

« La théorie du droit comme interprétation »*

Ronald Dworkin

Résumé

Les juristes énoncent des propositions de droit. Quel en est le sens et quelles en sont les conditions de vérité ? Après avoir critiqué les réponses positivistes à ces questions, R.D. soutient que les propositions de droit sont des interprétations, dont l'objet est de justifier une pratique juridique existante. Elles sont vraies si elles présentent une bonne justification.

Summary

Lawyers are typically concerned with propositions of law. How are we to understand their meaning and how is this related to their truth conditions ? After criticising the answers offered by positivism to these questions, Dworkin argues that propositions of law must be grasped as interpretations, the object of which is to justify the settled law. They are true to the extent to which they provide an adequate justification of that body of law.

I. Deux problèmes

Juristes et simples citoyens acceptent et affirment (ou mettent en doute et refusent) des propositions sur ce que « dit le droit » de leur nation ou de leur État. Ces propositions sont parfois très générales (« le droit interdit aux États de dénier à quiconque l'égalité de protection des lois aux termes du Quatorzième Amendement »), quelquefois beaucoup moins générales (« le droit ne permet pas aux assassins d'hériter de leurs victimes ») et quelquefois très concrètes (« le droit impose à Mr O'Brien de dédommager Mme McLoughlin pour le préjudice moral dont elle a été victime le 19 octobre 1973 »).

* Traduit de l'anglais par Françoise Michaut, CNRS.

L'affirmation et la négation de telles propositions sont des traits constitutifs de la pratique juridique, et elles fournissent à la philosophie du droit ses deux problèmes centraux. Le problème du sens demande ce que les propositions juridiques doivent être censées signifier, et le problème des conditions de vérité demande dans quelles circonstances elles doivent être considérées comme vraies, fausses, ou ni l'un, ni l'autre (ou, si vous préférez ne pas parler de « vérité » et de « fausseté » à propos des propositions de droit, quand peut-on et quand ne peut-on pas les affirmer ?). Ce sont nécessairement des problèmes pour la philosophie du droit. Dès lors que l'utilisation des propositions de droit et le débat sur leur vérité ou leur bien-fondé sont des traits dominants de la pratique juridique, il est impossible de rendre compte convenablement de cette pratique en négligeant la question de ce que veulent exprimer ces propositions. Il est aussi difficile de saisir ce qu'est la pratique juridique sans une certaine connaissance du sens des propositions de droit que de comprendre l'institution des mathématiques sans saisir le sens des propositions mathématiques. Aussi les borines théories du droit auront-elles toujours ou impliqueront-elles toujours ce qui pourrait sembler un aspect ou composant « simplement » linguistique.

Ces questions « linguistiques » sont quelquefois considérées comme stériles. La philosophie du droit, dit-on, devrait avoir pour but, non pas de développer des théories sur ce que signifie le mot « droit », mais plutôt de dévoiler les traits distinctifs, caractéristiques du droit comme phénomène social. Mais cette proposition est elle-même un contresens. L'aspect le plus spécifique du droit comme « phénomène social » est le fait qui vient d'être souligné : à savoir que les participants aux institutions juridiques avancent et débattent des propositions de droit, et pensent que l'acceptation ou le rejet de celles-ci ont de l'importance et même généralement ont une importance décisive. Prendre ce fait au sérieux, telle est l'essence de ce que Hart a appelé le point de vue interne de la philosophie du droit et nous ne comprendrons pas le droit comme phénomène social à moins de saisir convenablement cet aspect de ce que les gens font avec le droit. Les philosophes du droit doivent étudier les problèmes du sens et des conditions de vérité, non pas comme une méthode utile en vue d'exposer d'autres traits de la structure sociale, mais comme une part essentielle de ce qu'ils doivent expliquer.

On pourrait dire cependant, que ces problèmes du sens et de la valeur de vérité ne sont pas les seuls sujets dont puisse traiter la théorie du droit. Je suis d'accord, mais je voudrais ajouter que, lorsque la philosophie du droit étudie des questions plus typiquement « sociologiques » à propos de la pratique juridique, son travail, plutôt que d'être indépendant du problème du sens, cherche à en faire abstraction. Par exemple même pour attaquer les questions

soulevées par la théorie juridique marxiste sur le lien entre le droit d'une communauté et les méthodes qu'elle utilise pour organiser et distribuer la production économique, il nous faut faire certaines hypothèses sur ce que sont les propositions de droit et sur les circonstances dans lesquelles elles sont acceptées ou rejetées dans une communauté particulière. Mais ces hypothèses peuvent être imprécises : il peut suffire, pour une étude complète de la question marxiste, d'avoir à l'esprit simplement les circonstances dans lesquelles les gens s'accordent pour reconnaître quelles sont les propositions juridiques vraies, en négligeant les cas de désaccord. Il peut suffire, donc, de faire abstraction de la question de ce qui fait précisément l'objet du désaccord, et de se concentrer uniquement sur la relation entre le droit non controversé et la structure économique. Mais nous ne pouvons pas espérer parvenir à une compréhension générale du fonctionnement du droit dans les sociétés complexes si nous ignorons totalement la question du désaccord parce que certains des aspects les plus révélateurs du rôle social du droit émergent seulement alors. C'est pourquoi les théories sociales du droit qui dédaignent les problèmes conceptuels sont toujours aussi creuses, pour ne pas dire sans intérêt.

II. La théorie orthodoxe

Les théories orthodoxes du droit (j'en donnerai quelques exemples dans un moment) contiennent toutes une théorie générale sur la signification des propositions de droit et sur leurs conditions de vérité, bien que cela doive quelquefois être tiré de l'implicite. Elles partagent un présupposé commun, d'après lequel les juristes utilisent tous à peu près les mêmes critères de fait pour décider de la vérité ou de la fausseté de ces propositions et d'après lequel l'affirmation correcte du critère qu'ils utilisent constitue une affirmation du sens de ces propositions. Ainsi un philosophe résout en même temps le problème du sens et des conditions de vérité, en rendant compte exactement de ces critères partagés, ce compte rendu doit être neutre, descriptif, absolument indépendant de toute conviction morale ou politique que le philosophe pourrait avoir.

Ceci suppose que les juristes respectent des règles communes - je parlerai de règles « sémantiques » - qui stipulent les conditions de fait nécessaires et suffisantes pour qu'une quelconque proposition de droit soit vraie. Il ne s'ensuit pas que les juristes sachent ce que sont ces règles, au sens où ils seraient capables d'en donner une formulation nette et complète. C'est que, dans l'utilisation de notre langage, nous suivons tous des règles dont nous ne sommes pas totalement conscients. Il revient à la philosophie du droit, sur ce point, d'explicitier les règles conceptuelles que les juristes sui-

vent inconsciemment. Cela peut ne pas être simple et les philosophes du droit peuvent très bien être en désaccord.

Le positivisme juridique, comme école de théorie du droit, soutient que les règles que les juristes suivent inconsciemment, stipulent exclusivement des fondements historiques pour le droit, stipulent, donc, des critères qui font dépendre la vérité des propositions de droit de l'occurrence effective de certains faits sociaux et psychologiques. Les positivistes diffèrent sur la caractérisation exacte de ces critères historiques. John Austin, par exemple, dit qu'une proposition de droit est vraie, dans une société politique particulière, si elle décrit correctement le commandement passé d'une personne ou d'un groupe occupant la position de souverain dans cette société, et il définit un souverain comme quelqu'un dont les commandements sont habituellement obéis et qui n'a pas lui-même l'habitude d'obéir à quelqu'un d'autre.

H.L.A. Hart rejette la description austinienne de l'autorité juridique comme le fait brut qu'il existe une habitude de commandement et d'obéissance aux commandements. Il dit que les fondements véritables du droit résident dans l'acceptation par la communauté dans son ensemble, d'une règle fondamentale (qu'il appelle « règle de reconnaissance ») qui assigne à des personnes ou à des groupes donnés le pouvoir de créer du droit. Ainsi, quand des propositions de droit sont vraies, ce n'est pas seulement en vertu des commandements de gens, qui se trouvent jouir habituellement de l'obéissance, mais plus fondamentalement en vertu de conventions sociales qui représentent l'acceptation par la communauté d'un ensemble de règles investissant ces gens ou ces groupes du pouvoir de créer, par leurs décisions le cas échéant, du droit valide.

Toutes les formes de positivisme juridique sont soumises à un formidable défi, qui peut être très rapidement décrit en distinguant deux types de désaccords possibles entre juristes au sujet de n'importe quelle proposition de droit particulière. Ils pourraient tomber d'accord sur ce que j'appelle les fondements du droit – au sujet des faits non juridiques qui peuvent faire qu'une proposition de droit soit vraie ou fausse – mais ne pas être d'accord sur l'existence en fait de ces fondements dans un cas particulier. Ils pourraient s'accorder, par exemple, pour reconnaître que la vitesse est limitée à 55 à l'heure, si le Congrès a adopté une loi en ce sens mais être en désaccord sur l'adoption effective de la loi parce qu'ils n'auraient pas encore consulté les registres officiels. Appelez cela un désaccord « empirique ». Ou ils pourraient être en désaccord sur ce que sont réellement les fondements du droit, sur les faits non juridiques qui pourraient faire qu'une proposition de droit soit vraie ou fausse. Appelez cela un désaccord « théorique » au sujet du droit. Si la solution générale du positivisme aux problèmes du sens et de la valeur de vérité était bonne, le désaccord théorique serait impossible ou pour le moins très rare. Comment les juristes

et les juges pourraient-ils être en désaccord sur ce qui fait le droit, s'ils suivaient tous les mêmes règles (qu'ils soient ou non capables de formuler ces règles) pour dire ce qui fait qu'une proposition de droit est vraie ? La réponse positiviste, telle qu'elle apparaît dans les écrits des auteurs est une prétention audacieuse : le désaccord théorique serait, d'une manière ou d'une autre, une illusion. Il existe deux versions de cette prétention audacieuse. La première est la plus brutale : elle assure que lorsque les juristes et les juges semblent être en désaccord sur la vérité d'une proposition de droit, ils sont en fait d'accord pour estimer que ce n'est pas parce que, dans les faits, il n'y a pas de droit du tout sur la question à laquelle la proposition est censée répondre. Ils débattent en fait de la question de savoir si la proposition *devrait* être vraie, si les juges devraient utiliser leur pouvoir pour combler les lacunes du droit de sorte que la proposition soit vraie après leur action. Pourquoi alors prétendent-ils tous qu'il y a du droit et qu'ils sont en désaccord sur ce qu'est le droit ? Parce que le public croit qu'il y a toujours du droit et que les juges devraient toujours l'appliquer. Sur ce point juristes et juges sont d'accord pour cacher la vérité au public, pour ne pas lui faire perdre une illusion ou éveiller en lui une colère d'ignorant.

Cette réponse brutale n'est pas convaincante parce qu'il n'apparaît pas clairement pourquoi la prétention serait nécessaire et comment elle pourrait réussir. Si les juristes sont tous d'accord pour dire qu'il n'y a pas de droit établi dans les cas « difficiles », pourquoi ce point de vue ne s'est-il pas inscrit depuis longtemps dans la culture politique populaire ? Pourquoi les avocats qui perdent, aussi bien que ceux qui gagnent, apportent-ils leur concours à la supercherie ? En tous cas, rien ne prouve, dans les motifs des décisions judiciaires actuelles, que lorsque les juristes et les juges semblent en désaccord sur le droit, ils croisent les doigts pour s'exonérer du mensonge. La plupart de leurs arguments seraient totalement inappropriés s'il s'agissait de corriger ou d'améliorer le droit ; ils n'ont de sens que comme arguments, sur ce que les juges doivent faire en tant qu'il leur incombe d'appliquer le droit tel qu'il est.

La seconde version de la prétention selon laquelle le désaccord serait une sorte d'illusion est plus sophistiquée. Elle met l'accent sur l'importance de la distinction entre les usages « normaux » et « essentiels » du mot « droit » d'un côté, et les usages « à la limite » ou « pénombrés » du mot, de l'autre côté. Les règles d'utilisation des mots, souligne-t-elle, ne sont pas précises et exactes, elles créent des cas limites ou pénombrés dans lesquels les gens parlent quelque peu différemment les uns des autres. Ainsi les juristes peuvent-ils utiliser le mot « droit » différemment dans des cas marginaux, quand certaines des conditions spécifiées dans la règle principale, mais pas toutes, sont satisfaites. Ceci explique, pour

cette thèse, le désaccord dans les cas difficiles. Chacun utilise une version légèrement différente de la règle principale, et les différences deviennent manifestes dans ces cas spéciaux. À cet égard, poursuit cette thèse, notre usage de « droit » n'est pas différent de celui de nombreux autres mots dont nous jugeons qu'ils ne nous posent pas de problème. Nous tombons tous d'accord, par exemple, sur l'usage courant de « maison ». Si quelqu'un niait que les résidences individuelles, qui bordent les rues de banlieue ordinaires, sont des maisons, ce serait tout simplement qu'il ne comprendrait pas la langue anglaise. Néanmoins il y a des cas limites. Les gens ne suivent pas tous exactement la même règle pour décider ce qu'est une maison, et ceci explique pourquoi certaines personnes diraient que le Palais de Buckingham est une maison et d'autres non.

Selon cette défense plus sophistiquée du positivisme, les juristes ne prétendent nullement tromper le public, ni ne cherchent à le faire. Ils croient vraiment être en désaccord sur l'état du droit mais c'est un faux désaccord, comme dans la discussion sur le Palais de Buckingham. De notre point de vue, en tant que critiques, il est préférable de penser que leur discussion porte sur la correction, sur ce que le droit devrait être, parce que nous comprendrons mieux le processus juridique si nous utilisons « droit » seulement pour décrire ce qui se situe au cœur de ce concept, c'est-à-dire si nous l'utilisons pour couvrir seulement les propositions de droit vraies d'après la règle centrale ou principale que chacun accepte pour l'usage du mot « droit » comme, par exemple, les propositions du code de la route. Il serait préférable que les juristes et les juges utilisent eux-mêmes « droit » de cette manière, tout comme il serait préférable que personne ne conteste la classification correcte du Palais de Buckingham mais au contraire que chacun soit d'accord pour utiliser « maison » dans le même sens dans tous les cas possibles. Ainsi le positivisme juridique, défendu de cette manière, a-t-il un caractère réformateur tout autant que descriptif, mais la réforme n'a que la clarté pour but et ne cherche pas à faire prévaloir une conception particulière de morale politique.

Cette nouvelle histoire ressemble d'une certaine manière à celle des doigts croisés. Cependant elle ne donne pas la moindre explication sur la raison pour laquelle la profession juridique aurait dû agir pendant si longtemps comme on le prétend. Car les gens sensés ne se querellent pas sur le point de savoir si le Palais de Buckingham est vraiment une maison ; ils comprennent immédiatement que ce n'est pas un vrai problème mais qu'il s'agit seulement de choisir la manière d'utiliser un mot dont la signification n'est pas précisément circonscrite. Si « droit » est réellement comme « maison », pourquoi les juristes devraient-ils discuter si longuement du point de savoir si le droit interdit réellement la ségrégation raciale à l'école ? Comment pourraient-ils penser avoir

des arguments puissants en faveur de la décision, essentiellement arbitraire d'utiliser le mot d'une manière plutôt que de l'autre ? Comment pourraient-ils penser que des décisions importantes sur l'intervention de l'autorité publique devraient dépendre d'arguties ? La thèse des doigts croisés montre les juges comme des menteurs bien intentionnés, la thèse des cas-limites en fait des niais.

En outre, la thèse des cas-limites est pire qu'injurieuse parce que son diagnostic ignore une distinction importante entre deux types de désaccords. Je veux parler de la distinction entre les cas-limites et les cas-tests ou cas-pivots. Les gens entretiennent en effet quelquefois des malentendus comme ceux que décrivent les partisans de la thèse des cas-limites. Ils sont d'accord sur les tests corrects pour l'emploi d'un mot dans ce qu'ils considèrent comme des cas normaux : ils sont tous d'accord sur ce qui fait d'une maison une maison – mais ils utilisent le mot quelque peu différemment dans ce qu'ils estiment tous être des cas marginaux tel celui d'un palais. Quelquefois, cependant, ce n'est pas pour cette raison qu'ils discutent du point de savoir si un mot ou une description convient mais parce qu'ils sont en désaccord sur les tests corrects pour l'utilisation du mot ou de l'expression dans *tous* les cas.

Imaginons, pour voir la différence, deux discussions que des critiques ou des historiens d'art pourraient avoir sur le point de savoir si la photographie doit être considérée comme une forme d'art ou la branche d'un art. (a) Il pourrait se faire qu'ils soient en accord sur la mesure dans laquelle la photographie est semblable aux activités qu'ils reconnaissent tous comme des exemples-types d'art, non controversés : la peinture et la sculpture, par exemple, et sur la mesure dans laquelle elle en diffère. Ils pourraient être d'accord, donc, pour considérer que la photographie est au plus un cas-limite d'art. Puis ils pourraient probablement aussi tomber d'accord pour juger que la décision de la placer ou non dans la catégorie « art » est essentiellement arbitraire, que c'est une question de convenance ou de facilité d'exposition, mais qu'il n'y a pas, sinon, de raison véritable de discuter du point de savoir si la photographie est « réellement » un art. (b) Il pourrait se faire qu'ils aient une discussion d'un type totalement différent. Un groupe soutiendrait que (quoi qu'en pensent les autres) la photographie est un exemple central d'art, peut-être l'archétype de l'activité artistique, que toute autre conclusion serait la preuve d'une incompréhension profonde de l'essence de l'art. Leurs adversaires défendraient le point de vue contraire d'après lequel toute compréhension solide du caractère essentiel de l'art montre que la photographie est totalement en dehors, d'après lequel les techniques photographiques sont profondément étrangères aux ambitions artistiques. Ce second type de discussion porte sur ce que l'art, correctement compris, est réellement ; les gens qui sont en désaccord de cette manière, ont des idées très différentes sur ce qui permet même aux

formes d'art qu'ils reconnaissent les uns et les autres – la peinture et la sculpture – de revendiquer ce titre. Les discussions qu'ont les juges et les juristes au sujet des propositions de droit dans les cas difficiles sont des discussions de cette seconde catégorie, des discussions-pivots, tests de principes fondamentaux, non pas des discussions-limites sur l'endroit où tracer une ligne reconnue comme arbitraire. Les discussions sur la bonne manière de lire une loi, par exemple, sont des discussions profondes qui reflètent les différents ensembles de présupposés sur ce qui rate qu'une proposition de droit tirée d'une loi est vraie, et pas seulement à la limite quand il n'est pas évident que la proposition soit vraie du tout, mais au « cœur » aussi, quand tout le monde est d'accord pour dire qu'elle est vraie mais en désaccord sur le pourquoi.

III. Les concepts interprétatifs

Ainsi le projet des théories sémantiques, le projet d'extraire des règles communément admises d'une étude minutieuse de ce que disent et font les juristes semble voué à l'échec, parce que l'existence indéniable d'un désaccord théorique montre qu'il n'y a pas de telles règles communément admises. Mais cela suggère une autre question. Pourquoi les positivistes ne voient-ils pas ce défaut sérieux de leurs présupposés ? Les symptômes sont classiques et mon diagnostic ordinaire. Ils souffrent d'un blocage. Alors quel est ce blocage ?

Envisagez l'argument suivant : si deux juristes emploient effectivement des critères différents lorsqu'ils utilisent le mot « droit » et qu'ils décident de la vérité ou de la fausseté d'une proposition de droit, c'est qu'ils doivent vouloir dire chacun quelque chose de différent quand ils disent ce qu'est le droit. Mais alors ils ne parlent pas vraiment de la même chose, leurs discours ne se rencontrent pas. L'idée de droit disparaît dans ce babillage. Elle ne signifie rien du tout. Il faut résister à cette conclusion bizarre ; elle a de l'allure ; mais elle est mauvaise. Le droit a un sens. Ainsi nos philosophes du droit essaient de sauver ce qu'ils peuvent d'une idée importante. Ils s'accrochent à n'importe quoi : ils disent que les juges dans les cas difficiles ne font que prétendre être en désaccord sur ce qu'est le droit, ou que les cas difficiles ne sont que des discussions-limites à la frontière de ce qui est clair et commun.

J'appellerai cet argument qui a fait un tel ravage dans la philosophie du droit, la piqûre du dard sémantique. Les gens en sont victimes quand ils ont une certaine représentation du fonctionnement du langage. Ils pensent que nous pouvons parler intelligemment entre nous si-et seulement si-nous acceptons tous de suivre les mêmes règles quand nous décidons de l'usage de chaque mot, même si nous ne pouvons pas dire exactement, comme un philosophe pourrait espérer le faire, quelles sont ces règles. Vous et moi

pouvons discuter intelligemment du nombre de livres que j'ai sur mon étagère par exemple, seulement si nous sommes d'accord, au moins approximativement, sur ce qu'est un livre. Si vous ne comptez pas mon exemplaire de *Moby Dick* comme un livre, notre discussion ne peut qu'être dépourvue de sens. Tous nos mots ne fonctionnent pas de la même manière cependant. Nous utilisons certains mots, par exemple, pour donner des interprétations, souvent controversées, d'une pratique sociale à laquelle nous participons, et alors nos accords et désaccords ont un sens non pas parce que nous obéissons à des règles communes mais parce que nos interprétations concurrentes s'exercent sur le même matériau. « Droit » est un mot de ce genre ; ou plutôt il l'est normalement quand il figure dans des propositions de droit.

J'ai essayé d'illustrer les concepts « interprétatifs » en décrivant l'histoire d'une communauté inventée. Ses membres suivent un ensemble de règles, qu'ils appellent « règles de courtoisie », dans un certain type ou dans une certaine variété d'occasions sociales. Ils disent, « la courtoisie exige que les paysans ôtent leur chapeau devant les nobles », par exemple, et soutiennent et acceptent d'autres propositions de cette sorte. Pendant un temps, cette pratique a un caractère de tabou : les règles sont simplement là et ne sont ni mises en question, ni modifiées. Mais ensuite – peut-être lentement – tout cela change. Chacun adopte une attitude (interprétative « complexe à l'égard des règles de courtoisie, attitude qui a deux composantes. La première est l'hypothèse que la pratique de la courtoisie doit avoir un sens si on doit continuer à l'observer, c'est-à-dire qu'elle doit correspondre à un certain intérêt ou à un certain but ou à une certaine valeur ou à un certain principe qui peut être établi indépendamment de la simple description des règles qui la constitue. La seconde est que ce qu'exige cette pratique, la conduite qu'elle appelle, n'est pas nécessairement ou exclusivement de continuer ce qu'on a toujours fait, dans tous les détails, mais est au contraire d'en examiner le sens, de sorte que les règles doivent être comprises ou appliquées ou étendues ou modifiées ou précisées ou limitées en fonction de ce sens.

Une fois que cette attitude interprétative s'est instaurée, l'institution de la courtoisie cesse d'être mécanique, ce n'est plus une déférence irréfléchie envers un ordre. Les gens essaient maintenant d'imposer un sens à l'institution – de la voir sous le meilleur jour sous lequel ils croient qu'elle puisse être vue – puis de la restructurer à la lumière de ce sens.

Ma description a supposé une considération particulière de ce que l'interprétation, décrite de manière très abstraite, est réellement. Dans le contexte que j'ai à l'esprit, c'est une activité qui consiste à essayer d'imposer une cohérence à la conduite qui constitue une pratique sociale, et imposer une cohérence signifie proposer une explication ou un sens cohérents dont cette conduite

puisse être considérée comme une expression ou un exemple. Très souvent – voire de manière générale – les faits ne détermineront qu'en partie l'explication. Aussi un interprète a-t-il besoin de critères pour choisir entre les différentes interprétations que permettent les données brutes de la conduite, même s'il n'a pas conscience qu'il a de tels critères. Il doit être guidé par quelque idée de l'avantage qu'il y aurait à imposer un certain sens aux faits en question. Je suggère que, dans les cas normaux, les interprètes supposent, dans les thèses particulières qu'ils soutiennent, que l'objet premier de l'interprétation est de lire le matériau interprété comme s'il était le mieux adapté possible à l'entreprise à laquelle il est censé se rattacher. Ainsi une interprétation d'une chose supposée être une œuvre d'art s'efforce de la voir le plus possible comme une œuvre d'art, etc.

Dans ma communauté imaginaire, donc, les discussions sur le point de savoir si la courtoisie exige ou non une conduite particulière – qu'un homme cède sa place dans un autobus à une femme, par exemple – seraient des discussions sur l'interprétation. Chaque partie proposerait un sens qui pourrait être tenu pour rendant compte de la pratique historique. Selon l'un de ces sens, l'institution, rendue plus cohérente, demanderait quelque chose que d'après l'autre elle rejetterait. La discussion porterait ensuite sur quel est le sens qui concorde le mieux avec la pratique, en général, ou bien qui la montre sous un meilleur jour. Seraient engagées dans le débat aussi bien les convictions morales et sociales des antagonistes que les conduites qu'ils observent.

S'il y avait des philosophes de la courtoisie dans cette communauté, on pourrait leur demander d'expliquer les circonstances dans lesquelles des propositions de courtoisie sont vraies (ou peuvent être affirmées) mais il ne pourrait pas s'agir simplement d'extraire les règles sémantiques que tout un chacun suivrait en faisant ou en affirmant des propositions de courtoisie. Le philosophe ne pourrait répondre qu'en proposant sa propre interprétation de la pratique, et dès lors que celle-ci puiserait dans les convictions morales et politiques du philosophe, qui pourraient ne pas faire l'unanimité, elle ne pourrait pas être neutre dans les discussions sur ce que la courtoisie exige dans des cas concrets. Si on lui disait que son travail doit être neutre, il serait comme un homme au Pôle Nord auquel on ordonnerait d'aller dans n'importe quelle direction, sauf vers le Sud.

IV. Nouvelle visite à la philosophie du droit

Ce que je prétends, c'est que le droit, en tant que cette idée figure dans les propositions de droit, est un concept interprétatif, comme la courtoisie dans l'exemple que j'ai imaginé. Si j'ai raison, la description suivante de la décision judiciaire pourrait nous

convenir. Les juges forgent, au cours de leur carrière et conformément à leurs propres convictions et à leur caractère, des théories opératoires sur la meilleure interprétation des différents niveaux et de différentes parties des pratiques juridiques de leur ressort. Ils élargissent ces théories et s'appuient sur elles quand ils sont confrontés à des problèmes nouveaux et difficiles, ils s'efforcent de résoudre les cas difficiles de manière cohérente, dans toute la mesure du possible, avec ce qu'ils considèrent comme la meilleure interprétation des décisions que prennent ou qu'ont prises d'autres juges dans de tels cas. Quand ils ne sont pas d'accord sur le droit, leurs désaccords sont interprétatifs. Si deux juges sont en désaccord sur la manière dont les lois devraient être interprétées ou sur le poids qui devrait être donné à des précédents non applicables directement, cela reflète d'ordinaire un désaccord plus profond sur la meilleure interprétation générale des pratiques judiciaires de leur communauté, donc, un désaccord sur la manière de rendre compte de cette pratique qui la montre sous son meilleur jour, du point de vue de la morale politique. Les interprétations combattent aux côtés des parties à la barre.

Les philosophes du droit sont dans le même cas que le philosophe de la courtoisie que nous avons imaginé. Ils ne peuvent pas produire des théories sémantiques du droit qui soient utiles. Ils ne peuvent pas exposer les règles fondamentales communes que les juristes suivent quand ils collent des étiquettes juridiques sur des faits, parce que de telles règles n'existent pas. Les théories générales sur les circonstances dans lesquelles les propositions de droit sont vraies, sont des interprétations abstraites. Elles sont abstraites parce qu'elles ont pour but d'interpréter le sens principal et la structure générale de la pratique juridique et non l'une de ses composantes. Mais en dépit de leur abstraction, elles demeurent des interprétations : elles essaient de montrer une pratique juridique en son entier sous son meilleur jour. Aussi, aucune frontière bien définie ne sépare la philosophie du droit du jugement judiciaire ou de tout autre aspect de la pratique juridique. Les philosophes du droit discutent de la partie générale, du fondement interprétatif que doit avoir tout argument juridique. Il est possible de renverser la proposition. Tout argument juridique pratique, aussi détaillé et limité soit-il, suppose un fondement général exactement du même genre que celui présenté par la philosophie du droit, et quand des fondements rivaux s'opposent, il en suppose un et rejette les autres. Aussi, toute motivation judiciaire est elle-même un morceau de philosophie du droit, même quand la philosophie se cache dans le silence d'un prologue, et que l'argument visible est dominé par la citation et la description des faits. La philosophie du droit est la partie générale du jugement judiciaire.

Toute interprétation abstraite de la pratique juridique – toute « conception » du droit – déploiera, comme idée de base, un exposé

de la manière dont les pratiques et les procédures habituelles des systèmes de droit modernes contribuent à la justification de la contrainte collective. La législation–la pratique qui consiste à reconnaître comme droit les décisions explicites d'autorités spéciales généralement considérées comme ayant ce pouvoir–est une partie saillante de notre paysage juridique où le précédent occupe, lui aussi, une place importante. Aussi toute conception adéquate doit elle fournir une réponse à la question de savoir pourquoi des lois adoptées selon des procédures particulières et les décisions judiciaires anciennes devraient en elles-mêmes fournir une justification à l'intervention ultérieure de l'autorité publique. Aucune conception ne doit justifier tous les traits de la pratique qu'elle prétend interpréter : comme toute interprétation, elle peut condamner certaines de ses données en affirmant qu'il s'agit d'une erreur, inconsistante avec la justification qu'elle propose pour le reste, et elle peut peut-être suggérer que cette erreur soit abandonnée. Une conception du droit pourrait essayer de montrer, par exemple, que l'explication générale de la législation qui fournit globalement la meilleure justification de cette institution exige, contrairement à la pratique qui prévaut actuellement, que les lois anciennes et démodées soient traitées comme n'étant plus du droit. Diverses conceptions du droit s'opposeront, simplement parce qu'elles différeront ainsi dans leurs exposés post-interprétatifs de la pratique juridique, dans leurs opinions sur la bonne manière d'étendre la pratique à des domaines, des sujets ou des procédures qui font actuellement l'objet d'une controverse. Ces opinions controversées sont le tranchant d'une conception du droit, et c'est pourquoi les cas difficiles constituent le meilleur théâtre pour évaluer leur force.

V. Les théories sceptiques et le droit inique

Il est clair qu'il y a, dans ce tableau de ce que devrait être la théorie du droit, une place pour les conceptions du droit sceptiques ou nihilistes. Un philosophe du droit – comme un philosophe de la courtoisie – doit avoir la possibilité de conclure que la pratique qu'il entreprend d'interpréter n'a pas de justification adéquate, même pour l'essentiel, de ce qui est fait ou demandé en son nom, et de recommander que cette pratique soit, en conséquence, abandonnée ou ignorée. Quelques-uns des exemples les plus extrêmes des théories réalistes ont ce parfum, quand elles sont comprises comme des interprétations et non comme des théories sémantiques du droit, de même que certaines théories qui se qualifient de marxistes. La question de savoir si une conception particulière du droit est une conception négative ou sceptique, cependant, est quelquefois affaire de perspective. Une interprétation qui met l'accent sur un sens ou un but est sceptique à l'égard des autres, et

si ces dernières apparaissent plus ambitieuses ou plus profondes, la théorie aura une tonalité sceptique globale.

À l'apogée des théories sémantiques, les philosophes du droit s'inquiétaient de savoir si les empires du Mal avaient vraiment un droit. Les règles sémantiques étaient censées capter l'usage général de « droit », et en conséquence concerner les affirmations que les gens font non » seulement sur leur propre système juridique, dans lequel ils participent comme membres à une pratique continue, mais aussi sur des systèmes juridiques passés ou étrangers, très différents. C'était, par exemple, un argument très répandu contre les théories du droit naturel au sens fort, qui prétendent qu'un schéma d'organisation politique doit satisfaire à certaines normes de justice minima simplement pour être considéré comme un système juridique, alors que notre pratique linguistique ne refuse pas le titre de droit à des schémas dont l'immoralité est évidente. Nous disons que les nazis avaient un droit bien que ce fût un droit inique. Ce fait de notre pratique linguistique était largement considéré comme un argument contre toutes les théories jus-naturalistes et en faveur du positivisme, dont l'un des axiomes est que l'existence d'un droit est indépendante de sa valeur.

Si les théories du droit utiles ne sont pas des théories sémantiques de ce genre, mais sont au contraire interprétatives d'un stade particulier d'une pratique qui se développe à travers l'histoire, le problème des systèmes juridiques immoraux apparaît alors sous un jour très différent. Les théories interprétatives s'adressent par nature à une culture juridique particulière, généralement la culture à laquelle appartiennent leurs auteurs. À moins que ces théoriciens soient profondément sceptiques, ils traiteront leur propre système juridique comme un bon exemple de droit, qui appelle et convient à l'attitude interprétative. Ils proposeront de trouver, dans sa structure générale, une justification politique à son rôle d'autoriser la coercition politique. Ils devraient en conséquence ne pas soutenir, mais être d'une certaine manière sceptiques, à l'égard de systèmes juridiques auxquels manquent les traits essentiels pour qu'ils soient justifiés.

Mais il ne s'ensuit pas qu'un juriste qui trouve la meilleure explication du droit anglo-américain dans un trait manquant totalement régime nazi doit nier que les nazis aient eu un droit. Sa théorie n'est pas une théorie sémantique sur tous les usages du mot « droit », mais une théorie interprétative sur les conséquences d'une attitude interprétative à l'égard de son propre système. Il pourrait, d'une manière linguistiquement correcte, soutenir que les nazis avaient vraiment un droit. Nous saurions ce qu'il » eut dire. Il voudrait dire que le système nazi peut être reconnu comme la réalisation historique de pratiques et d'institutions générales sur lesquelles notre propre culture juridique s'est aussi développée.

C'est-à-dire que c'est un droit, dans ce que nous pourrions appeler un sens « pré-interprétatif ».

Ainsi une fois le dard sémantique retiré, nous n'avons pas à nous inquiéter autant de la bonne réponse à la question de savoir si les systèmes juridiques immoraux comptent vraiment comme droit. Ou plutôt nous devrions nous en inquiéter d'une manière différente, plus substantielle. Car notre langue et notre jargon sont assez riches pour permettre de nombreuses distinctions et des choix dans les mots que nous employons pour dire ce que nous désirons dire, et notre choix dépendra en conséquence de la question à laquelle nous essayons de répondre, de notre auditoire et du contexte dans lequel nous parlons. Nous n'avons pas besoin de nier que le système nazi fut un exemple de droit, quelle que soit l'interprétation que nous préférons pour notre propre droit, parce que, comme je viens de le dire, il y a un sens possible dans lequel il était évidemment un droit mais nous n'avons aucune difficulté à comprendre quelqu'un qui soutient que le droit nazi n'était pas réellement du droit, ou était du droit dans un sens dégénéré, ou quelque chose de moins que du droit au sens plein. C'est qu'il n'utilise pas « droit » dans le même sens, il ne porte pas un jugement pré-interprétatif de ce genre mais un jugement interprétatif sceptique, selon lequel il manquait au droit nazi les traits essentiels des vrais systèmes juridiques, dont les règles et les procédures justifient vraiment la contrainte. Son jugement est en fait un genre particulier de jugement politique, pour lequel son langage, si le contexte le rend clair, est tout à fait approprié. Nous ne pouvons pas le comprendre complètement, bien sûr, si nous ne connaissons pas l'interprétation du sens des systèmes juridiques qu'il préfère. Mais nous saisissons le sens de sa démarche : nous savons la direction dans laquelle il va argumenter, s'il continue son discours.

Il est parfaitement vrai que le juriste dont je viens de parler, qui dit que le droit nazi n'était pas du droit, pourrait avoir dit absolument la même chose, d'une manière différente, que les positivistes préfèrent. Il aurait pu dire que les nazis avaient un droit mais un très mauvais droit auquel il manquait même les traits d'un système à la limite de l'acceptable. Mais cela nous aurait moins informé sur ce qu'il pense, nous aurait révélé moins de sa position générale sur la philosophie du droit, parce que cela ne nous aurait pas signalé son point de vue sur les conséquences de l'absence de ces traits. D'un autre côté, dans certaines occasions, ce raccourci pourrait être avantageux. Il pourrait être inutile et même superfluo-générateur de controverses inutiles pour son but actuel-qu'il en révèle plus. Dans ce cas, la formulation « positiviste » de sa thèse serait préférable, et il n'y a pas de raison que nous limitions arbitrairement notre langage pour rendre ce genre de choix, liés au contexte, impossibles.

La sensibilité au contexte sera encore plus importante quand il s'agira d'une question plus précise, plus spécialisée, plus pratique qu'une simple question de classement ou de critique d'un système juridique étranger et très différent. Supposez que la question se pose d'une manière ou d'une autre, par exemple, de la décision que doit prendre un juge, dans un système étranger que nous désapprouvons – le juge Siegfried, par exemple – à propos d'un cas difficile qui y est soulevé. L'objectif a changé, parce que cette question exige, non pas simplement la comparaison générale d'un système étranger avec le nôtre, mais une interprétation indépendante de ce système, sur un point particulier.

Supposez que nous pensions que le système juridique de Siegfried est si inique qu'il ne puisse jamais fournir une quelconque justification, même faible, à la contrainte publique, de sorte que dans tous les cas Siegfried, s'il peut s'en sortir, devrait délibérément ignorer totalement les lois et les précédents. Une fois encore nous pourrions, mais cela est inutile, formuler cette opinion dans le langage emphatique qui nie totalement qu'il y ait un droit quelconque dans la nation de Siegfried. Ce choix des mots, qui s'appuie sur le sens « post-interprétatif » de « droit », découlerait de la prémisse selon laquelle l'interprétation propose une justification, de sorte que lorsqu'aucune justification n'est fournie par le droit au sens « pré-interprétatif », le jugement interprétatif correct est un jugement sceptique, qui lui refuse le titre de droit. Mais nous pourrions exprimer la même idée complexe, en utilisant « droit » au sens pré-interprétatif plutôt que post-interprétatif, et ajouter alors, que, dans ce cas, ce qu'est le droit ne permet aucune décision judiciaire. Quel que soit le langage que nous choisissons, le point important pour nous, serait l'argument de morale politique, que rien dans le fait que sa nation possède un droit au sens pré-interprétatif ne donne un droit subjectif à un plaideur de gagner devant ses tribunaux.

Supposez, cependant, qu'à la réflexion, ce ne soit pas exactement notre position. Car, nous pourrions trouver quelque chose dans l'histoire des pratiques juridiques de la communauté de Siegfried qui justifierait *une certaine* revendication de droit par une partie donnée dans un procès donné en instance devant lui, en dépit de l'iniquité intrinsèque du système politique, et malgré notre conviction que ces pratiques dans l'ensemble, sont si mauvaises qu'elles ne peuvent être soutenues par aucune interprétation générale. Supposez, par exemple, que le procès en question porte sur un contrat ordinaire, d'où semble exclu tout problème de discrimination raciale ou politique ou tout autre élément de tyrannie. Nous pourrions penser que le plaignant dans ce cas a un droit général de gagner, simplement parce que les lois et les précédents applicables lui donnent ce droit. Notre opinion pourrait, dans un autre cas, être plus réservée. Supposez que le procès d'une certaine manière

concerne une législation discriminatoire ou injuste pour une autre raison. Supposez que le défendeur soit juif et que le demandeur ait invoqué quelque loi refusant aux juifs des moyens de défense permis aux aryens dans les affaires de contrats. Nous pourrions encore estimer que les faits qui viennent d'être mentionnés justifient un droit *faible*, du demandeur à gagner, bien que nous soyons désireux d'ajouter que ce droit faible succombe, tout bien considéré, face à un droit moral concurrent du défendeur de telle sorte que Siegfried devrait néanmoins faire tout ce qui est en son pouvoir – même mentir sur le droit en vigueur si nécessaire – pour aboutir au rejet de la demande.

Nous pouvons rendre ces problèmes politiques encore plus difficiles en augmentant la complexité de notre exemple, de différentes manières. Les problèmes moraux sous-jacents changeraient alors, et il faudrait des distinctions et des différenciations supplémentaires. Même ainsi, la question des mots utilisés – celle de savoir si nous souhaitons rendre compte de nos conclusions dans un jugement interprétatif et quels seraient alors les critères d'interprétation qui conviendraient – serait secondaire par rapport aux convictions morales pour l'expression desquelles nous aurions utilisé ces mots, et les ressources du langage juridique seraient suffisamment flexibles pour qu'à peu près les mêmes convictions puissent être rapportées dans un langage assez différent. La question des systèmes juridiques iniques n'est pas, au sens où la philosophie du droit l'a longtemps affirmé, une question conceptuelle sur la bonne manière d'utiliser le mot « droit » ». Ce n'est pas une question mais plusieurs questions, et toutes se posent au niveau où ce qui est en jeu, ce sont les convictions politiques et non les règles sémantiques. Bien sûr, toutes ces discriminations différentes peuvent être faites à l'intérieur du vocabulaire positiviste. Mais elles sont plus artificielles dans ce vocabulaire ; en tout cas, le problème des systèmes juridiques iniques ne nous contraint nullement à adopter la théorie positiviste.