

Ronald Dworkin

Résumé

Dans ce chapitre, R.D. compare les *juges* à *des* écrivains, qui devraient collaborer à la rédaction d'un roman collectif en écrivant l'un après l'autre un chapitre. De même que chacun devrait tenir compte des chapitres précédents et s'efforcer en même temps de rendre l'œuvre dans son ensemble la plus belle possible, de même les juges interprètent l'ensemble des règles et des institutions en les faisant apparaître sous leur meilleur jour et ces interprétation mettent en lumière les principes nécessaires à leurs décisions.

Summary

In this chapter, Professor Dworkin compares judges to writers who are collaborating on the production of a collective York. Each of them, one after the other, contributes a chapter to the growing whole. At each stage the author has to take account of preceding chapters, doing his best to add to the work so that its best qualities are brought out. In the same way judges, in interpreting the body of legal rules and institutions, must place this corpus in its best light while adding to it.

I. Raconte la suite...

Le principe d'unité en droit comme principe de décision s'adresse aux juges et aux autres autorités chargées d'appliquer les normes publiques de comportement d'une communauté politique. Il leur prescrit de lire et de comprendre celles-ci, dans toute la mesure du possible, comme si elles étaient l'œuvre d'un seul auteur, la communauté personnifiée, exprimant une conception cohérente de la justice et de l'équité.

* Traduit de l'anglais par Françoise Michaut, CNRS. Ce texte correspond au chapitre sept de l'ouvrage de Ronald Dworkin « *Law's Empire* » (en préparation). En ont été exclus un passage où R. Dworkin, pour illustrer ses thèses sur le travail de l'écrivain participant à la rédaction d'un roman selon la méthode indiquée, imagine la composition de l'ouvrage « *A Christmas Carol* » de Dickens, dans de telles conditions, ainsi que les toutes dernières pages où l'auteur répond à deux critiques qu'il juge d'une importance moindre par rapport à celles qu'il a examinées auparavant ».

Il en résulte le critère suivant de ce qui fait le droit : une proposition de droit est vraie si elle apparaît comme la meilleure interprétation du processus juridique en son entier, comprenant à la fois l'ensemble des décisions de fond déjà prises et la structure institutionnelle ou si elle découle d'une telle interprétation. Nous allons rechercher la conception du droit qu'implique l'acceptation d'une telle exigence voir comment la théorie du droit comme unité diffère du conventionnalisme et du pragmatisme dans les conseils pratiques donnés aux juges pour résoudre « les cas difficiles », du type de ceux que nous venons d'évoquer.

Il nous faut relever immédiatement une différence générale de structure. Le conventionnalisme et le pragmatisme se présentent en tant qu'interprétations. Ce sont des conceptions du droit qui prétendent présenter nos pratiques juridiques sous leur meilleur jour et qui recommandent, dans leurs conclusions post-interprétatives, des styles ou des programmes différents pour la résolution des cas difficiles. Mais les programmes qu'elles recommandent ne sont pas eux-mêmes des programmes d'interprétation : ils n'incitent pas les juges qui doivent résoudre des cas difficiles, à poursuivre une recherche doctrinale qui soit essentiellement une interprétation de cette doctrine en général. Le conventionnalisme demande aux juges d'étudier les recueils de jurisprudence et les journaux officiels pour y découvrir les décisions qui ont été prises par les institutions juridiques qui sont conventionnellement considérées comme habilitées à légiférer. Indubitablement des questions d'interprétation vont se poser au cours de ce processus : il faudra peut-être, par exemple, interpréter un texte pour savoir quelles normes les conventions juridiques extraient de ce texte. Mais une fois qu'un juge a accepté, comme guide, le conventionnalisme, il n'a plus l'occasion d'interpréter l'ensemble du droit en général. Le pragmatisme demande aux juges d'envisager quelles seraient les règles qui conviendraient le mieux pour le futur, tout bien considéré. Cet exercice est tourné vers l'avenir et non vers le passé. Il peut exiger l'interprétation de quelque chose d'extérieur au matériau juridique : un pragmatiste utilitariste peut avoir à se préoccuper de la meilleure manière de concevoir le bien-être de la communauté, par exemple. Mais, là encore, dès lors qu'un juge a accepté le pragmatisme, il en a fini avec l'interprétation de la pratique juridique en son ensemble.

La thèse du droit comme unité est différente : elle est à la fois le produit et l'inspiration d'interprétations globales de la pratique juridique. Le programme qu'elle propose aux juges pour résoudre les cas difficiles appelle, essentiellement et non pas seulement de manière contingente, un travail d'interprétation : elle leur demande de continuer à interpréter le même matériau qu'elle prétend avoir elle-même bien interprété. La différence est une différence de niveau : cette thèse appelle une poursuite de l'interprétation dans le

détail et sur des points précis du droit. La théorie du droit comme unité se présente en continuité avec la pratique juridique qu'elle avalise, comme la partie initiale de celle-ci¹. Aussi, pour l'étudier, allons-nous reprendre, en plus détaillé et en centrant davantage sur la pratique au jour le jour des juges, la présentation générale de l'interprétation, que nous avons commencé à aborder au chapitre 2.

La thèse du droit comme unité prétend que l'interprétation est l'ordinaire du travail des juges, et il est nécessaire maintenant de voir ce que cela signifie. L'interprétation n'est pas seulement centrale dans le droit, elle l'est aussi dans la critique littéraire, en histoire, en philosophie et dans de nombreuses autres activités encore, et pour imaginer le rôle qu'elle joue dans le droit, nous pouvons nous inspirer de ce qui est sa fonction dans l'un de ces contextes non juridiques. C'est ainsi que je commencerai par quelques remarques sur l'interprétation en littérature ; mais dans un genre artificiel inventé pour accroître l'analogie entre la critique littéraire et ce que font les juges.

I.1. La règle du jeu

Imaginons un groupe de romanciers qui se lancent dans une entreprise peu commune. Ils jouent au sort le tour de chacun. Celui qui a tiré le numéro le plus faible écrit le premier chapitre d'un roman, qu'il renvoie alors à celui qui a le numéro suivant. La tâche de ce dernier va être d'ajouter un chapitre à l'histoire tout en faisant en sorte que le roman en cours soit le meilleur roman possible. Quand il a terminé son chapitre, il adresse les deux chapitres au romancier suivant, auquel une tâche identique est assignée, et ainsi de suite. Il incombe ainsi à chaque romancier, à l'exception du premier, d'interpréter le matériau qu'il doit considérer comme faisant partie intégrante du roman à la rédaction duquel il participe. Il doit déterminer quelles motivations, et quel caractère attribuer à chacun des personnages fictifs qu'il rencontre dans les pages du roman qui lui ont été envoyées ; quelle est l'idée ou quel est le thème du roman ; quelle contribution, un certain procédé ou une certaine forme littéraire, dont l'utilisation a pu être délibérée ou non, apporte à l'expression de celle-là ou de celui-ci et dans quelle mesure il conviendrait, en conséquence, soit d'en étendre l'emploi, soit de l'affiner, soit de l'élaguer, soit encore de l'abandonner. Bien évidemment, il tient compte, dans ces décisions, de l'apport qu'il sera en mesure de réaliser lui-même dans chacun de ces domaines et de l'œuvre que ceux qui viennent derrière lui pourront, à leur tour, accomplir sur cette nouvelle base. Ce qu'il doit faire, c'est contribuer, autant qu'il le peut, à ce qu'à la fin, le roman réalisé soit le meilleur possible².

1. J'avais anticipé sur cette présentation du lien entre science du droit et jugement au chapitre 3. Ma description initiale de la pratique juridique n'était donc pas neutre vis-à-vis des trois conceptions du droit que j'allais discuter ensuite mais, au contraire, déjà conditionnée par l'une d'elles. Ceci est inévitable, si le droit est un concept interprétatif ; il ne peut pas y avoir de description de la pratique juridique, aussi peu utilitaire qu'elle se veuille, qui ne soit pas déjà engagée dans la voie d'une interprétation controversée.

2. L'anticipation du futur sera aussi importante que l'interprétation du passé et un romancier engagé dans un tel projet devra en conséquence avoir présent à l'esprit le nombre de chapitres qu'il reste à écrire. On pourrait peut-être évoquer à ce propos les quarante-six spectres de Wagner.

Des romans ont bien été écrits ainsi, mais principalement dans un but de démystification et certains jeux de société pour week-ends pluvieux dans les maisons de campagne anglaises présentent cette structure. Mais dans l'hypothèse envisagée ici, les romanciers sont censés prendre leur tâche au sérieux et admettre leur devoir de créer, autant qu'il est possible, un seul roman plutôt qu'une série d'histoires courtes, indépendantes les unes des autres mais comportant des personnages aux noms identiques. Peut-être est-ce une tâche impossible ; peut-être n'est-ce même pas un roman mauvais comme il n'est pas possible que le projet est condamné à produire, mais pas de roman du tout, parce que la meilleure théorie de l'art exige un seul créateur ou, s'ils sont plusieurs, que chacun ait une certaine maîtrise de l'ensemble (mais que dire des légendes et des jeux de mots ? Qu'en est-il de l'Ancien Testament, ou, d'après certaines théories, de l'Illiade ?). Il n'est pas nécessaire de chercher plus loin dans cette voie, car tout ce que je veux montrer, c'est que l'entreprise a un sens, que chacun des romanciers de la chaîne peut avoir quelque idée de ce qu'il lui est demandé de faire, quelles que soient les appréhensions qu'il puisse nourrir à propos de la valeur ou du caractère de ce qui sera finalement produit.

1.2. La convenance et la valeur

Nous pourrions décrire, dans ses grandes lignes, la tâche que chacun des romanciers de la chaîne accepte, de la manière suivante. Il doit essayer de réaliser, avec le matériau qui lui est donné ainsi qu'avec celui qu'il ajoute et, dans la mesure où il en a la maîtrise, avec ce que ses successeurs ajouteront, le meilleur roman que puisse faire ce matériau complexe, en le considérant comme l'œuvre d'un seul auteur et non, comme cela est en fait, le produit de nombreux apports différents. Ceci exige, de sa part, un jugement global ou une succession de jugements globaux alors qu'il écrit et ré-écrit. Mais nous pouvons utilement distinguer, ici comme ailleurs quand il est question d'interprétation, deux dimensions ou deux aspects de ce jugement général. D'une part, la dimension de convenance. Il doit adopter, comme je l'ai dit, une certaine conception du roman en cours, une théorie opératoire au sujet de ses personnages, de son intrigue, de son genre, de son thème et de son idée, pour décider de ce qui peut faire une suite et non un nouveau début. Mais pour choisir une théorie, il doit pouvoir penser qu'une unique personne, qui aurait entretenu cette conception du personnage, de l'intrigue, du thème ou de l'idée, aurait écrit à peu près le texte qu'il a reçu.

Ceci ne signifie pas que son interprétation doive convenir pour tous les détails du texte. Une interprétation d'Hamlet n'a pas à expliquer chaque vers de chaque discours ou chaque élément de mise en scène. Elle n'est pas à écarter simplement parce qu'elle prétend

que certains vers ou certains tropes ont un caractère fortuit ou même sont des fautes qui vont à l'encontre du projet littéraire dont elle rend compte. Un romancier qui participe à l'élaboration d'un roman écrit à la chaîne peut savoir qu'Homère commettait parfois des erreurs. Mais l'interprétation proposée doit néanmoins pouvoir couvrir l'ensemble du texte ; elle doit avoir une valeur explicative générale pour tout le texte et elle ne peut convenir si elle doit considérer une grande partie de ce texte comme une faute ou un accident, si elle laisse inexplicé un aspect majeur de la structure du texte, tel qu'un élément de l'intrigue qui joue un très grand rôle dans l'histoire ou une figure de style dominante et répétée. Ainsi elle n'est pas valable quand une autre interprétation est possible qui, quant à elle, rend compte de ces faits. Sinon, le romancier, compris dans la chaîne, doit alors retenir l'interprétation qui, de son point de vue, se rapproche le plus du but ³.

Cette dimension d'appréciation générale exigée du romancier compris dans la chaîne fera entrer en jeu ce qu'on pourrait appeler son sens de l'interprétation, sa faculté intuitive à déchiffrer le discours, le clin d'œil, l'affirmation, l'histoire ou tout autre acte dont la compréhension n'est possible qu'à la lumière d'une conduite plus large. Il utilise ce sens de l'interprétation de ce que font ou disent les gens pour juger si une interprétation particulière rend compte du texte, dans l'hypothèse où on l'envisage, contrairement aux faits, comme émanant d'une seule plume. Il serait tout à fait faux de croire que ce sens de l'interprétation n'implique aucune création, que le romancier de la chaîne peut décider de manière purement automatique qu'une interprétation particulière satisfait au test de l'auteur unique. Sa décision sera question d'impression générale, affinée par l'expérience, et un autre romancier placé dans les mêmes conditions pourrait accepter ce qu'il rejette et vice versa. Le sens de l'interprétation du romancier qui participe à une telle expérience, ne sera pas non plus suffisamment précis pour lui permettre de classer toutes les interprétations qu'il aura repérées comme possibles, en fonction du degré auquel elles résistent ou non au test de l'auteur unique. Il peut admettre qu'entre deux interprétations concurrentes, aucune ne saurait être rejetée comme trop peu explicative, par exemple, mais être incapable cependant de dire laquelle des deux passe le plus aisément, selon lui.

La seconde dimension du jugement que doit porter un romancier participant à la réalisation en chaîne d'une œuvre, est, d'autre part, celle de la valeur esthétique en soi. Son sens artistique interviendra après qu'il eût arrêté son interprétation en ce qui concerne le genre, l'intrigue et le thème du roman en cours et après qu'il eût entrepris de continuer le roman de la manière qu'il juge la meilleure. Mais il peut déjà avoir concouru, avant cela, à la prise de décision du romancier à propos de l'interprétation la meilleure, en définitive, du matériau déjà là. En effet, comme je viens de le dire,

3. Je laisse de côté, pour l'instant, l'alternative sceptique. Un romancier, en particulier s'il intervient tard dans la chaîne, peut parvenir à la conclusion qu'aucune interprétation ne permettrait de rendre compte, fût-ce de manière simplement à peu près acceptable, de l'essentiel de ce qui lui a été remis et juger qu'il ne lui reste qu'à abandonner le projet.

son sens de l'interprétation peut relever plus d'une interprétation possible. Il peut trouver que des ensembles d'hypothèses, très différents les uns des autres, sur les personnages, l'intrigue et le reste, conviendraient tous assez bien au matériau antérieur et lui permettraient de continuer le roman de plusieurs manières, très différentes, dans la partie qu'il écrit. En ce cas, la tâche générale qui lui incombe – apporter la plus parfaite contribution possible à la réalisation finale du meilleur roman unique – supposerait qu'il joigne à son sens de l'interprétation ses convictions esthétiques ; il lui faudrait alors choisir l'interprétation qui ferait du roman en préparation, un meilleur roman que d'autres.

II. Le droit qui convient

L'exigence d'unité inscrite dans l'entreprise du roman à la chaîne présente suffisamment de similitudes avec le principe d'unité en droit, pour nous inviter à établir un parallèle avec la résolution des cas difficiles par les juges acceptant ce principe. Nous pourrions dire qu'un juge qui statue sur une affaire de « Common Law », comme l'affaire MacLoughlin, devrait considérer qu'il se trouve dans la position d'un romancier écrivant un chapitre nouveau dans la chaîne de la « Common Law ». Il doit essayer de « faire comme par le passé » avec sa décision, qu'elle ne parte pas dans une nouvelle direction, comme s'il écrivait sur une ardoise vierge. Il sait que d'autres juges se sont prononcés sur des affaires qui, bien que pas exactement identiques à celle qui lui est soumise, avaient néanmoins trait à des problèmes connexes, et il doit penser que leurs décisions font partie d'une histoire qu'il lui faut interpréter et ensuite continuer, conformément à son jugement sur ce qui la rendra la meilleure possible.

Il nous faut prendre soin de ne pas pousser trop loin l'analogie. La différence essentielle est assez évidente. Les juges dans la chaîne du droit partagent avec les romanciers qui participent à un travail en chaîne l'obligation d'interpréter, mais les normes par rapport auxquelles ils évaluent le succès de l'entreprise sont différentes. La qualité de l'histoire, pour eux, se mesure du point de vue de la morale politique et non de l'esthétique. Nous avons distingué, en envisageant le roman à la chaîne, entre les contraintes interprétatives et les convictions esthétiques. Si nous appliquons notre analyse au droit, c'est entre les contraintes interprétatives et les convictions politiques que s'établit la distinction. Néanmoins, nous devons pousser l'exploitation de l'analogie aussi loin qu'il est possible, et nous commencerons ainsi par considérer le rôle des contraintes interprétatives qui se retrouvent dans les deux cas.

Nous pouvons, à cette fin, envisager un juge imaginaire à l'intelligence et à la patience surhumaines qui accepterait la thèse de l'unité en droit. Appelons-le Hercule ⁴. Le principe d'unité en droit

4. Cf. Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, chapitre 4.

est sa religion. Il s'est voué à juger les affaires qui lui sont soumises, comme l'un des maillons de la chaîne du droit, à laquelle participaient déjà les juges et les autorités juridiques qui l'ont précédé. Supposons qu'il lui faut juger l'un des cas que nous avons pris comme exemple : l'affaire MacLoughlin. Les deux parties dans ce cas invoquaient des précédents ; chacune prétendait qu'un jugement en sa faveur serait faire comme par le passé, serait continuer l'histoire que les juges qui ont posé ces précédents, ont commencée. Hercule doit se forger sa propre opinion sur ce point. Tout comme le romancier participant à un travail en chaîne doit trouver, s'il le peut, une vision cohérente des personnages et du thème telle qu'un auteur unique, hypothétique, ayant cette conception, aurait pu écrire la part du roman déjà faite, Hercule doit trouver, s'il le peut, une théorie cohérente du droit à indemnisation pour préjudice moral qui aurait permis à une autorité politique unique, qui l'aurait faite sienne, d'apporter aux cas qui font figure de précédents, les solutions données par les juges qui ont en fait été appelés à statuer.

II.1. Les Six interprétations

Hercule travaille consciencieusement, c'est un homme de méthode. Il commence par aligner différentes hypothèses pour la meilleure interprétation des précédents même avant de les avoir lus. Supposons qu'il établisse la courte liste suivante : (1) Personne n'a de droit moral à indemnisation sauf en cas de préjudice physique. (2) Il existe un droit moral à indemnisation pour préjudice moral subi sur les lieux d'un accident contre celui qui aura causé l'accident par sa négligence, mais pas de droit à indemnisation pour un préjudice moral subi par la suite. (3) La victime d'un préjudice moral doit être indemnisée si la pratique consistant à imposer un dédommagement dans ce cas, fait baisser le coût global des accidents ou rend la communauté plus riche, à long terme, d'une autre manière. (4) Il existe un droit moral à indemnisation en cas de préjudice, moral ou physique, qui est la conséquence directe d'une négligence dans la conduite automobile. (5) Il existe un droit moral à indemnisation pour un préjudice moral ou physique qui est la conséquence d'une négligence dans la conduite automobile, mais seulement si le préjudice était suffisamment prévisible par la personne qui a commis la négligence. (6) Il existe un droit moral à indemnisation pour un préjudice raisonnablement prévisible mais seulement dans la mesure où un tel droit ne serait pas susceptible de faire peser un fardeau financier énorme et destructeur sur ceux qui se seraient rendus coupables de négligence.

Il s'agit bien sûr d'une liste partielle des interprétations qu'on peut souhaiter envisager ; Hercule a choisi celles-ci parce qu'il sait que ces interprétations ont fait l'objet de discussions d'une ma-

nière ou d'une autre dans la littérature juridique. Ce qu'il retiendra comme principe fournissant la meilleure interprétation des précédents, et ainsi comme meilleur guide pour continuer comme avant, fera bien évidemment une grande différence. S'il estime que c'est le premier ou le second, il doit juger en faveur de M. O'Brien ; s'il estime que c'est le quatrième, il doit juger en faveur de Mme McLoughlin. Chacun des autres principes demande une poursuite de la réflexion, mais le genre de raisonnement que chacun appelle est différent. Le troisième principe invite à un calcul économique. Réduirait-on davantage le coût des accidents, si l'on étendait la responsabilité au préjudice moral subi ailleurs que sur les lieux d'un accident ? Ou y a-t-il raison de penser que l'efficacité maximum est atteinte en faisant passer la limite entre le préjudice moral subi sur les lieux et celui en dehors de ces lieux ? Le cinquième principe exige une appréciation de la prévisibilité du préjudice, ce qui semble très différent, et le sixième, une estimation à la fois de la prévisibilité et du risque cumulé de responsabilité pécuniaire si certains préjudices subis en dehors des lieux de l'accident sont considérés comme indemnifiables.

Hercule soumet d'abord chacun des principes de sa liste à un premier test qui consiste à se demander si une autorité politique unique aurait pu résoudre les précédents comme ils l'ont été, si elle avait cherché à appliquer ce principe de manière consciente et cohérente. Dans quelle mesure parviendra-t-il ainsi à réduire sa liste ? Il ne fait aucun doute qu'il exclura aussitôt la première interprétation. Quelqu'un croyant qu'il n'existe jamais de droit à indemnisation en cas de préjudice moral, n'aurait pas pu rendre les jugements cités comme précédents dans l'affaire McLoughlin, puisque ceux-ci ont attribué des indemnités. Hercule écartera aussi la seconde interprétation mais pour une raison différente. Contrairement à la première, la seconde interprétation convient pour les jugements antérieurs ; quelqu'un qui aurait accepté la seconde interprétation comme norme serait parvenu à ces décisions parce qu'elles accordaient, toutes, réparation pour le préjudice moral subi sur les lieux de l'accident, et qu'aucune n'accordait de réparation pour le préjudice subi en dehors de ces lieux. La seconde interprétation ne fait pas l'affaire pour l'interprétation requise parce qu'elle ne pose pas – ou, en tous cas, ne semble pas poser – de principe de justice du tout. Elle trace une frontière, qu'elle laisse arbitraire et sans lien par rapport à toute considération plus générale de politique ou de morale.

Qu'en est-il de la troisième interprétation ? Elle pourrait convenir pour les jugements antérieurs – mais seulement de la manière suivante. Hercule pourrait découvrir, par l'analyse économique, que quelqu'un qui aurait accepté la théorie économique exprimée par la troisième interprétation et qui aurait souhaité réduire le coût des accidents pour la communauté, aurait rendu pré-

cisément ces jugements. Mais il est loin d'être évident que la troisième interprétation pose le moindre principe de justice ou d'équité. Souvenez-vous de la distinction entre principes et politiques débattue vers la fin du chapitre précédent. La troisième interprétation suppose qu'il est par-dessus tout désirable de réduire le coût des accidents. Pourquoi ? Deux explications peuvent être avancées. Selon la première, il existe un droit à indemnité quand l'existence d'une règle en ce sens produirait davantage de richesse pour la communauté en son ensemble que la règle contraire. Ceci a au moins la forme d'un principe parce qu'est ainsi décrit un droit général que chacun est supposé avoir. Je ne demanderai pas à Hercule de considérer la troisième interprétation, entendue de cette manière, ici, parce qu'il doit le faire, avec beaucoup de soin, dans le chapitre suivant. La seconde explication est tout à fait différente. Elle suggère qu'il est quelquefois et même toujours dans l'intérêt de la communauté de promouvoir ainsi la richesse globale, mais elle ne suppose pas que chacun ait un droit général à obtenir que la richesse sociale soit toujours accrue. Elle indique donc une politique que le gouvernement pourrait décider de suivre ou non, dans les circonstances données. Elle ne pose pas un principe de justice et ainsi n'entre pas dans la catégorie des interprétations qui intéressent notre juge maintenant et que j'ai décrites comme consistant en un ensemble de principes. La théorie du droit comme unité demande aux juges de supposer, dans toute la mesure du possible, que le droit est structuré par un ensemble de principes cohérents concernant la justice, l'équité et la procédure, et d'appliquer ceux-ci dans les cas nouveaux dont ils sont saisis, de sorte que la situation de chaque personne puisse être jugée avec équité et justice d'après les mêmes standards. Cette manière de rendre la justice est conforme à notre ambition d'être une communauté gouvernée par des principes. Mais l'unité en droit ne fait pas recommandation, ce qui serait pervers, de conserver les mêmes buts et les mêmes stratégies politiques dans tous les cas. Elle n'exige pas – comme nous l'avons observé à la fin du chapitre précédent – qu'un législateur qui vote un ensemble de règles sur l'indemnisation aujourd'hui, de manière à rendre la communauté dans son ensemble plus riche, soit en aucune manière engagé de ce fait à poursuivre le même objectif politique demain. Car d'autres buts pourraient alors être à rechercher, pas nécessairement à la place de la richesse de la communauté mais à côté d'elle et l'unité n'est pas défavorable à cette diversité. Notre présentation du problème de l'interprétation et notre élimination, en conséquence, de la troisième interprétation lue comme un appel direct à la politique, reflète une distinction déjà latente dans l'idéal de l'unité lui-même.

Nous pouvons parvenir à la même conclusion, dans le contexte de notre discussion sur l'affaire McLoughlin, par une autre voie, en prolongeant la réflexion dans le cadre de l'exposé général sur

l'interprétation que nous utilisons. Une interprétation a pour but de montrer ce qui est interprété sous le meilleur jour possible, et une interprétation de n'importe quelle partie de notre droit doit en conséquence s'intéresser non seulement aux jugements eux-mêmes, qui ont été rendus par nos autorités, mais aussi aux conditions dans lesquelles ils l'ont été (à qui les a rendus et dans quelles circonstances). Un législateur n'a pas besoin de raisons de principe pour justifier les règles qu'il pose en matière de circulation automobile, y compris pour les règles concernant l'indemnisation des accidents, bien que ces règles doivent créer des droits et des obligations pour l'avenir, qui s'imposeront alors sous la menace de coercition. Un législateur peut justifier sa décision de créer des droits nouveaux pour l'avenir en montrant comment ceux-ci contribueront, en tant que bonne politique, d'une certaine manière, au bien de la communauté toute entière. Il ne fait aucun doute qu'il y a des limites à ce type de justification. D'un côté on ne peut pas invoquer l'intérêt commun pour justifier la peine de mort en cas de négligence dans la conduite automobile. Mais de l'autre, il n'est pas nécessaire de montrer que les citoyens ont déjà un droit moral à indemnisation pour un préjudice, dans certaines circonstances, pour justifier une loi accordant des dommages et intérêts dans un tel cas.

Les juges, cependant, sont dans une position très différente. Je pense que toute conception acceptable de la démocratie suppose le rejet de la suggestion selon laquelle les juges devraient être habilités à créer de nouvelles obligations pour des motifs de pure politique et à les appliquer alors rétroactivement pour tenir des gens responsables de ce que, par hypothèse, ils n'avaient pas même le devoir moral de faire. Ainsi les juges ne sont pas libres, quand ils élaborent de nouvelles règles de responsabilité, de la manière dont le sont, comme je viens de le dire, les législateurs. Les juges doivent rendre leurs jugements de « Common Law » sur une base de principes et non de politiques : ils doivent attirer l'attention sur les droits et les devoirs que les parties avaient quand elles ont agi, ou à un autre moment pertinent du passé⁵. Un juriste pragmatiste, de tendance utilitariste, ne serait pas d'accord avec cette affirmation. Mais Hercule rejette le pragmatisme. Il s'attache à la thèse du droit comme unité et désire, en conséquence, une interprétation de ce qu'ont fait les juges dans les affaires de préjudice moral dans le passé, qui les montre agissant de la manière qu'il approuve et non de la manière selon laquelle il estime qu'ils doivent refuser d'agir. Cela n'implique pas qu'il doive rejeter la troisième interprétation, entendue de la première façon que j'ai décrite, et qui suppose que les juges antérieurs ont agi pour protéger un droit général des gens à indemnisation quand cela rendrait la communauté plus riche. Car si des gens ont en fait un tel droit, d'autres ont une obligation correspondante, et les juges n'agissent pas de manière injuste en

5. Cf. Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*.

donnant ordre à la police de la faire respecter. L'argument n'invalide la troisième interprétation que si la lecture qui en est donnée nie tout devoir général de ce type, mais recommande en même temps l'utilisation de la force contre les citoyens individuels dans l'intérêt de tous.

II.2. L'extension du champ

Les quatrième, cinquième et sixième interprétations, cependant, semblent résister au premier test. Chacune convient pour les jugements passés en matière de préjudice moral, au moins au premier coup d'œil, et chacune semble assez suffisamment reliée à des directions courantes de la théorie morale pour compter comme principe de justice. Dès lors qu'Hercule désire continuer comme avant, en conformité avec la meilleure interprétation de la pratique juridique dans son ensemble, il doit maintenant étendre le champ de son investigation. Il doit mettre les interprétations qui restent sur sa liste en rapport avec d'autres jugements du passé, ne portant pas sur le préjudice moral, qui sont pertinents pour décider quelle est, de ces interprétations, celle qui convient à une notion juridique conçue plus largement. Supposons qu'il découvre, par exemple, que les jugements passés ont alloué une indemnisation pour certaines formes de préjudice physique causé par une négligence dans la conduite automobile seulement si ce genre de préjudice était suffisamment prévisible. Ceci semblerait exclure la quatrième interprétation, à moins de pouvoir découvrir une distinction entre préjudice physique et préjudice moral, fondée sur des principes qui expliqueraient pourquoi les conditions d'indemnisation devraient être plus restrictives dans le premier cas que dans le second, ce qui semble très peu vraisemblable.

Nous rencontrons maintenant une différence importante entre la chaîne du roman et la chaîne du droit. Le romancier qui participe à une écriture en chaîne, ne doit retenir dans le champ de son interprétation que les chapitres qui lui ont été soumis en tant que partie d'un roman en cours bien précis. Bien sûr il lui faut des théories en matière d'interprétation, et celles-ci proviendront de son sens de la pratique plus générale d'écriture des romans dans différents genres et refléteront celui-ci. Mais il n'a aucune raison de confronter son interprétation du roman à la chaîne à l'intrigue et au développement d'un autre roman. Un juge, qui est responsable de la conformité à l'idéal du principe interprétatif, de son côté, doit soumettre son interprétation d'une partie quelconque du grand réseau de structures politiques et de jugements de sa communauté au test d'une théorie cohérente justifiant la structure dans son ensemble et dans chaque détail. Aucun juge réel ne peut parvenir vraiment à quelque chose qui soit très proche d'une interprétation complète de tout son droit. C'est pourquoi nous avons imaginé un

juge herculéen, aux aptitudes surhumaines et au temps infini. Mais un juge réel peut imiter Hercule. Il peut permettre, dans certaines limites, au champ de son interprétation de s'élargir des exemples immédiatement pertinents aux cas qu'il considère comme faisant partie du même grand domaine ou département du droit, et ensuite plus loin encore, dès lors que cette extension semble prometteuse. En pratique, même ce processus limité sera largement inconscient : un juge expérimenté aura suffisamment le sens du terrain entourant son problème immédiat pour savoir instinctivement quelle interprétation d'un petit nombre d'affaires survivrait à l'extension du domaine auquel elle doit convenir. Mais quelquefois l'extension sera délibérée et ses résultats controversés. L'enseignement du droit aux États-Unis célèbre la louange de douzaines de jugements nouveaux de ce genre. Dans la décision de « Common Law » la plus illustre de la jurisprudence américaine, par exemple, Nathan Cardozo a réinterprété divers cas, dans différents domaines du droit, pour découvrir, dans ceux-ci, le principe sur lequel le droit moderne de la négligence a été construit ⁶.

Supposons que la jurisprudence antérieure montre que les demandeurs se sont vus refuser toute indemnisation du préjudice physique quand celui-ci n'était pas suffisamment prévisible au moment où le défendeur négligent a agi, et qu'ainsi soit exclue la quatrième interprétation. Cette modeste extension du champ d'investigation d'Hercule n'élimine pas la cinquième ou la sixième interprétation cependant. Il lui faut étendre davantage son champ. Il doit prendre en considération aussi les affaires de préjudice économique où les enjeux financiers peuvent être très élevés : par exemple les cas dans lesquels des professionnels du conseil technique ou financier sont tenus pour responsables des pertes subies par d'autres du fait de leur négligence. Car dans ces cas, la cinquième interprétation suggère que la responsabilité pourrait être illimitée dans son montant, fût-elle ruineuse au total, pourvu qu'elle soit prévisible et, la sixième interprétation, au contraire, que la responsabilité pourrait être limitée en raison simplement des sommes terribles qui risqueraient sinon d'être atteintes. Supposons qu'il trouve, quand il élargit son étude, de cette manière, un modèle mixte. Les jugements antérieurs admettent une responsabilité étendue pour les membres de certaines professions mais pas pour d'autres. Peut-il en conclure qu'une interprétation convient mieux que l'autre à ce modèle mixte en employant mécaniquement un test ? Il pourrait compter les cas de jugements antérieurs qui doivent être reconnus comme des « erreurs » selon chacune des interprétations pour voir laquelle, de la cinquième ou de la sixième interprétation, en produit le moins. Cela montrerait-il que cette interprétation est plus conforme à la jurisprudence antérieure ?

6. Cf. *McPherson v. Buick*.

II.3. Le test de convenance

« Convenance » est, après tout, une métaphore. Nous l'utilisons pour représenter un aspect de l'exigence d'unité, à savoir que les normes publiques de la communauté soient comprises, dans toute la mesure du possible, comme exprimant une seule et même théorie de morale politique. L'instrument adopté par Hercule pour mesurer la convenance – l'aune qu'il utilise pour juger laquelle des deux interprétations est celle qui convient le mieux tout bien considéré – doit correspondre à cet idéal.

Il doit se demander si dans l'hypothèse d'un auteur unique des jugements à interpréter, on imaginerait plus volontiers celui-ci comme ayant obéi au principe exprimé dans la cinquième interprétation, bien qu'ayant quelquefois commis des fautes et fait des exceptions à l'application de ce principe, ou comme ayant obéi au principe posé par la sixième interprétation et ayant commis quelquefois des fautes ou fait des exceptions à celui-ci. C'est la question qu'il doit poser à son sens de l'interprétation, et il ne jugera pas que la réponse dépende uniquement du nombre de jugements qui vont à l'encontre de chaque interprétation. Car ces nombres peuvent très bien n'être qu'aléatoires, dépendant par exemple du nombre d'affaires qui se sont trouvées soumises aux tribunaux et pour lesquelles la procédure ne s'est pas trouvée interrompue par un accord amiable entre les parties avant jugement.

Il doit prendre en compte non seulement le nombre des décisions qui vont dans le sens d'une interprétation et le nombre de celles qui vont dans le sens d'une autre mais aussi l'importance, le caractère fondamental ou la portée des décisions qui jouent en faveur de l'un ou l'autre principe. C'est, après tout, toujours ainsi que nous procédons pour estimer, quand nous avons affaire à quelqu'un qui agit de manière non cohérente, s'il agit selon ses propres convictions, en suivant des principes, ou s'il agit de manière fantasque ou de mauvaise foi contrairement à ces principes. Supposons que la sixième interprétation convienne seulement pour les jugements antérieurs portant sur des accusations de négligence à l'encontre d'une seule profession : disons, les avocats, par exemple – et que la cinquième interprétation justifie tous les autres cas, concernant toutes les autres professions, et qu'elle convienne aussi pour d'autres genres d'affaires relatives à des préjudices économiques également. C'est la cinquième interprétation qui doit avoir la préférence, à moins d'un nouveau renversement, tout à fait possible, quand le champ d'étude sera encore élargi pour inclure d'autres types d'actions en indemnisation pas encore envisagés.

Supposons maintenant que la jurisprudence soit quelque peu différente, parce que moins marquée, que celle qu'on vient d'imaginer. Supposons, par exemple, que la responsabilité illimitée soit retenue à l'encontre de quelques professions mais qu'elle ne le soit

pas contre d'autres, et que cette différence atypique s'étende à d'autres actions pour préjudice économique. Dans ce cas, il n'est plus possible de dire qu'une interprétation se trouve confirmée par les décisions qui sont clairement les plus importantes, les plus fondamentales, ou qui ont la plus grande portée, et Hercule conclura que la première dimension de son jugement, la dimension interprétative, n'a pas permis de trancher. Les cinquième et sixième interprétations sont l'une et l'autre des interprétations possibles des affaires du passé, tout au moins d'après l'éventail des jugements antérieurs et d'après les autres matériaux juridiques étudiés. Il pourrait continuer le processus d'élargissement de son champ d'étude et l'image pourrait changer s'il le faisait. Nous supposons qu'il soit convaincu qu'il n'en sera rien.

II.4. La priorité locale

Avant d'abandonner cette présentation préliminaire de la première dimension du jugement d'Hercule, il nous faut observer une différence supplémentaire entre celui-ci et le romancier participant à la réalisation en chaîne d'un roman. Les jugements de convenance d'Hercule s'écartent, en une série de cercles concentriques, du cas qui lui est présentement soumis. Il s'est d'abord demandé laquelle des interprétations de la liste qu'il avait établie, convenait pour les affaires antérieures de préjudice moral, puis pour celles d'atteinte à la personne en général en cas d'accidents, puis pour celles de dommages aux biens et pour les affaires d'intérêt économique, et ainsi de suite pour des domaines plus larges et plus éloignés de l'affaire McLoughlin du départ. Dans cette procédure, des domaines du droit ont une priorité locale dans le sens que nous allons indiquer maintenant. Si Hercule parvient à la conclusion que deux principes conviennent l'un et l'autre pour les affaires de préjudice dû à des accidents dans son ressort, il peut étendre son étude, disons, au droit des contrats pour voir lequel de ces principes, s'il y en a un, convient le mieux pour les jugements en matière de contrats. Mais si un principe ne convient pas pour les accidents, il ne peut pas le récupérer comme interprétation possible de ce secteur du droit en montrant qu'il convient parfaitement pour d'autres domaines du droit.

Le principe de la priorité locale peut sembler, à première vue, s'opposer à l'unité. Le principe de l'unité en droit exige des juges qu'ils donnent au droit, autant qu'ils le peuvent, une cohérence complète et on pourrait penser qu'ils y parviendraient mieux en oubliant parfois certaines divisions académiques et en réformant quelques branches du droit de manière radicale afin de les mettre en harmonie, sur le plan des principes, avec d'autres. Et puis ces divisions elles-mêmes sont arbitraires : si le droit des accidents peut être modifié de manière intelligente pour présenter les mêmes

principes que le droit des contrats, ou vice versa, cela ne montre-t-il pas que le contrat et la responsabilité délictuelle appartiennent en réalité à la même branche du droit et que la division entre eux ne résulte que d'un malencontreux accident de l'histoire ? Mais à bien y regarder, on découvre que la compartimentalisation du droit, en branches dont les limites doivent être respectées par tout jugement interprétatif de ce qu'est actuellement le droit de chaque branche, constitue un complément intéressant et peut-être même nécessaire pour les juges soumis au principe d'unité en droit, dans l'accomplissement de leur tâche.

Supposons que les juges soient libres d'imposer une interprétation qui provoque un bouleversement radical dans un secteur donné du droit, tel que le droit des accidents, bien que cette interprétation ne convienne pas du tout pour les jugements antérieurs dans ce domaine précis, mais simplement parce qu'elle convient néanmoins très bien pour d'autres parties du droit, distantes, qu'elle justifie d'une façon très satisfaisante. Une telle liberté serait remarquablement perturbatrice parce que, plus un juge irait chercher loin l'interprétation qui constituerait un bouleversement local, plus ses jugements dépendraient de convictions générales en matière d'interprétation et de politique, or celles-ci diffèrent d'un juge à l'autre et on pourrait considérer le droit comme établi sur beaucoup moins de points que maintenant. Il faudrait alors une forme indépendante de contrainte : peut-être les doctrines du précédent seraient-elles beaucoup plus strictes ou davantage de pouvoir serait-il confié aux décisions du législateur qui pourrait fixer le droit dans des domaines très précis en vertu du principe de sa suprématie. La priorité locale s'assortit mieux à l'esprit d'unité que l'une ou l'autre de ces alternatives parce qu'elle est plus flexible et permet que les limites des branches elles-mêmes, soient pour le moins sensibles aux pressions de la cohérence.

Cette justification générale de la priorité locale montre aussi pourquoi l'objection particulière que j'ai faite, selon laquelle les distinctions entre branches du droit sont des questions d'accident historique pur, n'est pas une objection réelle au principe. Car il est crucial dans la protection de la stabilité face aux exigences de l'unité, que le public et les professionnels du droit aient le sens de ces distinctions, et ce sens n'est pas perdu mais, au contraire, sauvegardé par leur caractère historique. La formation juridique s'appuie sur les grandes divisions entre branches juridiques et, pour ce qui est des avocats, les renforcent. Les écoles de droit divisent leurs enseignements et leurs bibliothèques répartissent les traités en distinguant entre les dommages intentionnels et ceux qui sont non-intentionnels et sous-séparent négligence et nuisance. Ils distinguent le délit du crime, le contrat des autres parties de la « Common Law » le droit privé du droit public et le droit constitutionnel des autres éléments du second. Les divisions ne sont pas

arbitraires du point de vue de la morale conventionnelle, parce qu'elles reflètent des différences importantes dans la perception, par la morale courante, de la responsabilité criminelle, délictuelle et contractuelle, telle que le principe que le dommage intentionnel est plus grave que le dommage involontaire, que l'État a besoin d'un type de justification très différent pour déclarer quelqu'un coupable d'un crime et le mettre en prison ou lui donner une amende de ce qu'il lui faut pour exiger de quelqu'un qu'il indemne la victime d'un dommage qu'il a causé, que les promesses et les autres formes d'accord ou consentement explicite constituent un genre de raison spécial, pour la contrainte étatique, et ainsi de suite. Les grandes divisions ont ordinairement une signification pour le public en général, et comme nous le verrons dans un moment, elles s'écroulent quand il n'en est plus ainsi.

Hercule respectera en principe ces distinctions historiques ; il les traitera comme marquant les frontières entre des domaines juridiques où domine une interprétation locale. Il n'acceptera pas, pour un domaine, une interprétation d'une doctrine ou d'une pratique qui appartient clairement à un vaste domaine historiquement distinct, tel celui de la responsabilité délictuelle, si cette interprétation ne convient pas assez bien au premier domaine pour pouvoir être considérée comme une interprétation de lui seulement, même si elle convient pour un secteur du droit plus large qui inclut ce domaine. C'est une contrainte conservatrice ; mais sa force de conservation s'atténue avec le temps. A long terme, les frontières qui viennent à sembler arbitraires, parce que les principes de morale conventionnelle qui sous-tendent les distinctions, sont remis en question, ne résistent pas. Elles succombent face à la doctrine générale que j'ai décrite, avant la remarque sur cette contrainte, et selon laquelle une interprétation qui convient vraiment pour un domaine du droit historiquement délimité et qui convient aussi pour un éventail de doctrine plus large, doit être préférée à celle qui convient seulement pour un domaine plus petit.

Supposons qu'en une génération, les nuisances viennent à être considérées comme quelque chose de très différent des négligences. Les juges qui statuent sur des affaires de nuisances disent que la question décisive est celle du caractère « naturel » de l'acte produisant la nuisance ; et les juges qui statuent sur des affaires de négligence disent que la question est de savoir si le défendeur a eu une conduite « raisonnable ». La situation est instable. Le climat intellectuel qui a produit les jugements sur la négligence, à supposer que ceux-ci aient constitué le dernier état du droit, érodera progressivement l'idée que les entreprises nouvelles qui gênent les gens, soient nécessairement des nuisances pour le droit. Peut-être le législateur votera-t-il des lois réorganisant la responsabilité pour certaines formes de gêne nouvelles, telles que le bruit des avions et des aéroports, que la théorie « naturelle » juge ou jugerait selon ce

qui semble la mauvaise solution. Cette législation ferait alors partie intégrante de l'ensemble du droit des nuisances que toute interprétation future serait tenue de prendre en compte. Peut être la législation ne sera-t-elle pas nécessaire : les juges résoudre les affaires de nuisance qui soulèvent de nouveaux problèmes, comme les questions d'aéroport, en forçant le langage historique sur ce qui est « naturel » pour rendre des jugements qui auront l'air judicieux dans des circonstances technologiques qui auront changé. Un jour, dans un cas que rien ne signalera par ailleurs, Hercule verra qu'à un moment du passé récent, le droit général des nuisances a changé sans que personne s'en aperçoive, ce qui ne signifie rien de plus mystérieux que l'intervention d'une modification dans l'équilibre interprétatif qui fera qu'il devra accepter désormais un argument qu'il aurait rejeté auparavant. Dès lors, le principe du « caractère raisonnable » convient pour assez de pratiques même à l'intérieur des frontières anciennes du droit des nuisances, pour fournir au moins une interprétation acceptable de ce domaine ; et puisqu'il convient pour un domaine plus grand également et est aussi supérieur dans la seconde dimension que nous allons décrire, il fournit une meilleure interprétation que la vieille explication par le « caractère naturel ». L'histoire n'est pas finie. Si Hercule persuade la profession d'adopter la nouvelle interprétation, plus large, les frontières conventionnelles entre branches du droit se modifieront finalement aussi : les nuisances et les négligences ne seront plus des branches distinctes du droit mais des co-occupantes d'une nouvelle province qui ne tardera pas à attirer vers elle un nouveau nom qui sera attaché à de nouveaux enseignements dans les écoles de droit, et à des nouveaux traités. Ce processus se produit en fait actuellement dans le droit anglo-américain, de même qu'y est en cours, bien que de manière moins assurée, une nouvelle unification du droit privé qui estompe même la frontière traditionnelle entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle.

III. La dimension politique du droit

Rejoignons maintenant Hercule qui médite sur les cinquième et sixième interprétations de sa liste. Les deux conviennent localement pour le droit de la négligence, aussi le Principe de priorité locale ne permet pas de choisir entre elles. Ni l'une, ni l'autre, ne se trouve exclue non plus quand il envisage successivement des régions du droit plus étendues. Il doit se tourner vers la seconde dimension du jugement interprétatif : il doit décider laquelle des deux interprétations montre la jurisprudence comme étant la meilleure possible du point de vue de la morale politique. Il va composer et comparer deux histoires. La première suppose que la communauté personnifiée a adopté et applique le principe de la prévisibilité comme test pour la responsabilité morale des domma-

ges causés par négligence, que les différents jugements rendus tendaient à donner effet à ce principe. La seconde suppose, à la place, que le principe de prévisibilité a été accepté et est appliqué avec une limite quant au plafond global de la responsabilité pécuniaire. Quelle est de ces deux histoires celle qui montre la communauté sous un meilleur jour, tout bien considéré, du point de vue de la morale politique en général ?

La réponse d'Hercule dépendra de ses convictions en ce qui concerne les vertus constitutives de la morale politique : la justice, l'équité et la procédure ⁷. Elle dépendra, en conséquence, non seulement de ce qu'il croit quant à la supériorité de l'un des principes par rapport à l'autre, du point de vue de la justice abstraite, mais également de ce qu'il croit quant au principe à suivre dans une communauté dont les membres ont les convictions, la culture et l'histoire politique de la sienne. Dans certains cas, ces deux jugements – le jugement de justice et le jugement d'équité – donneront le même résultat. Si Hercule et le public en général partagent l'opinion selon laquelle les victimes sont en droit d'attendre une indemnisation complète pour les négligences dont elles ont eu à souffrir, sans qu'il y ait à prendre en considération la rigueur que pourrait revêtir cette exigence, il estimera que la cinquième interprétation est, sans aucun doute possible, la meilleure des deux interprétations en présence. Mais les deux jugements pointeront parfois dans des directions opposées. Il peut penser que la sixième interprétation est la meilleure au regard de la justice abstraite, mais savoir qu'il s'agit là d'un point de vue radical, qui n'est partagé par aucune portion substantielle du public et qui est ignoré de la rhétorique morale et politique de son temps. Il pourrait alors conclure que l'histoire dans laquelle l'État insiste sur ce qui est juste à ses yeux, mais qui va à l'encontre des souhaits du peuple dans son ensemble, est une plus mauvaise histoire en définitive. Il préférera alors l'équité à la justice, en cette circonstance, et cette préférence reflétera un niveau plus élevé dans ses convictions politiques, à savoir sa conviction sur le choix que devrait faire un gouvernement honnête, engagé à la fois en faveur de la justice et de l'équité, et confronté aux deux interprétations dans les conditions qui viennent d'être décrites.

Les juges auront des conceptions différentes de l'équité, du rôle que l'opinion de chaque citoyen devrait jouer idéalement, dans les décisions étatiques relatives aux principes de justice applicables avec le recours de la force publique. Ils auront, au second niveau, des opinions différentes également sur la meilleure manière de résoudre les conflits entre ces deux idéaux politiques. On peut s'attendre à ce qu'aucun juge n'entretienne la conception simpliste sur ce second point qui supposerait que l'équité doive être systématiquement préférée à la justice ou vice versa. La plupart des juges pense que l'équilibre entre les opinions de la communauté et

7. J'ai présents à l'esprit la distinction et le sens particulier de l'équité et de la procédure indiqués au chapitre 6.

les demandes de justice abstraite doit être établi différemment dans des catégories de cas distinctes. Peut-être dans les affaires courantes de droit privé ou de droit commercial, comme le cas McLoughlin, une interprétation qui a le soutien de la morale conventionnelle apparaîtra-t-elle comme supérieure à une autre qui ne l'a pas, pourvu qu'elle ne soit pas considérée comme très inférieure au regard de la justice abstraite. Mais dans les affaires constitutionnelles comme Brown, quand les intérêts en jeu sont considérés comme très importants et quand le but de la disposition constitutionnelle est, au moins en partie, de protéger les individus contre la morale conventionnelle, le contrôle de celle-ci sur l'interprétation sera probablement jugé devoir être beaucoup plus faible.

IV. La confusion des deux dimensions

Nous avons construit, par l'entremise d'Hercule, un modèle de la décision judiciaire soumise au principe du droit comme unité. Nous avons exposé les distinctions et les évaluations qu'un juge doit faire et les différents types de convictions et d'intuitions que celles-ci supposent. Notre modèle a jusqu'ici mis l'accent sur une distinction première entre deux dimensions de l'interprétation – les dimensions de convenance et de morale politique – et cette distinction a une valeur heuristique. Elle fournit aux juges et à tous les autres qui interprètent le droit, une structure qu'ils peuvent utiliser pour identifier leur technique d'analyse et pour l'améliorer. Hercule peut établir lui-même dans une heure de réflexion, par exemple, un guide sommaire sur le seuil de convenance que toute interprétation doit atteindre, selon lui, pour pouvoir être prise en considération, et des directives rapides sur l'importance relative du consentement populaire et de la morale politique dans différents champs ou différentes branches du droit.

Les avantages pratiques de directives sommaires ou de procédés empiriques sont assez évidents. Mais il y a des dangers cependant à prendre nos deux dimensions trop au sérieux en tant qu'unités d'analyse séparées. Car la distinction entre les deux paraîtra quelquefois arbitraire ou sans importance. Imaginons le désaccord suivant entre deux juges. L'un pense qu'une interprétation ne peut pas être retenue si elle trouve peu d'écho ou aucun écho dans le discours officiel de la communauté. Il ne prendrait pas en compte sérieusement la sixième interprétation, par exemple, si le principe qu'une limite peut être posée à la responsabilité pour négligence, en raison de l'énorme fardeau qu'une responsabilité illimitée pourrait faire peser sur les défendeurs négligents, n'avait pas été explicitement mentionné dans une décision judiciaire antérieure, et si ce principe n'avait jamais été invoqué par un législateur. Le second juge rejette cette contrainte et accepte que la

meilleure interprétation des affaires de préjudice moral puisse reposer sur un principe qui n'a jamais été explicitement reconnu, mais qui offre néanmoins une explication brillamment unifiante des décisions prises, qui les présentent sous un jour meilleur que jamais auparavant⁸.

Où allons-nous situer, dans le schéma que nous avons établi, ce désaccord sur la théorie et dans la pratique ? D'un certain point de vue, ce désaccord semble relever de la première dimension, porter sur les contraintes distinctement interprétatives que les juges devraient observer quand ils décident quelles interprétations restent possibles du point de vue de la convenance. L'argument est suffisamment séparé des questions de justice abstraite pour être traité ainsi, comme concernant la première dimension, parce que le premier juge qui insiste sur une conformité avec les motifs de la décision aussi bien qu'avec son dispositif, peut en conséquence écarter des interprétations qu'il trouverait supérieures du point de vue de la justice. Mais il est possible aussi, dans une perspective différente, de considérer le désaccord comme portant sur la morale politique et de ce fait comme devant être situé dans la seconde dimension. Car le premier juge défendra probablement sa position, si elle est contestée, avec des arguments de morale politique plutôt qu'avec des généralités sur la nature de l'interprétation. L'histoire politique de la communauté, dira-t-il, est une meilleure histoire si elle montre les juges exposant clairement au public, dans leurs motivations, le chemin que leurs successeurs guidés par l'unité suivront, et si elle montre les juges prenant des décisions qui expriment en paroles et dans les faits les convictions répandues au sein de la communauté. Ces raisons font partie de celles qu'un juge peut avoir de préférer une interprétation qui ne soit pas trop nouvelle, pas trop éloignée de ce que les juges et les autres autorités qui l'ont précédé ont dit et fait. Ainsi le désaccord entre nos deux juges est susceptible aussi d'être vu comme un désaccord au sujet de la force comparée de ces catégories spéciales de raisons, qui concernent l'équité, contre d'autres touchant plus directement à des problèmes de justice. Notre second juge peut accepter les raisons spéciales d'équité mais choisir cependant une interprétation nouvelle, comme l'a fait Cardozo, dans la décision que je viens de mentionner, parce qu'elle lui semble meilleure du point de vue de la justice et parce qu'il accorde relativement plus d'importance à la justice que le premier juge. Si nous envisageons le désaccord sous cet angle, nous le situerons dans la seconde dimension, la dimension de la morale politique.

Quelle perspective – quelle manière de situer le désaccord – est la bonne ? Ceci est une mauvaise question ; elle confond une distinction analytique utile avec une différence réelle. Nous pouvons classer le désaccord dont nous venons de parler d'une façon ou de l'autre. Si nous disons que c'est un désaccord entre convictions sur

8. Cf. la décision de Cardozo que j'ai citée en exemple plus haut (MCPHERSON v. BUICK).

la convenance, un désaccord concernant la première dimension, nous devons prendre soin d'observer comment les convictions en jeu dépendent des convictions politiques sur l'équité et le bon équilibre entre équité et justice. Si nous disons que c'est un désaccord qui oppose des convictions politiques, un désaccord portant sur la seconde dimension, nous devons prendre soin d'observer la spécificité de ces convictions politiques au sein de l'ensemble des convictions politiques de nos juges et réduire ainsi le rôle que les autres convictions politiques jouent dans leurs jugements en général. Si nous notons tout ce que nous devons, la classification initiale n'est pas importante.

Comme il n'est pas important qu'un juge établisse une règle rigide de priorité entre les deux dimensions de sa théorie opératoire. En pratique, il traitera la première dimension, de convenance, avant la seconde dimension, de morale politique, parce que seules les interprétations que la première dimension retient comme possibles sont conservées pour le test de la seconde dimension. Mais c'est seulement une simplification utile qui fait partie d'une théorie opératoire et non une explication théorique complète du jugement judiciaire. Elle fait abstraction à la fois du fait phénoménologique que l'interprétation générale de tout juge mélange souvent les deux dimensions en un unique jugement qui lui semble d'une seule pièce et, peut-être, spontané, et le fait théorique que nous venons de noter que de nombreuses contraintes interprétatives qui figurent dans la décision initiale de la première dimension reflètent néanmoins des convictions politiques, en particulier au sujet de l'équité, qui devront être soldées contre d'autres convictions propres à la seconde.

Notre compte rendu plus abstrait du droit comme unité, en conséquence doit à la fois justifier l'utilité pratique de la distinction entre les deux interprétations pour les décisions judiciaires au jour le jour, et expliquer quand et comment elles se recourent et s'influencent mutuellement. Nous rencontrons déjà cette présentation plus abstraite cependant dans deux propositions tirées de notre description préliminaire de l'interprétation au chapitre deux. La première est notre caractérisation générale de l'interprétation qui, appliquée au droit, montre que le but général du choix judiciaire est de rendre la pratique juridique dans son ensemble aussi bonne qu'il est possible. Cette norme de référence générale guide le juge à la fois dans la confection des contraintes interprétatives –pour décider, par exemple, si l'interprétation du droit dans un domaine doit s'harmoniser avec les motifs des décisions antérieures aussi bien qu'avec leurs dispositifs – et dans la définition des cas où celles-ci doivent céder en présence de certaines circonstances exceptionnelles. Chaque juge doit décider pour lui-même, en considération de la force et de l'opportunité de telles contraintes, si la pratique juridique apparaît sous un meilleur jour dans le cas où elles

sont en général respectées et, s'il en est ainsi, si la pratique apparaît meilleure encore dans l'hypothèse où il leur est quelquefois fait exception.

La seconde proposition de notre compte rendu abstrait est incluse dans la première. Quelle que soit notre manière de les classer, un juge qui accepte le droit comme unité, doit en conséquence reconnaître certaines contraintes interprétatives ; il doit avoir certaines convictions à propos de la convenance, qui soient sensibles à l'histoire politique réelle de la communauté, de manière à ce que celles-ci puissent peser contre ce qui demeure de ses convictions politiques dans son jugement interprétatif global. S'il ne le fait pas, il ne peut pas du tout prétendre, de bonne foi, qu'il interprète sa pratique juridique. Supposons qu'un juge abandonne tout requis de ce genre, que nous avons appelé les exigences de convenance. Il dit, en effet, que la pratique juridique de sa communauté apparaît sous son meilleur jour en prétendant qu'elle est totalement juste d'un point de vue utopique et proclame alors que le droit américain, par exemple, est mieux interprété si on le considère comme requérant que chacun possède absolument une richesse égale en dépit du fait que cet idéal n'a presque jamais été respecté par le jugement d'une autorité dans le passé. Il a complètement abandonné l'attitude interprétative et à la place, il invente.

V. Résumé provisoire

Des juges différents, chacun attaché au droit comme unité, qui acceptent chacun la nécessité de convictions interprétatives distinctes, contraignantes, auront néanmoins des théories concernant le travail de décision judiciaire très différentes. Ils répondront aux mêmes questions qu'Hercule s'est posées à lui-même, mais différemment. Nous avons atteint le point, en d'autres termes, où les différences politiques produiront dans le détail des conceptions différentes qui doivent être considérées comme des rameaux jaillis de la même branche de l'arbre de la théorie du droit. Je n'entends pas dire que toute conception du droit personnelle à un juriste doit prendre fin ici si elle commence dans l'idée d'unité. Au contraire : la conception distincte du droit, qui lui est propre, n'a fait que commencer à émerger. Car les convictions qu'il entretient au sujet de la manière selon laquelle l'équité et la justice doivent se combiner dans tout jugement sur le politiquement idéal, tout comme ses vues sur ce que sont l'équité et la justice jouent leur rôle à l'intérieur de son jugement sur ce que le droit de la communauté bien compris est véritablement, et non au-delà de ce jugement ou contre lui. Ceci semble mystérieux et contradictoire même, aussi longtemps que se fait sentir l'emprise de la disposition d'esprit regrettable induite par la piqure sémantique. Nous devrions alors penser que l'opinion de n'importe quel juriste sur ce

qu'est le droit, doit être la même que celle de n'importe quel autre, tout au moins s'ils sont l'un et l'autre compétents et s'ils ont bien étudié leurs livres. Mais il y a longtemps que nous avons écarté cette hypothèse non fondée et ce que nous découvrons maintenant, ne nous paraît ni mystérieux, ni choquant.

Dans les trois chapitres suivants, nous explorerons quelle forme ce processus de construction de conceptions du droit individuelles détaillées, comme versions ou exemples du droit comme unité, prend dans trois domaines de décision judiciaire : dans les affaires de « Common Law », dans les affaires tournant autour de l'application de lois et dans les affaires de dimension constitutionnelle. Nous pouvons d'abord faire le bilan, même si cela suppose de se répéter un peu, et ensuite envisager certaines objections à l'argument développé. Les juges qui acceptent l'idéal interprétatif d'unité résolvent les cas difficiles en essayant de trouver la meilleure interprétation qu'il leur est possible, dans un ensemble cohérent de principes au sujet des droits et des devoirs de chacun, de la structure politique et de la doctrine juridique de leur communauté. Cette interprétation doit en principe être globale : elle doit aller des règles et des arrangements constitutionnels les plus fondamentaux aux détails du droit privé de la responsabilité délictuelle ou contractuelle, tout en respectant cependant les priorités locales de la façon que j'ai décrite. La meilleure interprétation est celle qui fait de cette structure complexe la meilleure structure politique, et des décisions passées de celle-ci, le meilleur résultat que cela peut donner.

Il est analytiquement utile de distinguer différentes dimensions ou différents aspects dans le jugement qu'un juge s'essayant à ce genre d'interprétation doit faire. L'interprétation doit convenir pour les décisions antérieures aussi bien que toute autre interprétation concurrente, ce qui signifie en pratique qu'elle doit être valable pour l'ensemble de la partie considérée de la jurisprudence antérieure sans laisser de côté aucun élément fécond ou fondamental de la structure des institutions en place ou des règles que ces institutions ont adoptées. C'est une première exigence et elle rendra inacceptables de nombreuses interprétations que certains juges auraient préférées sinon. Les faits de l'histoire juridique limiteront ainsi le rôle que peuvent jouer les convictions personnelles d'un juge, à propos de l'équité et de la justice, sur ses décisions. Il peut penser que jamais des gens autonomes et honnêtes ne réclameraient d'indemnisation pour un préjudice accidentel, et que personne n'a droit à une telle indemnisation. Mais il ne s'estimera pas libre de faire entrer cette conviction dans ses jugements, à moins de croire qu'elle est suffisamment conforme à l'histoire de la pratique juridique au sujet des accidents, pour figurer dans une interprétation acceptable de cette pratique, ce qu'il ne croira très vraisemblablement pas.

Cette exigence première de convenance n'est pas une exigence d'ordre mécanique, et aucun juge n'aura un sens interprétatif suffisamment perspicace pour lui permettre d'établir un ordre entre toutes les interprétations qui pourraient être données pour cette dimension. Des cas ardues surviennent quand ce test de convenance ne permet pas de choisir entre deux interprétations d'une loi ou d'une suite de précédents et quand la situation reste la même si l'éventail du matériau à interpréter est élargi à d'autres parties de la structure politique et juridique. En ce cas, le juge doit choisir entre les deux interprétations possibles en se demandant laquelle d'entre elles montre la structure des institutions et les décisions de la communauté – ses normes publiques en leur ensemble – sous un meilleur jour du point de vue de la morale politique. Ses convictions politiques et morales personnelles sont alors directement engagées. Mais le jugement politique qu'il doit faire est lui-même complexe et puisera dans différents secteurs de sa morale personnelle.

Il reflétera non seulement ses théories de la justice et de l'équité en arrière-plan, mais aussi ses théories au second niveau, en arrière-plan, sur le compromis à établir entre ces idéaux dans différents types de cas, quand ils apparaissent en conflit. Des juges différents seront en désaccord sur chacun de ces problèmes et adopteront en conséquence des conceptions différentes sur ce qu'est réellement le droit de la communauté, correctement compris.

Tout juge développera, au cours de sa formation et avec son expérience, une conception du droit opératoire assez individualisée, sur laquelle il s'appuiera, peut-être automatiquement et même comme par inadvertance, pour prendre ses jugements et décisions. Nous pourrions utiliser notre distinction entre dimensions de l'interprétation pour imposer une structure sur ces conceptions. Toute théorie opératoire comportera des convictions interprétatives de convenance ; celles-ci seront tirées à la fois du sens général de l'interprétation de l'auteur de la théorie, développé par une variété de pratiques interprétatives tout au long de sa vie et plus directement de ses convictions juridiques sur l'importance relative de la cohérence avec la rhétorique antérieure et l'opinion courante en matière de morale politique générale. Toute théorie opératoire comprendra aussi des principes que nous avons situés dans la seconde dimension de l'interprétation, des principes plus substantiels de justice et d'équité et de la bonne relation entre elles. Ceux-ci expriment ses convictions sur l'interprétation la plus appropriée, parce que la plus équitable ou la plus juste parmi celles que n'avait pas écartées son sens interprétatif, pour une communauté qui pense et qui est divisée comme la sienne. La plupart des juges ressembleront aux autres membres de leur communauté et l'équité et la justice en conséquence ne seront pas souvent en concurrence

pour eux. Mais des juges dont les opinions politiques sont plus excentriques ou radicales s'apercevront que les deux idéaux viennent en conflit pour eux, dans certains cas, et ils devront dire quelle est la solution au conflit qui montre l'ensemble des décisions passées de la communauté sous le meilleur jour tout bien considéré. Leurs conceptions opératoires comprendront en conséquence des principes au second niveau qui s'avéreront nécessaires pour cette décision. Un certain juge, par exemple, peut penser que les décisions politiques devraient, dans toute la mesure du possible, respecter l'opinion de la majorité et croire cependant que cette exigence faiblit et même disparaît quand il est question de droits importants protégés par la constitution.

Aucun juge mortel ne peut, ni ne devrait tenter de développer une théorie opératoire articulée, si concrète et détaillée qu'aucune réflexion supplémentaire ne lui serait nécessaire au cas par cas. Il doit traiter tous les principes généraux et toutes les pratiques empiriques dont il s'est servi dans le passé comme provisoires, et se tenir prêt à les abandonner pour une analyse plus complète et plus sophistiquée quand l'occasion le requiert. Il y a des moments de difficulté particulière pour tout juge qui demandent des jugements politiques nouveaux qui peuvent être problématiques. Il serait absurde de supposer qu'il aura toujours les convictions de morale politique d'arrière-plan, nécessaires sous la main pour de telles occasions. Des cas très difficiles l'obligeront à développer sa conception du droit et sa morale politique tout à la fois, d'une manière telle qu'elles se confortent mutuellement. Mais il est néanmoins possible pour tout juge d'affronter les problèmes nouveaux qui le défient avec des principes et c'est ce que l'idée de droit comme unité exige de lui. Il doit admettre qu'en préférant finalement une interprétation à une autre pour une série de précédents très contestée, par exemple, et peut-être après avoir intensément réfléchi et avoir vu sa conviction vaciller, il développe sa conception opératoire du droit dans une direction plutôt que dans une autre. Celle-ci doit lui apparaître comme la bonne direction en tant que principe politique et pas simplement une direction attirante sur l'instant parce qu'elle conduit à une décision qui lui plaît pour le cas présent. Il y a, dans ce conseil, beaucoup de place pour l'illusion, y compris sa propre illusion. Mais, dans la plupart des cas, il sera possible aux juges de s'apercevoir quand ils ont soumis un problème à la discipline décrite ; et aussi quand un autre juge ne l'a pas fait.

VI. Quelques objections courantes

VI.1. Hercule fait de la politique

Hercule déclare maintenant que la meilleure interprétation des affaires de préjudice moral, tout bien considéré, est la cinquième interprétation : le droit accorde réparation pour tout dommage moral directement dû à la conduite automobile négligente et prévisible par un automobiliste raisonnablement attentif. Mais il concède que pour parvenir à cette conclusion, il s'est appuyé sur son propre jugement qu'un principe était meilleur – plus équitable et plus juste – que tout autre qui était acceptable, selon ce qu'il considère comme le bon critère de convenance. Il concède aussi que ce jugement est controversé : il n'est pas partagé par tous ses confrères, certains d'entre eux pensant qu'une autre interprétation, la sixième interprétation, par exemple, est supérieure. La première objection (dans la liste que j'ai proposé d'envisager) accuse Hercule de faire fi du droit actuel en matière de préjudice moral et de lui substituer ses propres opinions sur ce que devrait être le droit.

Comment comprendre cette objection ? Elle accuse Hercule d'agir à tort en se fondant sur son propre jugement controversé à propos du caractère moral de la réparation dans ces conditions, et ainsi pourrait s'appuyer sur deux sortes d'hypothèses très différentes. Elle pourrait supposer qu'Hercule a eu tort de chercher à justifier son interprétation dans la seconde dimension, parce qu'elle ne résiste pas au test de convenance tout d'abord. Nous ne pouvons supposer, sans examiner les cas qu'Hercule a consultés, que cette objection, ainsi entendue, est erronée. Peut-être cette fois Hercule a-t-il failli ; peut-être s'il avait élargi davantage qu'il ne l'a fait, le champ de son étude des précédents, aurait-il découvert qu'une seule interprétation pouvait être conservée et cette découverte aurait-elle décidé, pour lui, du droit sans que ses convictions politiques à propos de l'indemnisation en matière d'accidents fussent engagées. Mais il est peu plausible que le test de convenance permette toujours ou même ne serait-ce que dans la plupart des cas, une seule interprétation, de sorte que l'objection, comprise de cette manière, ne serait pas une objection générale aux méthodes de décision judiciaire d'Hercule mais seulement l'accusation qu'il n'aurait pas appliqué ses propres méthodes dans le cas particulier envisagé.

Nous devons en conséquence passer à une autre manière possible, plus intéressante, d'entendre l'objection, une manière qui lance un défi plus fondamental au style de décision judiciaire d'Hercule : celle-ci déclare qu'il ne doit jamais recourir à ses convictions personnelles sur la justice, comme il l'a fait dans cette circonstance. Supposons que le critique d'Hercule dise : « L'interprétation correcte d'une série de décisions antérieures peut tou-

jours être découverte par des moyens moralement neutres, parce que l'interprétation correcte n'est qu'une question de découverte des principes que les juges qui ont pris ces décisions, avaient présents à l'esprit, et ceci n'est qu'une question de fait historique ». Alors l'objection se résume ainsi : Hercule a défini la première dimension de l'interprétation de manière incorrecte, parce que le test de convenance, bien compris, exige que la convenance soit appréciée non seulement par rapport aux décisions judiciaires antérieures mais aussi par rapport aux motifs et aux ambitions qui les ont produites : en bref par rapport aux intentions des juges qui les ont rendues. Hercule peut répondre que l'idée d'une intention officielle est trop confuse pour être incluse dans un test de convenance et qu'en tous cas, l'intention des juges antérieurs qui ont pris une série de décisions peut être conflictuelle, non connue ou non existante. Je ne vais pas insister sur ces points ici, cependant, parce qu'ils nous occuperont au chapitre neuf, et parce que la meilleure réponse d'Hercule ne dépend pas d'eux de toute manière.

Il soulignera plutôt le lien, que nous avons noté, entre la première et la seconde dimension de l'interprétation. Son présent critique doit avoir une raison d'affirmer qu'aucun principe ne convient suffisamment bien à la jurisprudence antérieure pour pouvoir être considéré comme en étant une interprétation acceptable, à moins qu'il ne soit fidèlement assorti aux intentions des juges antérieurs. C'est une forme extrême de l'argument que nous avons déjà envisagé, selon lequel une interprétation est meilleure si elle s'assortit à ce que les juges antérieurs ont dit aussi bien qu'à ce qu'ils ont fait, et même cette variante plus faible dépend des raisons particulières de morale politique que j'ai décrites. Le présent critique suppose que ces raisons ne sont pas seulement fortes mais déterminantes ; si puissantes qu'un juge a toujours tort même de prendre en considération une interprétation qui n'est pas conforme à leurs exigences, quelle que soit la perfection avec laquelle cette interprétation relie, explique et justifie les décisions qu'ont en fait rendues des juges antérieurs dont elle ne prend pas en compte les intentions.

Ainsi le critique d'Hercule, si son argument doit être de quelque poids, ne se fonde pas après tout sur des convictions interprétatives politiquement neutres. Il a lui aussi engagé ses propres convictions en arrière-plan de morale politique. Il pense que les arguments d'équité qui sous-tendent son style d'interprétation, ont une importance fondamentale, qu'ils sont si importants qu'ils éliminent d'un coup toutes exigences de justice concurrentes. C'est une position tenable mais on peut difficilement dire qu'elle échappe à toute controverse et elle n'est en aucun sens neutre. La différence avec Hercule ne porte pas, comme ce critique l'a d'abord suggéré, sur la pertinence des considérations de morale politique dans la décision sur ce qu'est le droit, mais sur les principes de

morale qui doivent être appliqués et qui dès lors sont décisifs sur ce point. Aussi la première objection, brutale, d'après laquelle Hercule aurait substitué ses propres convictions politiques à une interprétation correcte, politiquement neutre, du droit antérieur, est une mine de confusions.

VI.2. Hercule nous trompe

La seconde objection est plus sophistiquée. Le critique dit maintenant : « C'est absurde de supposer qu'il y ait une interprétation correcte des affaires de préjudice moral. Puisque nous avons découvert deux interprétations de ces cas, dont aucune ne peut être préférée à l'autre sur des bases « neutres » de convenance, aucun juge ne serait contraint par le principe d'unité en droit d'accepter l'une ou l'autre. Hercule a choisi l'une d'elles sur des bases franchement politiques ; son choix ne fait que refléter sa propre morale politique. Le droit comme unité suppose que le droit est une question de meilleure interprétation des normes publiques explicites de la communauté, conçues comme exprimant une seule et même conception cohérente de la justice et de l'équité. La décision d'Hercule ne peut pas être comprise comme un jugement relatif à la meilleure interprétation de ces normes entendues ainsi. Ce n'est donc pas un jugement sur ce qu'est déjà le droit, mais seulement une décision législative sur ce qu'il devrait être. Hercule n'a pas d'autre choix dans ces conditions, que de légiférer ainsi. Néanmoins il nous trompe quand il prétend qu'il a découvert, à travers son choix politique, ce qu'est le droit ».

Cette objection apparaîtra très forte à de nombreux lecteurs et nous devons prendre soin de ne pas l'affaiblir en lui attribuant une prétention plus importante que n'est la sienne. Elle ne dit pas que, dans un cas difficile, quand aucune interprétation du droit antérieur ne s'impose au juge, il est libéré de toute dépendance par rapport au passé et peut poser n'importe quelle règle, dès lors qu'il croit, d'après ses convictions personnelles, qu'elle est la meilleure pour l'avenir. Elle n'essaie pas de réintroduire l'idée du conventionnalisme pour laquelle, quand les conventions sont muettes, un juge est libre d'améliorer le droit en suivant les bonnes normes de législation ; et encore moins l'idée du pragmatisme, selon laquelle il est toujours libre de faire cela sous le seul contrôle de considérations de stratégie. Elle reconnaît que les juges peuvent choisir entre les interprétations qui résistent au test de convenance. Elle insiste seulement sur l'absence de meilleure interprétation quand plusieurs ont résisté à ce test. C'est une objection, telle que je l'ai présentée de l'intérieur, de l'idée générale du droit comme unité ; elle essaie de protéger cette idée contre la corruption frauduleuse.

Cette objection est-elle fondée ? Pourquoi est ce trompeur et même générateur de confusion quand Hercule présente son juge-

ment comme un jugement de droit ? Une fois encore deux réponses quelque peu différentes – deux manières différentes de préciser l'objection – peuvent être avancées, et nous ne pourrions pas accorder à l'objection l'attention qu'elle mérite, si nous ne séparions pas ces deux réponses et si nous ne les examinons pas chacune à leur tour. Premièrement l'affirmation d'Hercule pourrait être considérée comme trompeuse, parce qu'elle suggère qu'il peut y avoir une bonne réponse à la question du choix de l'interprétation qui, de la cinquième ou de la sixième, montre les décisions passées de la communauté sous un meilleur jour du point de vue de la justice et de l'équité, et nous savons qu'il ne peut pas y avoir une bonne réponse à cette question, mais seulement des réponses ; que toute opinion sur ce point n'est que le reflet des convictions subjectives de ses auteurs et n'exprime pas une quelconque morale politique plus objective. Cette manière de préciser l'objection soulève le problème ancien et complexe du scepticisme moral dont j'ai longuement discuté au chapitre deux. Je ne peux pas éviter d'ajouter quelque chose ici à ce sujet ; mais je vais en retarder l'heure en inventant une nouvelle critique pour le prochain paragraphe. Deuxièmement, son affirmation peut être jugée trompeuse parce que l'idée de base du droit comme unité, l'idée que le droit est le résultat de la meilleure interprétation de la pratique juridique en son ensemble, ne lui permet pas de donner le titre de droit à ses propres opinions personnelles sur la justice. C'est l'objection que j'envisagerai ici.

Nous demandons à une conception du droit de fournir une interprétation générale de la pratique juridique qui fasse abstraction de la force du droit et qui soit centrée sur les fondements du droit. Nous lui demandons, donc, d'établir les circonstances dans lesquelles les affirmations sur ce qu'est le droit à propos d'une question devraient être acceptées comme vraies ou fondées. Le droit comme unité considère que, dans la situation analytique qu'Hercule a atteinte en étudiant, à la recherche des précédents en matière de réparation morale, les décisions antérieures de son ressort – c'est-à-dire quand deux interprétations ou plus de ces précédents résistent chacune au test de convenance – les droits juridiques des personnes sont sensibles à leurs droits moraux. Dès lors qu'Hercule accepte cette présentation des fondements du droit il ne lui est pas possible de conclure à propos de l'affaire McLoughlin autrement qu'en disant que le droit, comme il le comprend, donne raison à la demanderesse. S'il disait ce que le critique recommande, quelle n'a pas de droit en droit à gagner mais seulement un droit moral qu'il propose de consacrer, il exposerait mal son idée sur le sujet. Ce serait une présentation vraie de certaines situations, pour lui – des cas où il trouverait, par exemple, que le droit est trop immoral pour être appliqué – mais pas de celle-ci. Un critique peut être en désaccord avec Hercule à différents niveaux. Il peut rejeter

le droit comme unité en faveur du conventionnalisme, du pragmatisme ou de quelque autre conception du droit. Ou il peut l'accepter mais parvenir à des conclusions différentes de celles d'Hercule parce qu'il n'a pas les mêmes convictions interprétatives que lui, ou les mêmes convictions que lui sur l'équité et la justice ou sur le rapport entre elles. Mais il peut considérer l'utilisation du mot « droit », par Hercule, comme trompeuse ou comme grammaticalement inexacte, seulement s'il souffre des ravages de la piqûre du dard sémantique, seulement s'il peine sous les présupposés dogmatiques au sujet du sens, qui indiquent qu'il en est la victime. Il suppose que les prétentions juridiques sont en quelque sorte défectueuses quand elles ne sont pas directement tirées d'une définition du droit acceptée par tout juriste compétent.

Supposons que la critique fasse maintenant la réponse suivante. « Hercule nous trompe, néanmoins, en prétendant que ses conclusions au sujet du droit dans l'affaire McLoughlin sont le résultat de l'interprétation des décisions juridiques antérieures, parce qu'il suggère quelque chose qu'il a reconnu comme n'étant pas vrai, à savoir que ses conclusions découleraient d'une étude minutieuse, scientifique et impartiale de la jurisprudence antérieure et non de son propre jugement sur ce que la justice demande maintenant ». C'est exactement la même idée, enracinée dans le même dogmatisme, que précédemment, sauf qu'elle est ici exprimée comme une théorie de ce que doit être l'interprétation et non de ce que doit être le droit. Le droit comme unité suppose, comme le doit toute conception du droit, une interprétation de l'interprétation. La thèse du droit comme unité insiste sur le caractère inévitable de l'évaluation comme dimension de l'interprétation, pas seulement en droit mais de manière générale, elle insiste sur la différence entre interprétation et invention, une différence qui n'est pas due au fait que la première serait totalement empirique mais qui se constitue de la manière plus complexe que j'ai essayé de décrire. Il n'est pas possible de faire échec à cette revendication – à l'idée d'interprétation de l'interprétation – en insistant sur l'obligation pour l'interprétation de ne comprendre en aucune façon une évaluation, simplement en raison même de la signification du mot « interprétation ». Ce n'est qu'une autre manière de tomber sous l'emprise des effets de la piqûre du dard sémantique. Notre compréhension de ce qu'est l'interprétation, en droit ou ailleurs, doit être empruntée à notre expérience de l'utilisation des concepts interprétatifs, y compris du concept de droit, et non imposée à cette expérience par décret a priori.

Il y a, cependant, un aspect de la présente objection dont on pourrait penser qu'il n'est pas atteint par mes arguments contre le reste. Même si nous sommes d'accord pour considérer que les conclusions d'Hercule à propos de Mme McLoughlin sont à juste titre présentées comme des conclusions de droit, il pourrait nous

sembler extravagant de prétendre que ces conclusions, de quelque manière que ce soit, découlent de l'idée d'unité du politique compris comme idéal distinct. Ne serait-il pas plus exact de dire que l'unité est à l'œuvre dans les réflexions d'Hercule, seulement jusqu'au point où il rejette toutes les interprétations qui ne satisfont pas au test de ses convictions interprétatives ? Ne devrions-nous pas dire que sa conception du droit en comporte en fait deux : celle du droit comme unité relayée, quand l'unité fait défaut, par une forme plus conventionnelle de théorie du droit naturel ? Ceci n'est pas une objection très importante ; elle suggère simplement une manière différente de rapporter des conclusions qui ne sont plus contestées. Cependant la remarque qui l'inspire est trop brutale. Car c'est une erreur de penser que l'idée d'unité est totalement étrangère à la décision d'Hercule dès lors que cette décision n'est plus une question de convictions interprétatives personnelles distinctes, mais qu'elle puise aussi à son sens de la justice.

L'esprit d'unité – le sens de la reconnaître comme une valeur indépendante en politique – serait outragé si Hercule devait prendre sa décision d'une manière autre qu'en choisissant l'interprétation qu'il estime la meilleure de la morale politique en général. Nous acceptons l'unité comme idéal politique parce que nous désirons considérer notre communauté politique comme une communauté de principes et les attitudes constitutives de ce genre de communauté ne visent pas seulement à l'instauration de principes communs, comme si l'uniformité était seule désirée, mais à l'instauration des meilleurs principes sous lesquels les citoyens puissent tous, de génération en génération, être gouvernés ensemble. Ainsi insistons-nous sur la nécessité de ne refuser à aucun citoyen le bénéfice des principes accordés aux autres, sur la nécessité qu'il y a à ce qu'aucun juge n'applique un principe qui ne convienne « pas pour les décisions antérieures dans leur ensemble. Si deux principes conviennent pour la jurisprudence antérieure, cependant, il n'y a pas violation de l'unité, pas compromis au détriment de cet idéal de citoyenneté, dans le choix que le juge effectue en faveur du principe qu'il croit le meilleur des deux. Supposons par contre qu'il choisisse le principe qu'il croit le plus mauvais. Il choisit alors un principe dont il croit qu'il est moins bien adapté à une communauté dont les citoyens ont les ambitions que nous supposons maintenant connues. Ce choix serait pervers – même inconcevable – de la part de gens chargés d'établir un ordre de principes entre eux. Il serait en contradiction flagrante avec les ambitions qui donnent sens et forme à l'idée d'unité. Aussi le choix final, par Hercule, de l'interprétation qu'il croit la plus fondée dans l'ensemble – la plus équitable et la plus juste selon le bon équilibre entre les deux principes – découle de cet engagement initial en faveur de l'unité. Il procède à ce choix au moment où l'unité à la fois le permet et l'exige et comme elle le fait, et il est en conséquence

profondément erroné et malhonnête de dire qu'il a abandonné l'idéal précisément à ce moment-là.

VI.3. Hercule est idiot

J'ai dit que nous pourrions comprendre d'une manière très différente l'objection selon laquelle la prétention d'Hercule, pour qui le droit exige une décision en faveur de Mme McLoughlin, est trompeuse, en ayant recours à l'idée courante selon laquelle il n'y a pas de réponse juste à une question controversée de morale politique. « Quand des avocats ou des juges confrontés à deux lectures d'une série de décisions antérieures, ne sont pas d'accord sur laquelle des deux est la plus équitable ou la plus juste, il n'y a pas de lecture « réellement » plus équitable ou plus juste, parce qu'il n'y a pas de moyen objectif de mesurer l'équité et la justice, à la disposition d'un observateur neutre, pour déterminer quel côté a raison. Ainsi le droit comme unité conduit à la conclusion qu'il n'y a, en réalité, pas de droit du tout dans les cas difficiles, comme l'affaire McLoughlin. Hercule nous trompe parce qu'il prétend le contraire. Il prétend que ses propres opinions subjectives sont d'une certaine manière réellement meilleures que celles des autres qui sont en désaccord. Il serait plus honnête qu'il admette que sa décision n'a pas d'autre fondement que ses préférences subjectives ».

J'ai pris la peine, dans les développements précédents de ce chapitre, de décrire le droit comme unité sur ce qu'on pourrait appeler le mode subjectif. J'ai décrit les questions que, d'après cette conception du droit, les juges devraient se poser et auxquelles ils devraient répondre selon leurs propres convictions. La présente objection insiste sur la différence dans les réponses que donneront des juges différents, malgré le fait que chaque juge doit répondre à ces questions pour lui-même, et sur l'impossibilité d'affirmer qu'une seule réponse soit objectivement la bonne. C'est le langage et l'esprit de ce que j'ai appelé au chapitre deux, la critique externe, cette fois appliqués directement à la morale politique plutôt qu'à l'esthétique et à l'interprétation en général. Je ne répéterai pas ce que j'y ai dit, à l'exception de ma conclusion⁹. Le scepticisme externe est une suite d'erreurs philosophiques.

J'ai dit, cependant, que le scepticisme interne oppose un défi beaucoup plus fort à notre projet et je me servirai du critique que j'ai sous la main pour développer cette idée. Nous pouvons lire son objection comme un appel non pas à un scepticisme externe mais plutôt à une forme, locale ou globale, de scepticisme interne. Il y a plusieurs possibilités. Il pourrait, par exemple, concéder que les cinquième et sixième interprétations de notre liste supportent bien les contraintes interprétatives adéquates et peuvent en conséquence être soumises pour les départager au test de la morale politique, mais nier ensuite que l'une soit supérieure à l'autre car elles

9. Cf. Chapitre 2.

seraient toutes les deux pour une raison importante inacceptables du point de vue de la morale. Il n'est pas facile de voir quels arguments il pourrait avancer à l'appui de sa thèse cependant. Peut-être rejetterait-il l'idée même de responsabilité pour négligence, pensant que personne n'agit mal, si ce n'est en le faisant exprès. Ceci ne justifierait pas un scepticisme local sur la cinquième et la sixième interprétation ; la sixième est reconnue comme au moins supérieure à la cinquième, toute douteuse qu'elle soit en elle-même. Il nous faut dès lors imaginer que notre critique a une conception générale du sens et des limites de la morale qui exclut totalement de son champ la question du devoir de réparation du préjudice causé par la négligence, qui en fait une sorte de mauvaise question, c'est-à-dire que ce critique aurait sur ce point une théorie analogue à la position sceptique que nous avons notée au chapitre deux, selon laquelle la morale n'a rien à voir avec le sexe. Même ceci ne justifierait pas le scepticisme au sujet de la décision que doit prendre Hercule, cependant. Si la morale n'a rien à voir avec la négligence, l'État n'est pas habilité à intervenir pour obliger à réparer, et une fois encore ceci joue en faveur de la sixième interprétation, qui apparaît comme au moins préférable à la cinquième, parce que la première montre un peu moins souvent l'État en train d'intervenir là où il n'a rien à faire.

Il est donc peu vraisemblable que notre critique parvienne à nous convaincre d'adopter un scepticisme local au sujet de la décision d'Hercule avec ce genre d'argument. Maintenant une autre possibilité. Supposons que ce critique avance qu'aucune des interprétations de la liste initialement établie par Hercule, de même qu'aucune autre qu'il pourrait y ajouter, ne satisfait aux contraintes distinctement interprétatives de la première dimension. Il considère qu'Hercule est dans la position où nous avons admis que pourrait se trouver le romancier participant à une écriture en chaîne : le matériau antérieur qu'on lui fournit, est trop chaotique et trop divers pour qu'Hercule, en donnant une interprétation quelle qu'elle soit, puisse le discipliner. Même quand il accroît l'étendue des branches du droit qu'il envisage, d'après le critique, il ne peut pas trouver de base solide pour prétendre qu'une ou l'autre décision dans l'affaire McLoughlin serait continuer comme avant. Le critique rejette la prétention d'Hercule selon laquelle une interprétation acceptable pourrait être donnée à partir de la cinquième ou de la sixième interprétation et qu'aucune ne peut être préférée sur la base de la convenance seule. Pour lui, la situation est pire, ni l'une, ni l'autre de ces interprétations, ni aucune autre, ne reste un tant soit peu acceptable.

La chaîne du droit est différente de la chaîne en matière de roman, cependant, d'une manière qui rend la présente affirmation du sceptique interne beaucoup plus difficile à tenir pour le droit. Supposons la pire situation (la meilleure hypothèse pour le point

de vue du critique) d'éparpillement indiscipliné des cas précédents en matière d'accidents. Un large groupe important de décisions peut seulement être justifié, après un examen et une analyse minutieuse, sur la base de l'absence de limite en principe à la responsabilité pour négligence et un autre large groupe important seulement sur la base contraire. Le critique nie qu'en ces circonstances, on puisse dire que les cinquième et sixième interprétations soient acceptables du point de vue de la convenance ; il affirme vigoureusement qu'elles sont toutes les deux irrecevables parce qu'elles laissent trop de choses inexplicées. Mais Hercule, élargissant l'éventail des branches juridiques qu'il étudie, peut bâtir une sorte d'interprétation du champ agrandi, qui minimise l'échec supposé des deux interprétations qu'il avait d'abord envisagées.

Il propose cette présentation plus générale : « Notre droit admet deux principes quant aux pertes encourues du fait d'accidents. Le premier pose que l'État devrait essayer de limiter les pertes subies du fait d'accidents même quand le préjudice, s'il se produit, est imputable à la faute de la victime. Ce principe apparaît le mieux dans les différents types de réglementations sur la sécurité, dans les lois sur l'indemnisation des accidents de travail et dans les systèmes d'assurances subventionnés par l'État pour les risques corporels et matériels qui ne sont pas couverts de manière adéquate par le marché de l'assurance privée. Le second principe pose que la charge du préjudice causé par un accident devrait être supportée par le responsable de l'accident et non par la victime. Ce principe sert d'inspiration de toute évidence dans les affaires de négligence devant les tribunaux et pour les amendements et adjonctions que la loi apporte au droit commun (« Common Law ») en matière de négligence. Ce sont des principes indépendants et il n'y a pas d'incohérence à les reconnaître tous les deux comme principes. Mais il est des cas où ils entrent en conflit et la cohérence exige alors un système non arbitraire qui fixe un ordre de priorité entre les deux qui permette de les peser ou de les combiner. Les accidents, quand celui qui en est l'auteur par négligence serait anéanti, s'il était tenu responsable en droit de tous les dommages qu'il a occasionnés aux autres, sont des exemples d'un tel conflit, parce que le premier principe presse l'État de protéger cet homme contre une perte catastrophique et le second le presse d'indemniser la victime aux dépens de cet auteur. On doit admettre (puisque nous avons choisi de décrire la pire hypothèse) que l'État ne s'est pas prononcé d'une seule voix sur ces affaires. Quelquefois les décisions ont donné au second principe priorité sur le premier et n'ont reconnu aucune possibilité de limiter les réparations en référence au premier. C'est la solution réclamée par la cinquième interprétation, mais d'autres fois un équilibre a été établi entre les deux de la manière recommandée par la sixième interprétation.

En conséquence la situation en matière d'interprétation prend l'allure suivante. Les contraintes de la dimension interprétative m'obligent à trouver une place, dans toute interprétation d'ensemble de notre pratique juridique, pour les deux principes. Toute interprétation générale qui rejetterait l'un ou l'autre serait inacceptable ; l'unité ne serait pas servie en cas de négation complète de l'un d'eux. Mais une interprétation générale doit être aussi cohérente que possible, et elle doit, pour cela, faire un choix net, même si la pratique n'y a pas procédé, quand ils viennent en conflit. L'unité le requiert parce qu'elle exige que je continue l'histoire d'ensemble dans laquelle les deux principes ont une place définie, de la meilleure façon possible tout bien considéré. De mon point de vue, cela est mieux fait en donnant priorité absolue au second principe sur le premier, au moins en matière d'accidents automobiles, quand l'assurance-responsabilité est offerte au particulier dans de bonnes conditions. Il est vrai que cette interprétation globale m'oblige à déclarer qu'un certain nombre de décisions judiciaires antérieures constituent des erreurs et à opérer un revirement par rapport à elles, si mes attributions me le permettent. Mais le nombre de décisions qu'il me faut considérer comme des erreurs n'est pas si élevé, ni d'une importance si fondamentale, vu dans la perspective de la pratique juridique toute entière, pour qu'en les excluant je prive de base solide mon interprétation ou pour que je contredise le principe de priorité locale ».

Le sceptique interne n'a pas besoin d'accepter cet argument mais il doit s'y confronter. Hercule a supposé que les deux principes qu'il a identifiés, pouvaient subsister ensemble confortablement dans la même interprétation générale de notre pratique juridique même si, occasionnellement, ils pouvaient être en conflit. Il a supposé, donc, que ces principes exprimaient des buts de gouvernement compatibles même si, à l'occasion, il n'était pas possible de satisfaire aux deux. Le sceptique pourrait souhaiter contester ceci et dire que ces principes sont beaucoup plus antagonistes qu'Hercule ne se l'imagine, qu'ils sont tirés de deux visions incompatibles de l'action humaine ou de la responsabilité morale, et ne peuvent pas coexister dans un schéma cohérent de gouvernement. De ce point de vue, le conflit entre eux n'est pas un problème pratique qui se pose accidentellement mais le symptôme d'une schizophrénie profonde de la doctrine. Un nouveau mouvement, qui s'est auto-défini et qui regroupe des professeurs de droit aux États-Unis et ailleurs et qui s'appelle le mouvement des « Études Juridiques Critiques », prétend précisément cela, pas seulement à propos du droit des accidents, mais d'une manière générale. Ces critiques pensent qu'Hercule est un optimiste idiot quand il voit une forme dans le droit américain.

Les Études Juridiques Critiques sont un mouvement qui s'est défini jusqu'alors principalement par souscription : ses acolytes se

donnent eux-mêmes l'onction et ensuite s'assemblent en conférences dont l'un des buts est de décider ce qu'est le mouvement. Ils partagent réellement des positions importantes sur l'enseignement du droit ; ils espèrent « démystifier » le droit pour les étudiants en leur rappelant ce que la doctrine américaine a souligné plus tranquillement depuis des décennies, à savoir que les convictions politiques jouent un rôle important dans la décision judiciaire et que l'état du droit, à tout moment, reflète l'idéologie et le pouvoir en même temps que ce qui est appelé à tort « la raison » et « la logique ». Ils veulent rendre les étudiants en droit plus sensibles à d'autres disciplines, en particulier la linguistique française et la théorie sociale hégélienne. Leurs attitudes politiques les placent, en tant que groupe, à gauche du spectre politique américain, et nombre de leurs écrits s'opposent à ce qu'ils considèrent comme l'expression de tendances conservatrices dans la théorie juridique. En particulier ils s'opposent à l'autre courant universitaire principal dans l'enseignement juridique américain, un courant quelquefois appelé l'approche économique du droit, qui sera étudié au chapitre huit.

Dans tout cela, mise à part l'option gauchiste avouée, le courant des Études Juridiques Critiques ressemble au mouvement ancien du réalisme juridique. Beaucoup de son discours est emprunté au scepticisme externe : ses membres raffolent de dénonciations courtes de l'« objectivité », de la « métaphysique du droit naturel », ou de l'idée de valeurs « transcendantes ». Mais le contenu de la littérature des Études Juridiques Critiques est en général meilleur que ce que suggère ce langage stupide. A ses meilleurs moments il plaide en faveur du scepticisme interne, sous sa forme globale, menaçante, que je viens de mettre dans la bouche du dernier critique d'Hercule. Il dit que notre culture juridique, loin de se présenter comme susceptible d'être ramenée à une justification par des principes, uniforme et cohérente, ne peut être saisie qu'avec le moyen stérile de la contradiction, même à son niveau le plus profond. Il rejetterait, comme j'ai dit qu'un sceptique interne peut le faire, la présentation par Hercule de principes indépendants, bien que quelquefois en conflit, à propos des pertes individuelles en matière d'accidents. Il raconterait une histoire différente, l'histoire de deux idéologies profondément antagonistes qui s'affrontent à l'intérieur du droit, l'une tirée, peut-être, de pulsions communautaires qui pousseraient à l'altruisme, à l'identification mutuelle et au souci des autres et l'autre, de l'idée contraire d'égoïsme et de suffisance individuelle.

Cette histoire pouvait être défendue de deux manières différentes et elle l'a été. La première est principalement historique. Des critiques ont décrit le droit génétiquement en rattachant différents éléments de la doctrine juridique, à des intérêts et des idéologies qui les auraient placés chacun dans le droit, qui les y auraient mo-

delés ou retenus. Dans cette perspective historique, le droit est inévitablement chaotique et l'histoire est utile à Hercule parce qu'elle lui rappelle que rien dans la façon dont son droit a été produit, ne lui garantit le succès dans sa tentative d'en trouver une interprétation cohérente. Mais elle ne garantit pas non plus son échec, car ses ambitions sont situées dans le temps, interprétatives au sens normatif que nous avons élaboré, et non pas directement historiques. Hercule essaie d'imposer un ordre dans la doctrine et non d'y découvrir, de quelque manière différente, un ordre. Il lutte pour doter la thèse de l'unité d'un ensemble de principes, d'un schéma qui transformerait les maillons variés de la chaîne du droit en une vision de gouvernement, parlant maintenant avec une seule voix, même si celle-ci est très différente de celle des leaders du passé. Il peut échouer – et nous avons dressé la carte de ses possibles échecs – mais rien dans ce que l'histoire enseigne n'assure de son échec.

La seconde méthode des Études Juridiques Critiques entre davantage dans le vif du sujet ; parce qu'elle est plus directement interprétative. Elle vise à montrer non pas seulement que des idéologies différentes ont produit différentes parties du droit, mais que toute justification contemporaine adéquate de ces différentes parties donnerait nécessairement le spectacle de profondes contradictions de principes, qu'Hercule ne peut qu'échouer dans sa tentative d'imposer une structure cohérente à l'empire du droit dans son ensemble. Cette affirmation interprétative sceptique est forte et bien ajustée, mais à condition, cependant, qu'elle commence là où Hercule a commencé : elle doit pouvoir prétendre qu'elle s'est mise en quête d'une interprétation plus positive et qu'elle n'en a pas rencontrée. Elle n'apporte rien à la théorie juridique, si elle ne fait que démontrer qu'une présentation qui révélerait des défauts et des contradictions pourrait convenir aussi bien qu'une présentation plus harmonieuse et plus attrayante. Il lui faudrait montrer que la présentation qui met en évidence défauts et contradictions est la seule possible.

Y a-t-il moyen de prouver rapidement cette prétention négative ? Pour les Études Juridiques Critiques, les fautes philosophiques du libéralisme offrent un raccourci praticable. Les caractéristiques structurelles, principales de notre division constitutionnelle du pouvoir politique, la place dans cette structure des juges dont la tâche est d'appliquer les principes et non d'en déployer de nouveaux selon leur choix, les grandes lignes du droit privé des contrats, la responsabilité délictuelle et du droit des biens, tout cela, disent-ils, ne peut-être justifié que comme l'expression d'une conception fondamentalement libérale de la personne et de la communauté. Mais, aux yeux de ce courant, le libéralisme, comme système philosophique combinant des idées métaphysiques et des

idées éthiques, est profondément contradictoire et les contradictions du libéralisme assurent en conséquence le chaos et la contradiction dans le droit, la faillite du projet d'Hercule. L'argument est impressionnant et la première étape en impose. La seconde, cependant, est ruinée par une foule d'erreurs. Elle est fondée sur une théorie stupide et même ridicule à propos de ce qu'est le libéralisme, une théorie que n'effleure pas la moindre connaissance de la pensée des philosophes qu'elle compte comme libéraux¹⁰.

Ces erreurs à propos du libéralisme ne condamnent pas les Études Juridiques Critiques. Mais à condition que les membres de ce courant étudient la doctrine juridique de plus près et plus en détail qu'ils ne l'ont fait jusque-là. Il n'est pas évident qu'ils resteraient alors des sceptiques internes, globaux ; rien dans leurs intuitions politiques les plus séduisantes ou dans leurs programmes positifs pour l'enrichissement de l'enseignement du droit n'exige une telle attitude. L'effort le plus complet qui ait été entrepris pour montrer comment un juriste, converti aux Études Critiques résoudre les cas difficiles, décrit un style de décision remarquablement identique à celui d'Hercule, en dépit du fait que celui-ci soit dénoncé, bien que sans être nommé, ailleurs dans le même article¹¹. En tout cas, le courant des Études Juridiques Critiques, même s'il conserve ses ambitions sceptiques, n'est pas en opposition avec le schéma général du droit comme unité. Au contraire, il embrasse cette conception du droit en suivant l'un des itinéraires que le droit comme unité ouvre à la philosophie du droit, l'itinéraire du scepticisme interne qui s'appuie sur les standards et les stratégies d'interprétation pour élaborer et défendre des conclusions profondément critiques.

10. J'ai choisi, comme un exemple hautement représentatif parmi d'autres de cette description du libéralisme, celle qui me mentionne et me permet ainsi de parler pour moi-même : Cf. TUSHNET.

11. Cf. UNGER.