevens and Sons, 1951.

Friendly 1962

FRIENDLY (H.J.), *The Federal Administrative Agencies : The Need for Better Definition of Standards*, Holmes Lectures, Harvard, Harvard University Press, 1962.

Fuller 1934

FULLER (L.L.), « American Legal Realism », *University of Pennsylvania Law Review*, 82 (1934), p. 429-462.

Fuller 1940

FULLER (L.L.), *The Law in Quest of Itself*, Chicago, The Foundation Press, 1940 ; The Lawbook Exchange, 1966.

Fuller 1949

FULLER (L.L.), « Pashukanis and Vyshinski: A Study in the Development of Marxist Legal Theory », *Michigan Law Review*, 47 (1949), p. 1157-66.

Fuller 1958a

FULLER (L.L.), « Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart », *Harvard Law Review*, 71 (1958), p. 630-672.

Fuller 1958b

FULLER (L.L.), « A Rejoinder to Professor Nagel », *Natural Law Forum*, 30 (1959), p. 83-104.

Fuller 1959

FULLER (L.L.), « Governmental Secrecy and the Forms of Social Order », in *Community, 2 Nomos Yearbook of the American Society of Political and Legal Philosophy*, édité par FRIEDRICH (C.J.), New York, Liberal Arts Press, 1959, p. 256-268.

Fuller 1960

FULLER (L.L.), « Adjudication and the Rule of Law », *Proceedings of the American Society of International Law*, 54 (1960), p. 1-8.

Fuller 1963

FULLER (L.L.), « Collective bargaining and the Arbitrator », *Wisconsin Law Review*, 1 (1963), p. 3-46.

Fuller 1965

FULLER (L.L.), « A Reply to Professors Cohen and Dworkin », *Villanova Law Review*, 10 (1965), p. 655-666.

Fuller 1968

FULLER (L.L.), *Anatomy of the Law*, New York, Frederick A. Praeger, 1968.

Fuller 1978

FULLER (L.L.), « The forms and Limits of Adjudication », *Harvard Law Review*, 92 (1978-1979).

Gottlieb 1968

GOTTLIEB (G.), *The Logic of Choice : An Investigation of the Concepts of Rule and Rationality*, Allen & Unwin, 1968.

Gough 1961

GOUGH (J.W.), *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford University Press, 1961.

Gray 1921

GRAY (J.C.), *The Nature and Sources of the Law*, Aldershot-Brookfield-Singapore-Sydney, Ashgate Dartmouth, 1921.

Hall 1960

HALL (J.), *General Principles of Criminal Law*, Indianapolis, The Bobbs Merrill Company, 1960.

Hale 1944

HALE (R.L.), « The Supreme Court and the Contract Clause », *Harvard Law Review*, 57 (1944), p. 512-557; 612-674 ; 852-892.

Harrod 1938

HARROD (R.F.), *Scope and Method of Economics*, 1938, réimprimé dans CLEMENCE (R.V.), *Readings in Economic Analysis*, Addison Wesley, 1950.

Hart 1952

HART (H.L.A.), « The ascription of Responsibility and Rights », in A.G.N. Flew (éd.), *Essays on Logic and Language*, New York, Philosophical Library, 1951, p. 145-166.

Hart 1958

HART (H.L.A.), « Positivism and the Separation of Law and Morals », *Harvard Law Review*, 71 (1958), p. 593-629.

Hart 1961

HART (H.L.A.), *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961.

Hart 1963

HART (H.L.A.), *Law, Liberty and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1963.

Hart 1965

HART (H.L.A.), « The Morality of Law by Lon L. Fuller », *Harvard Law Review*, 78 (1965), p. 1281-1296.

Hart HM 1958

HART (H.M.), « The Aims of Criminal Law », *Law and Contemporary Problems*, 23 (1958), p. 401-441.

Hayek 1944

HAYEK (F.A.), *The Road to Serfdom*, Chicago, University of Chicago Press, 1944.

Hector 1960

HECTOR (J.), « Problems of the CAB and the Independent Regulatory Commissions », *Yale Law Journal*, 69 (1960), p. 931-964.

Hochman 1960

HOCHMAN (C.B.), « The Supreme Court and the Constitutionality of Retroactive Legislation », *Harvard Law Review*, 73 (1960), p. 692-727.

Hoebel 1954

HOEBEL (E.A.), *The Law of Primitive Man*, Harvard, Harvard University Press, 1954.

Hohfeld 1913

HOHFELD (W.N.), « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », *Yale Law Journal*, 26 (1913), p. 28-54.

Holmes 1897

HOLMES Jr. (O.W.), « The Path of the Law », *Harvard Law Review*, 10 (1897), p. 457-478.

Hugues 1965

HUGUES (G.), *1964 Annual Survey of American Law – Jurisprudence*, New York, New York University, 1965.

Hugues 1968

HUGUES (G.), « Rules, Policy and Decision Making », *Yale Law Journal*, 77 (1968), p. 411-439.

Jones 1956

JONES (J.W.), *The Law and Legal Theory of the Greeks*, Oxford, Clarendon Press, 1956.

Kelsen 1945

KELSEN (H.), *General Theory of Law and State*, Cambridge, Harvard University Press, 1945.

King 1966

KING (B.E.), « The Concept, The Idea, and The Morality of Law », *Cambridge Law Journal*, 24 (1966), p. 106-128.

Lamont 1946

LAMONT (W.D.), *The Principles of Moral Judgement*, Oxford, Clarendon Press, 1946.

Lamont 1955

LAMONT (W.D.), *The Value Judgement*, New York, Philosophical Library, 1955.

Lange 1938

LANGE (O.), *On the Economic Theory of Socialism*, 1936-1937, réimprimé dans un volume portant le même titre, édité par LIPPINCOTT (B. E.), University of Minnesota Press, 1938, p. 55-129.

Lewan 1966

LEWAN (K.M.), « Die Rechtsphilosophie Lon Fullers », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 53 (1966), p. 377-413.

Lewis 1968

LEWIS (O.C.), « The High Court : Final ... but Faillible », *Western Reserve Law Review*, 19 (1968), p. 565-643.

Lindsay, 1940

LINDSAY (A.D.), *The Two Moralities*, Eyre & Spottiswoode, 1940.

Lloyd 1958

LLOYD (D.), « Disqualifications Imposed by Trade Associations – Jurisdiction of Court and Natural Justice », *Modern Law Review*, 21 (1958), p. 661-668.

Malinowski 1942

MALINOWSKI (B.), « A New Instrument for the Interpretation of Law – Especially Primitive », *Yale Law Journal*, 51 (1942), p. 1237-1254.

Macbeath, 1952

MACBEATH (A.), *Experiments in Living : A Study of the Nature and Foundation of Ethics Or Morals in the Light of Recent Work in Social Anthropology*, London, Macmillan, 1952.

Mc Call et Simmons 1966

MC CALL (G.J.) ET SIMMONS (J.L.), *Identities and Interactions*, London, Collier-Macmillan, 1966.

McHugh 1968

MCHUGH (P.), *Defining the Situation : The Organization of Meaning in Social Interaction*, Bobbs-Merrill Co, 1968.

Mead 1956

MEAD (M.), *New Lives for Old : cultural transformation: Manus, 1928-1953*, New York, Morrow, 1956.

Mill 1990

MILL (J.S.), *De la liberté*, traduit par LENGLET (L.), Paris, Gallimard, 1990.

Murray 1965

MURRAY (E. Jr.), « Introduction to the Morality of Law », *Villanova Law Review*, 10 (1965), p. 624-630.

Nagel 1958

NAGEL (E.), « On the Fusion of Fact and Value : a Reply to Professor Fuller », *Natural Law Forum*, 3 (1958), p. 77-82.

Nagel 1959

NAGEL (E.), « Fact, Value and Human Purpose », *Natural Law Forum*, 4 (1959), p. 26-43.

Newton 1951

NEWTON (N.T.), *An Approach to Design*, Cambridge, Addison-Wesley Press, 1951.

Pappe 1960

PAPPE (H.O.), « On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era », *Modern Law Review*, 23 (1960), p. 260-274.

Pachoukanis 1951

PACHOUKANIS (E.), « The General Theory of Law and Marxism », *Soviet Legal Philosophy. 20th Century Legal Philosophy Series*, traduit par BABB (H.W.), 1951, Vol. V, p. 111-225.

Patterson 1953

PATTERSON (E.W.), *Jurisprudence – Men and Ideas of the Law*, The Foundation Press, 1953.

Polanyi 1951

POLANYI (M.), *The Logic of Liberty*, Routledge & Kegan Paul, 1951.

Polanyi 1958

POLANYI (M.), *Personal Knowledge : Towards a post-critical philosophy*, Chicago, University of Chicago Press, 1958.

Portalis 1827

PORTALIS (E.), « Discours préliminaire », in *La législation de la France*, édité par LOCRE (J.G.), 1827.

Private Government on the Campus – Judicial Review of University Expulsions 1963

« Private Government on the Campus – Judicial Review of University Expulsions », *Yale Law Journal*, 72 (1963), p. 1362-1410.

Prospective overruling and Retroactive Application in the Federal Courts 1962

« Prospective overruling and Retroactive Application in the Federal Courts », *Yale Law Journal*, 71 (1962), p. 907-951.

Redford 1960

REDFORD (E.S.), « The President and The Regulatory Commissions », Rapport soumis à l'*Advisory Committee on Government Organisation* du Président, 1960.

Reichenbach 1951

REICHENBACH (H.), *The Rise of Scientific Philosophy*, Berkeley et Los Angeles, University of California Press, 1951.

Richards 1949

RICHARDS (I.A.), *Practical Criticism – A Study of Literary Judgment*, Routledge and Kegan Paul, 1949.

Robbins 1935

ROBBINS (L.), *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, London, Macmillan, 1935.

Samuelson 1951

SAMUELSON (P.A.), *Economics – An Introductory Analysis*, McGraw Hill, 2^{ème} éd., 1951 ; 5^{ème} éd., 1961.

Sartorius 1966

SARTORIUS (R.), « The Concept of Law », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 52 (1966), p. 161-190.

Sidgwick 1949

SIDGWICK (H.), *Outlines of the History of Ethics*, Londres, MacMillan & Co, 1949.

Simmel 1950

SIMMEL (G.), *The Sociology of Georg Simmel*, traduit par WOLFF (K.H.), Glencoe, The Free Press, 1950.

Skinner 1953

SKINNER (B.F.), *Science and Human Behavior*, Simon and Schuster, 1953.

Smith 1759

SMITH (A.), *The Theory of Moral Sentiments*, 1759.

Somlo 1927

SOMLO (F.), *Juristische Grundlehre*, Leipzig, Felix Meiner, 1927.

Stephen 1874

STEPHEN (J.F.), *Liberty, Equality, Fraternity*, H. Elder and Co., 1874.

Sturm 1966

STURM (D.), « Lon Fuller's Multidimensional Natural Law Theory », *Stanford Law Review*, 18 (1966), p. 612-639.

Summers 1965

SUMMERS (R.), « Professor Fuller on Morality and Law », *Journal of Legal Education*, 18 (1965), p. 1-27.

Summers 1966

SUMMERS (R.), « The New Analytical Jurists », *New York University Law Review*, 41 (1966), p. 861-896.

Suzman 1960

SUZMAN (A.), « Race Classification and Definition in the Legislation of the Union of South Africa, 1910-1960 », in *Acta Juridica 1960*, Balkema/Amsterdam/Cape Town, Faculty of Law of Cape Town, 1961, p. 349-367.

The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court 1960

« The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court », *University of Pennsylvania Law Review*, 109 (1960), p. 67-116.

Thorne 1938

THORNE (S.E.), « Dr. Bonham's Case », *Law Quarterly Review*, 54 (1938), p. 543-552.

Thorne 1942

THORNE (S.E.), *A Discourse upon the Statutes*, The Lawbook Exchange, 1942.

Tucker 1961

TUCKER (R.C.), *Philosophy and Myth in Karl Marx*, Cambridge, Cambridge University Press, 1961.

Von Jhering 1922

VON JHERING (R.), *Geist des Romischen Rechts*, II, 1922.

Weber 1954

WEBER (M.), *Law in Economy and Society*, traduit par SHILS (A.) et RHEINSTEIN (M.), Harvard, Harvard University Press, 1954.

Wechsler 1961

WECHSLER (H.), *Principles, Politics, and Fundamental Law*, Harvard University Press, 1961.

Wicksteed 1933

WICKSTEED (P.), *The Common Sense of Political Economy*, éditions Robbins, 1933.

Wyzanski 1947

WYZANSKI (C.E.), « The Open Window and the Open Door », *California Law Review*, 35 (1947), p. 341-345.

TABLE DES MATIERES

Préfaces	
Préface du traducteur	7
Préface à la seconde édition	9
Préface à la première édition	11
 Chapitre I : Les deux moralités	 13
Les moralités du devoir et d'aspiration	14
L'échelle morale	19
Le vocabulaire de la morale et les deux moralités	22
Utilité marginale et moralité d'aspiration	24
Réciprocité et moralité du devoir	28
Localiser le curseur sur l'échelle morale	36
Récompenses et sanctions	39
 Chapitre II : La moralité qui rend le droit possible	 43
Huit façons dont la création du droit peut échouer	43
Les conséquences de l'échec	48
L'aspiration à la légalité parfaite	50
Légalité et calcul économique	53
La généralité du droit	55
La publication	58
Les lois rétroactives	61
La clarté des lois	72
Les contradictions dans les lois	74
Les lois exigeant l'impossible	79
La constance du droit à travers le temps	88
La concordance entre l'action des pouvoirs publics et la règle déclarée	90
La légalité comme art pratique	100
 Chapitre III : Le concept de droit	 104
La moralité du droit et le droit naturel	104
La moralité du droit et le concept de droit positif	115
Le concept de science	127

Objections à la présente conception du droit	131
Le concept de droit de Hart	142
Le droit comme entreprise intentionnelle ou comme manifestation du pouvoir social	154
Chapitre IV : Les buts substantiels du droit	161
La neutralité de la moralité interne du droit à l'égard des buts substantiels	161
La légalité comme condition de l'efficacité	164
Légalité et justice	166
La moralité du droit et les lois visant des maux présumés qui ne peuvent être définis	168
La conception de l'homme implicite dans la moralité du droit	170
Le problème des limites de l'action juridique effective	176
La moralité du droit et la répartition des ressources économiques	178
La moralité du droit et le problème de la conception institutionnelle	185
La conception institutionnelle en tant que problème d'économie	186
Le problème consistant à définir la communauté morale	189
Le contenu minimal d'un droit naturel substantiel	191
Chapitre V : Une réponse aux critiques	195
La structure du positivisme juridique analytique	198
Un respect minimal des principes de légalité est-il essentiel pour l'existence d'un système juridique ?	204
Est-ce que les principes de légalité constituent une « moralité interne du droit » ?	207
Quelques implications du débat	230
Annexe : Le problème du délateur rancunier	249
Bibliographie	259