

droit et il doit montrer quelle décision cette théorie générale exige dans le cas difficile. Aux échecs, le fondement général des droits institutionnels doit être le consentement tacite ou l'entendement des parties. Elles consentent, en s'inscrivant pour un tournoi d'échecs, à l'application de certaines règles et de ces règles seulement et il est difficile d'imaginer un autre fondement commun à la supposition qu'elles ont des droits institutionnels. Mais s'il en est ainsi et si la décision, dans un cas difficile, est une décision à propos des droits qu'elles ont réellement, l'argumentation de la décision doit appliquer ce fondement au cas difficile.

Le cas difficile pose, pourrait-on dire, une question de théorie politique. Il interroge sur ce qu'il est juste de supposer que les joueurs ont fait en acceptant la règle de l'élimination. Le concept de caractère du jeu est un moyen pour articuler cette question. C'est un concept contesté qui intériorise la justification commune de l'institution de façon à la rendre opérationnelle pour faire des distinctions au sein de l'institution elle-même. Il suppose qu'un joueur donne son accord non seulement à une série de règles mais à une entreprise dont on peut dire qu'elle a un caractère propre ; de sorte que quand la question est posée de ce à quoi il a consenti en consentant à cela, la réponse peut prendre en compte l'entreprise dans son ensemble et pas seulement les règles.

5. LES DROITS JURIDIQUES

A / La législation

L'argumentation juridique, dans les cas difficiles, tourne autour de concepts contestés, dont la nature et la fonction sont très semblables au concept de caractère d'un jeu. Parmi eux figurent plusieurs des concepts substantifs, au travers desquels le droit est exprimé, tels que les concepts de contrat et de propriété. Mais ils comprennent également deux concepts beaucoup plus importants pour la présente discussion. Le premier est l'idée d'« intention » ou de « finalité » d'une loi ou d'une disposition législative¹⁹. Il sert de pont entre la justification politique de l'idée générale que les lois créent des droits et ces cas difficiles qui demandent quels droits une loi particulière a créés. Le second

est le concept de principes qui « sous-tendent » ou sont « enfouis dans » règles de droit positives. Il sert de pont entre la justification politique de doctrine selon laquelle les cas semblables doivent être traités de manière identique et ces cas difficiles dans lesquels ce que cette doctrine générale requiert n'est pas évident. Ces concepts définissent ensemble les droits juridiques comme fonction, bien que fonction très spéciale, des droits politiques. Si un juge accepte les pratiques établies de son système juridique — c'est-à-dire accepte l'autonomie prévue par les règles distinctes constitutives et régulatrices de ce système il doit, d'après la doctrine de la responsabilité politique, accepter une certaine théorie politique générale qui justifie ces pratiques. Les concepts de finalité de la loi et des principes de *common law*, sont des moyens pour appliquer cette théorie politique générale sur des points controversés en matière de droits juridiques.

Il pourrait, en conséquence, être utile d'examiner comment un juge philosophe pourrait développer, dans des cas appropriés, des théories sur ce qu'est la finalité de la loi et les principes juridiques. Nous allons découvrir comment on construirait ces théories de la même manière qu'un arbitre philosophe construirait le caractère d'un jeu. J'ai imaginé, pour répondre à ce besoin, un juge d'une habileté, d'un savoir, d'une patience et d'une perspective surhumaine que j'appellerai Hercule. Je suppose qu'Hercule est juge dans une juridiction américaine représentative. Par hypothèse également, il adopte les principales règles de droit constitutives et régulatrices de sa juridiction, c'est-à-dire qu'il admet que les lois ont le pouvoir général de créer des droits juridiques et d'y mettre fin et que les juges ont le devoir général de se conformer aux décisions autoritaires de leur tribunal ou des cours supérieures dont le motif (la « ratio ») comme disent les juristes, couvre le cas qui leur est soumis.

1 / *La constitution*. — Supposons qu'il y a une constitution écrite, l'exerce Hercule et que celle-ci prévoit qu'aucune loi établissant une religion sera valide. Le législatif adopte une loi qui a pour but d'accorder des transports scolaires gratuits aux enfants des écoles confessionnelles. Ce financement établit-il une religion²⁰ ? Les termes employés dans la clause constitutionnelle pourraient venir à l'appui de l'un ou l'autre point de vue. Hercule doit au moins décider si l'enfant qui se présente devant lui a un droit à son transport.

Il pourrait se demander, pour commencer, pourquoi la constitution

¹⁹ Voir *Everson v. Board of Education*, 33 US 1 (1947).

¹⁹ *N.d.T.* : « finalité » traduit ici « purpose ». « But » conviendrait très bien pour le contexte mais je préfère « purpose » pour traduire « goal ».

droit de créer ou d'annihiler des droits. Si les citoyens ont un droit fondamental au salut par le biais d'une église établie, comme beaucoup le pensent, ce ne peut être qu'un droit important. Pourquoi le fait qu'un groupe d'hommes aient voté autrement il y a plusieurs siècles, empêche-t-il ce droit fondamental de devenir aussi un droit juridique ? Sa réponse doit prendre une forme de ce genre. La constitution élabore un schéma politique général suffisamment juste pour être considéré comme établi pour des raisons d'équité. Les citoyens tirent avantage de vivre dans une société dont les institutions sont organisées et gouvernées selon ce schéma et ils doivent en assumer les charges également, au moins jusqu'à ce que de nouvelles dispositions soient mises en vigueur, soit par un amendement séparé, soit par une révolution générale. Mais Hercule doit ensuite rechercher quel schéma de principes a été précisément adopté. C'est-à-dire qu'il doit construire une théorie constitutionnelle ; dès lors qu'il est Hercule, on peut supposer qu'il sera capable de développer une théorie politique complète qui justifie la constitution dans son ensemble. Ce doit être un schéma qui convient pour les règles particulières de cette constitution, bien sûr. Il ne peut pas comprendre un droit fondamental fort à une église établie. Mais plus d'une théorie entièrement précisée peut s'harmoniser suffisamment bien avec la disposition spécifique à propos de la religion. Une théorie pourrait stipuler, par exemple, que les gouvernants se conduiraient mal, s'ils adoptaient une législation propre à provoquer une grande tension ou de grands désordres sociaux ; si bien que, puisque l'établissement d'une religion aurait cet effet, il ne faut pas donner au législatif la compétence d'en établir une. Une autre théorie reconnaîtra un droit fondamental à la liberté religieuse et soutiendra, en conséquence, qu'une église établie est inadmissible non pas parce qu'elle serait cause de troubles sociaux mais parce qu'elle violerait ce droit fondamental. Dans ce cas, Hercule doit se tourner vers les autres règles constitutionnelles et les pratiques affirmées sous l'emprise de ces règles pour voir laquelle de ces deux théories s'accorde le mieux avec le schéma constitutionnel dans son ensemble.

Mais la théorie supérieure selon ce test sera néanmoins insuffisamment concrète pour résoudre certains litiges. Supposons qu'Hercule conclue que la clause interdisant l'établissement d'une religion est justifiée par un droit à la liberté religieuse plutôt que par un but d'ordre social. Reste à se demander ce qu'est, plus précisément, la liberté religieuse. Un droit à la liberté religieuse comprend-il celui de ne pas voir ses impôts utilisés pour une fin qui aide une religion à survivre ? Ou simplement de ne pas voir ses impôts utilisés au profit d'une religion et pas d'une autre ? Dans le premier cas, la législation sur le transport gratuit viole ce droit mais pas dans le deuxième cas. La structure

institutionnelle des règles et la pratique peuvent ne pas être suffisamment détaillées pour exclure l'une ou l'autre de ces deux conceptions de la liberté religieuse ou pour faire de l'une d'elles une justification manifestement supérieure de cette structure. A un moment de sa carrière, Hercule devra donc examiner la question, non seulement comme un problème d'ajustement (« fit ») entre une théorie et les règles d'une institution, mais aussi comme une question de philosophie politique. Il doit décider laquelle des conceptions est une élaboration plus satisfaisante de l'idée générale de la liberté religieuse. Il doit répondre à la question parce que sinon, il ne peut pas avancer assez loin dans l'entreprise qu'il a commencée. Il ne peut pas répondre de façon assez détaillée à la question du schéma politique instauré par la constitution.

Hercule est ainsi conduit, par ce biais, à un processus de raisonnement très semblable au processus de l'arbitre d'échecs conscient. Il doit développer une théorie de la constitution sous forme d'un ensemble complexe de principes et de politiques qui justifient le schéma de gouvernement, tout comme l'arbitre aux échecs est conduit à développer une théorie au sujet du caractère du jeu. Il doit développer cette théorie en se référant alternativement à la philosophie politique et au détail institutionnel. Il doit élaborer des théories possibles justifiant différents aspects du schéma et confronter la théorie à l'institution toute entière. Quand le potentiel de distinction de cette confrontation a été épuisé, il doit se pencher sur les concepts contestés que la théorie réussie utilise.

2 / *Lois*. — Une loi du lieu où exerce Hercule stipule que le transport, en connaissance de cause, dans un commerce inter-étatique, de « toute personne qui aura été appréhendée illégalement, séquestrée, séduite, victime d'un piège, kidnappée, enlevée ou emmenée par tout moyen possible... » est un crime fédéral. Hercule doit dire si cette loi fait un criminel fédéral d'un homme qui a persuadé une toute jeune fille qu'il était de son devoir religieux de s'enfuir avec lui, en violation de l'injonction d'un tribunal, afin de consommer ce qu'il appelle un mariage céleste²¹. La loi a été votée à la suite d'une affaire célèbre de kidnapping, de façon à permettre aux autorités fédérales de s'associer à la poursuite des auteurs d'enlèvement. Mais elle est rédigée en termes suffisamment larges pour pouvoir être invoquée ici et il n'y a rien dans le compte rendu des débats ou dans les rapports de commission qui dise qu'elle ne s'applique pas.

Que conclure ? Hercule peut, personnellement, n'avoir rien à faire de

²¹ Voir *Chatwin v. U.S.*, 326 US 455 (1946).

mariages célestes, détester la corruption des mineurs ou chanter les louanges de l'obéissance des enfants à leurs parents. Le marié a cependant un droit à sa liberté sauf si la loi, interprétée correctement, l'en prive ; il est inconcevable pour toute théorie plausible de la constitution que des juges puissent rendre une conduite criminelle rétroactivement. La loi le prive-t-elle donc de ce droit ? Hercule doit commencer par se demander pourquoi une loi a le pouvoir de porter atteinte à des droits juridiques. Il trouvera la réponse dans sa théorie constitutionnelle : celle-ci peut dire, par exemple, qu'un législateur démocratiquement élu est l'organe approprié pour prendre des décisions collectives sur ce qui constitue une conduite criminelle. Mais cette même théorie constitutionnelle imposera certaines responsabilités au législateur : elle imposera non seulement des contraintes réfléchissant les droits individuels mais aussi un devoir général de poursuivre les buts collectifs qui définissent le bien-être commun. Ce fait fournit, à Hercule, un test utile dans ce cas difficile. Il pourra se demander quelle interprétation lie de façon plus satisfaisante le langage utilisé par le législateur à ses responsabilités constitutionnelles. On retrouve la question de l'arbitre à propos du caractère du jeu. Il ne s'agit pas d'élaborer quelque hypothèse sur l'état d'esprit personnel des membres du Congrès mais de construire une théorie politique particulière qui justifie cette loi, mieux que toute autre théorie alternative, à la lumière des responsabilités les plus générales du législateur²².

Quels sont les arguments de principe et de politique qui auraient pu légitimement persuader le législateur de voter cette loi précisément²³ ? Il ne pouvait s'agir de poursuivre une politique destinée à remplacer la compétence pénale étatique par la compétence pénale fédérale chaque fois que cela était constitutionnellement possible. Cela constituerait une interférence inutile avec

le principe du fédéralisme qui doit faire partie de la théorie constitutionnelle d'Hercule. Il aurait pu s'agir, par contre, d'appliquer de manière très responsable, une politique instaurant la compétence fédérale pour tous les crimes dont le caractère inter-étatique est tel, que leur sanction par les juridictions étatiques est entravée. Ou encore, le choix aurait pu être limité, de manière responsable, aux seuls crimes particulièrement dangereux ou fréquents de ce type. Laquelle de ces deux politiques offre-t-elle une meilleure justification de la loi qui a été effectivement adoptée ? Si les peines prévues par cette loi sont lourdes et, par conséquent, en accord avec la deuxième et non la première politique, c'est celle-là qui doit être retenue. Quelle est, parmi les différentes interprétations que l'énoncé de la loi permet, celle qui sert le mieux cette politique ? De toute évidence, la décision qui ne fait pas de la séduction du type illustré par le cas, un crime fédéral en vertu de la loi.

J'ai décrit un problème simple et peut-être peu représentatif de l'interprétation des lois, parce que je ne peux pas présenter maintenant une théorie détaillée de l'interprétation des lois. Je veux uniquement suggérer comment l'affirmation très générale, selon laquelle les calculs que font les juges à propos des finalités poursuivies par les lois, sont des estimations de droits politiques, est susceptible d'être défendue. Deux remarques doivent cependant être faites même à propos de cet exemple simple. Premièrement, il serait inexact de dire qu'Hercule a complété ce qu'a fait le législateur en votant la loi ou qu'il a essayé de déterminer ce que celui-ci aurait fait s'il avait eu conscience du problème soulevé par le cas. L'acte d'un législateur n'est pas, comme le laisseraient penser ces descriptions, un phénomène dont la force peut, d'une certaine façon, être mesurée de sorte qu'il serait loisible de dire qu'à un certain moment elle est épuisée ; c'est plutôt un phénomène dont le contenu est contesté de la même façon qu'est contesté le contenu d'un accord à propos d'un jeu. Hercule construit sa théorie comme une argumentation sur ce qu'a fait le législateur en cette occasion. L'argument opposé, selon lequel le législateur n'a pas fait réellement ce qu'Hercule a dit n'est pas un morceau de bon sens réaliste mais une affirmation concurrente sur le contenu véritable de ce phénomène contesté.

Deuxièmement, il est important de noter l'importance du rôle joué par les termes canoniques de la loi adoptée, dans le processus décrit. Ils mettent une limite à ce qui doit être sinon, par nature, illimité. La théorie politique développée par Hercule pour interpréter la loi, qui imaginait une politique instaurant la compétence fédérale pour la sanction des crimes dangereux, justifierait de très nombreuses décisions que le législateur n'avait pas réellement prises si l'on s'en tient à l'interprétation du langage. Elle justifierait, par exemple, une

²² Un exemple antérieur de l'utilisation d'une politique dans l'interprétation de lois illustre cette forme de raisonnement. Dans *Charles River Bridge v. Warren Bridge*, 24 Mass. (7 Pick.) 344 (1830) aff'd, 36 US (11 Pet.) 420 (1837), la cour devait décider si l'accord donné à la construction d'un pont sur le Charles devait être considéré comme exclusif, de sorte qu'aucune autre autorisation ne puisse être délivrée. Le juge Morton, de la Cour Judiciaire Suprême, soutint que la concession ne devait pas être considérée comme exclusive en argumentant de la manière suivante à l'appui de cette thèse :

« Si des conséquences si contraaires au bien-être et à la prospérité de l'Etat résultent de l'interprétation large et libérale des autorisations déjà accordées, nous devrions, si les termes utilisés le permettent, lui préférer une interprétation plus étroite et limitée plutôt que d'imputer une telle imprévoyance au législateur... (... Interpréter l'autorisation comme exclusive) équivaudrait en substance à une convention selon laquelle pendant la durée de la concession accordée aux demandeurs, une part importante de nos affaires, celle qui concerne les possibilités de circulation pour les personnes et les transports en général, devrait rester sans changement. Je suis globalement irrésistiblement conduit à la conclusion que cette interprétation n'est dictée par aucun motif solide, qu'elle n'est conforme ni aux précédents judiciaires, ni à l'évolution de la législation, ni aux principes de nos institutions libres. » *Ibid.*, 460.

²³ Cf. « Remarques à propos de la présente traduction. » *Supra*.

loi qui ferait du fait pour un meurtrier de quitter l'état où il avait commis son forfait, un crime fédéral. Le législateur n'a aucun devoir général d'aller jusqu'au bout d'une politique particulière et Hercule aurait nettement tort de supposer que le législateur ait, d'une certaine manière, adopté cette autre loi. Les termes de la loi effectivement adoptée par le législateur, permettent à ce procédé d'interprétation d'opérer sans absurdité ; Hercule peut, grâce à lui, dire que le législateur a mené une certaine politique jusqu'aux limites du langage qu'il a employé sans supposer également qu'il a mené cette politique jusqu'à un certain point plus avancé indéterminé.

B / La « common law »

1 / *Le précédent*. — Un jour, des juristes présenteront à Hercule un cas difficile qui ne tombe sous le coup d'aucune loi ; ils se demanderont si les décisions antérieures de *common law* prises par la juridiction à laquelle appartenait Hercule, convenablement interprétées, fournissent à une des parties un droit à une décision en sa faveur. *Spartan Steel* était un cas de ce genre. La demanderesse ne prétendait pas qu'une loi lui donnait un droit à être indemnisée pour ses pertes économiques ; elle invoquait certaines décisions judiciaires antérieures qui avaient alloué des dommages pour d'autres types de préjudices et elle prétendait que le principe qui sous-tendait ces cas exigeait une décision en sa faveur également.

Hercule doit commencer par se demander si une argumentation de ce type peut jamais, même en principe, être fondée. Il découvrira qu'il n'a pas à sa disposition de réponse rapide ou évidente. Lorsqu'il s'est posé la question parallèle au sujet de la législation, il a trouvé, dans la théorie démocratique ordinaire, une réponse toute prête. Mais les pratiques du précédent qu'il doit maintenant justifier dans le détail, résistent à toute théorie simple comparable.

Il pourrait cependant être tenté par la réponse suivante. Des juges, lorsqu'ils statuent sur des cas particuliers de *common law*, établissent des règles générales, visant d'une certaine manière au bénéfice de la communauté. D'autres juges, lorsqu'ils tranchent des litiges ultérieurs, doivent donc appliquer ces règles afin que le bénéfice puisse être obtenu. Si cette présentation du sujet constituait une justification suffisante pour les pratiques du précédent, Hercule pourrait alors trancher ces cas difficiles de *common law* comme si les décisions antérieures étaient des lois, utilisant les techniques qu'il a élaborées pour l'interprétation des lois. Mais il rencontrera des difficultés fatales s'il pousse cette

théorie trop loin. Il nous sera utile d'examiner pourquoi minutieusement, pour que les erreurs de cette théorie nous guideront vers une théorie meilleure.

L'interprétation des lois, comme on vient de le voir, dépend de la dénominabilité d'une forme canonique des mots, aussi vagues ou imprécis fussent-ils qui assignent des limites aux décisions politiques que la loi peut être censée avoir prises. Hercule découvrira que nombre des opinions citées par les parties comme des précédents ne contiennent pas de propositions spéciales considérées comme une forme canonique de la règle que pose le cas. Il est vrai qu'il fait partie du style judiciaire anglo-américain, à la fin du XIX^e siècle et au début de celui-ci, d'essayer de composer de tels énoncés canoniques, pour qu'il soit possible ensuite de se référer, par exemple, à la règle dans *Rylands v. Fletcher*²⁴. Mais même pendant cette période, les juristes et les auteurs de manuels étaient en désaccord sur la part des opinions célèbres qui devrait être considérée comme présentant ce caractère. Aujourd'hui, en tout cas, même les opinions importantes offrent rarement ces exercices législatifs de rédaction. Elles invoquent des motifs, sous forme de précédents et de principes, pour justifier une décision, mais c'est la décision et non quelque nouvelle règle de droit créée que ces précédents et ces principes sont censés justifier. Parfois un juge reconnaît ouvertement qu'il appartient aux cas ultérieurs de dégager l'essentiel complet du cas sur lequel il s'est prononcé.

Bien sûr, Hercule pourrait décider que lorsqu'il trouvera, dans un cas antérieur, une formulation canonique, il utilisera ses techniques d'interprétation des lois pour décider si la règle composée par ces mots englobe un cas nouveau. Il pourrait très bien reconnaître ce qu'on pourrait appeler la force textuelle d'un précédent. Il découvrira néanmoins que, lorsqu'un précédent a vraiment la force textuelle, son influence sur les cas ultérieurs n'est pas considérée comme limitée par cette force. Les juges et les juristes ne pensent pas que la force d'un précédent se résume, comme pour une loi, aux limites linguistiques de quelque proposition particulière. Si la *Spartan Steel* était un cas new-yorkais, l'avis du demandeur supposerait que la décision antérieure par Cardozo, dans *Mac*

²⁴ (1866) L.R. 1 Ex. 265 aff'd (1868) L.R. 3 H.L. 330.

²⁵ Mais puisqu'Hercule sera conduit à accepter la thèse des droits, voir p. 115-116 *infra*, son « interprétation » des énoncés judiciaires sera différente de son interprétation des lois, sous un aspect important. Quand il interprète des lois, il attache au langage de la loi, ainsi que nous l'avons vu, des arguments de principe ou de politique qui fournissent la meilleure justification de ce langage, eu égard aux responsabilités du législateur. Son argument demeure un argument de principe ; il utilise une politique pour déterminer les droits que le législateur a déjà créés. Mais lorsqu'il « interprète » des énoncés judiciaires, il attachera au langage concerné seulement des arguments de principe, parce que la théorie des droits dit que seuls de tels arguments correspondent à la responsabilité de la cour qui se prononce ».