

## Ronald Dworkin

---

### Résumé

---

R.D. critique le positivisme juridique, spécialement dans la version de Hart. Selon cette théorie, le droit est un système de règles. Or, il comporte en réalité d'autres standards, notamment des principes. D'autre part, selon les positivistes, les juges doivent, en l'absence d'une règle applicable, trancher les litiges en usant de leur pouvoir discrétionnaire. En réalité, ils sont liés par les principes. R.D. examine alors de quelle manière les principes peuvent être et sont en fait appliqués.

---

### Summary

---

Professor Dworkin criticises legal positivism, concentrating particularly on the version provided by Professor Hart. According to Hart, law is a system of rules. In reality, Dworkin argues law also consists of other standards which cannot be assimilated to the category of a rule. Principles are a particular example. Positivists also argue that when there is no clear rule to guide them, judges must make new law in the exercise of their discretion. Dworkin argues, on the contrary, that judges are usually bound by existing principles in the law and don't have a creative role that positivism seems to assign to them. He examines the way in which these principles are in fact deployed in legal decisions.

---

Le positivisme a pour squelette quelques propositions centrales et constitutives et bien que tous les philosophes qui sont qualifiés de positivistes n'y souscriraient pas dans la forme sous laquelle je les présente ici, ces propositions permettent néanmoins de définir la thèse que je veux examiner. Les points clés peuvent être énoncés de la manière suivante :

a) Le droit d'une collectivité est un ensemble de règles spéciales utilisées par cette communauté, directement ou indirectement, dans le but de déterminer les conduites qui seront punies ou im-

\* Traduit de l'anglais par Michel Troper, Université de Paris X. Extrait de « *Taking Right seriously, New Impressions with reply to critics* », Londres, Duckworth, 3<sup>e</sup> édit. 1981, chapitre II, « le modèle du droit I ». J'ai bénéficié pour la traduction du remarquable travail de Giorgio Rebuffa et Federico Oriana qui ont publié cet ouvrage en italien, sous le titre « *I diritti presi sul serio* », Bologne, Il Mulino, 1982, avec une introduction critique de Giorgio Rebuffa. (M.T.).

posées par la force publique. Ces règles spéciales peuvent être identifiées et distinguées au moyen de critères spécifiques, grâce à des tests qui se rapportent non pas à leurs contenus, mais à leur « pedigree » ou à la manière dont elles ont été adoptées ou développées. Ces tests de pedigree peuvent servir à distinguer les règles de droit valides des règles de droit non valides (celles que les avocats et les plaideurs invoquent à tort comme des règles de droit) et aussi des autres règles sociales (qu'on traite en général globalement comme règles « morales »), celles que la collectivité applique, mais qu'elle n'impose pas par la force publique.

b) L'ensemble de ces règles de droit valides est la totalité du « droit », de sorte que si un cas n'apparaît pas clairement comme régi par une règle de ce type (parce qu'il n'y en a aucune qui semble convenir ou que celles qui semblent convenir sont vagues ou pour d'autres raisons encore), alors ce cas ne peut être réglé en. Il doit faire l'objet d'une décision prise par quelque autorité officielle, un juge par exemple, qui « exerce son pouvoir discrétionnaire », ce qui signifie qu'il trouve, au-delà du droit, un autre type de standard qui le guide dans la confection d'une nouvelle règle juridique ou d'un complément à une vieille règle.

c) Dire que quelqu'un a une « obligation juridique » c'est dire que son cas tombe sous une règle de droit valide, qui l'oblige à faire ou à s'abstenir de faire quelque chose. (Dire qu'il a un droit ou qu'il a un pouvoir ou un privilège légal ou une immunité, c'est énoncer en raccourci que d'autres ont des obligations juridiques d'agir ou de ne pas agir d'une certaine manière en ce qui le concerne). En l'absence d'une telle règle de droit valide, il ne saurait y avoir aucune obligation juridique ; il s'ensuit que lorsque le juge tranche un litige en exerçant son pouvoir discrétionnaire, il n'impose pas la réalisation d'un droit préexistant à ce litige.

Ceci n'est que le squelette du positivisme. La chair est disposée par les divers positivistes de manières diverses et certains jouent même avec les os. Les différentes versions diffèrent principalement dans la description qu'elles donnent du test fondamental de pedigree, qu'une règle doit subir pour pouvoir être considérée comme une règle de droit.

Austin par exemple a exposé sa version du test fondamental comme consistant en une série de définitions et de distinctions entrecroisées <sup>1</sup>. Il définissait la possession d'une obligation comme le fait d'être soumis à une règle, une règle comme un commandement général et un commandement comme l'expression d'un désir que d'autres se comportent d'une certaine façon, assortie du pouvoir et de la volonté d'employer la force en cas de désobéissance. Il distinguait des classes de règles (juridiques, morales, religieuses) selon la personne ou le groupe qui était l'auteur du commandement général représenté par la règle. Dans chaque collectivité politique, pensait-il, on trouve un souverain – personne ou groupe, auquel les

1. J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, 1832.

autres obéissent habituellement, mais qui lui n'obéit habituellement à personne. Les règles juridiques d'une communauté sont les commandements généraux que son souverain a énoncés. La définition par Austin de l'obligation juridique découlait de sa définition du droit. On a une obligation juridique, pensait-il, si l'on est au nombre des destinataires d'un ordre général du souverain et qu'on risque une sanction si l'on n'obéit pas à cet ordre.

Bien entendu, le souverain ne peut émettre un ensemble d'ordres adaptés à toutes les situations possibles et certains seront nécessairement vagues quant aux prescriptions qu'il contiennent ou aux cas auxquels ils s'appliquent. C'est pourquoi, selon Austin, le souverain accorde à ceux qui appliquent le droit (les juges) le pouvoir discrétionnaire de confectionner des commandements nouveaux, lorsque se présentent des cas nouveaux ou embrouillés. Le juge crée alors des règles nouvelles ou adapte des règles anciennes et le souverain ou bien détruit et modifie leurs créations ou bien les confirme tacitement en s'abstenant de les détruire.

Le modèle d'Austin est beau dans sa simplicité. Il énonce le premier point clé du positivisme, selon lequel le droit est un ensemble de règles spécialement choisies pour gouverner l'ordre public et il présente un simple test factuel - qu'a ordonné le souverain ? - comme unique critère d'identification de ces règles. Toutefois, avec le temps, ceux qui ont étudié et tenté d'appliquer le modèle d'Austin, l'ont trouvé trop simple. De nombreuses objections ont été exprimées, dont deux semblent décisives. Tout d'abord, l'hypothèse d'Austin que, dans toute collectivité, on peut trouver un groupe ou une institution déterminée qui dispose d'un pouvoir ultime sur tous les autres groupes, cette hypothèse ne paraît pas convenir aux sociétés complexes. Le pouvoir politique dans un pays moderne est pluraliste et changeant, c'est une affaire de degrés, de compromis, de collaborations, d'alliances, de sorte qu'il est souvent impossible de dire qu'une personne ou un groupe possède ce pouvoir formidable qu'il faut avoir pour être un souverain, au sens d'Austin. On aime dire, aux États-Unis par exemple que le « peuple » est souverain. Mais cela ne signifie pour ainsi dire rien et ne fournit aucun test permettant de déterminer ce que le peuple a ordonné ou de distinguer ses commandements juridiques de ses commandements moraux ou sociaux.

En second lieu, les critiques se sont rendus compte que l'analyse d'Austin échoue complètement à rendre compte, et même à reconnaître, certains comportements particulièrement frappants à l'égard du « droit ». Nous faisons une distinction importante entre le droit et les ordres d'un gangster, même s'ils sont généraux. Nous avons le sentiment que les prescriptions du droit - et ses sanctions - sont différentes dans la mesure où elles sont obligatoires et où les ordres d'un hors-la-loi ne le sont pas. L'analyse d'Austin ne fait aucune place à une telle distinction, car elle définit l'obligation

comme la soumission à la menace d'employer la force et fonde ainsi l'autorité du droit uniquement sur l'aptitude et la volonté du souverain d'infliger un mal à ceux qui désobéissent. Il est possible que cette distinction soit illusoire – peut-être notre sentiment qu'une autorité spéciale s'attache à la loi est-il fondé sur un reste de religion ou sur une autre forme d'illusion de masse. Mais Austin ne le dit pas et nous pouvons persister : penser que toute analyse de notre conception du droit doit ou bien reconnaître et expliquer nos attitudes ou bien montrer en quoi elles sont erronées.

La version du positivisme présentée par H.L.A. Hart présente, par rapport à celle d'Austin, une complexité plus grande sous un double aspect. D'une part, il admet, contrairement à Austin, que les règles appartiennent à plusieurs types logiques différents (Hart distingue deux types, qu'il appelle « règles primaires » et « secondaires »). D'autre part, il rejette la thèse d'Austin selon laquelle une règle est une espèce de commandement et lui substitue une analyse générale plus élaborée de la nature des règles. Nous devons nous arrêter sur chacun de ces points et voir comment ils se combinent pour former la conception du droit de Hart.

La distinction de Hart entre les règles primaires et secondaires est d'une grande importance<sup>2</sup>. Les règles primaires sont celles qui accordent des droits ou imposent des obligations aux membres d'une collectivité. Les règles du droit pénal, qui nous interdisent de voler, de tuer ou de rouler trop vite, constituent de bons exemples de règles primaires. Les règles secondaires sont celles qui décident comment et par qui de telles règles primaires peuvent être formées, reconnues, modifiées ou annulées. Les règles, qui décident de la manière dont sera composé le Congrès et dont il adoptera des lois, constituent des exemples de règles secondaires. Les règles sur la formation des contrats et l'exécution des testaments sont aussi des règles secondaires, car elle prescrivent la manière dont des règles très précises, déterminant des obligations juridiques précises (c'est-à-dire les clauses d'un contrat ou les dispositions d'un testament), entrent en vigueur et sont modifiées.

Son analyse générale des règles est elle aussi d'une grande importance<sup>3</sup>. Austin avait dit que toutes les règles sont des commandements et qu'une personne est soumise par une règle à une obligation si elle peut se voir infliger un mal en cas de désobéissance. Hart souligne que c'est confondre deux notions qui doivent être distinguées – être obligé de faire quelque chose et avoir l'obligation de le faire. Si l'on est lié par une règle, on n'est pas simplement obligé, on a l'obligation de faire ce qu'elle prescrit et, par conséquent, être lié par une règle doit être autre chose que de risquer une souffrance en cas de désobéissance à un ordre. Une règle se distingue d'un ordre, notamment, par le fait qu'elle est « normative », qu'elle institue un standard de conduite, qui s'impose à ses sujets au-delà de la menace qui peut la faire appliquer. Une règle

2. Cf. H.L.A. HART. *The Concept of Law*, 1961, p. 89-96.

3. *Ibid.*, p. 79-88.

gle ne peut jamais être obligatoire uniquement parce qu'un individu disposant de pouvoir physique le veut ainsi. Il doit avoir la compétence d'émettre la règle ou bien ce ne sera pas une règle et une telle compétence ne peut découler que d'une autre règle déjà obligatoire pour ceux à qui elle s'adresse. Telle est la différence entre une règle valide et l'ordre d'un gangster.

Hart présente ainsi une théorie générale des règles, qui ne fait pas dépendre leur autorité de la puissance physique de leur auteurs. Si l'on examine, dit-il, la manière dont les diverses règles se forment et que l'on maintient la distinction entre règles primaires et secondaires, on s'aperçoit qu'il y a deux sources d'autorité pour une règle <sup>4</sup>.

a) Une règle peut devenir obligatoire pour un groupe de gens parce que ce groupe, à travers ses pratiques, accepte la règle comme un standard de conduite. Il ne suffit pas que ce groupe se conforme simplement à un type de conduite – même si la plupart des Anglais vont au cinéma le samedi soir, ils n'ont pas accepté une règle qui les y obligerait. Une pratique ne constitue l'acceptation d'une règle que lorsque ceux qui la suivent considèrent la règle comme obligatoire et qu'ils reconnaissent qu'elle constitue la raison ou la justification de leur propre comportement et une raison de critiquer le comportement de ceux qui ne la suivent pas.

b) Une règle peut également devenir obligatoire d'une manière toute différente, à savoir : si elle a été émise en conformité avec une règle secondaire, qui dispose que les règles émises de telle façon seront obligatoires. Si les statuts d'un club disposent par exemple que des règlements particuliers peuvent être adoptés à la majorité des membres, alors des règlements particuliers ainsi votés sont obligatoires pour tous les membres, non en raison d'une quelconque acceptation de ces règlements, par la pratique, mais parce que des statuts en disposent ainsi. On emploie à ce propos le concept de « validité » ; des règles obligatoires, parce qu'elles ont été créées de la façon prescrite par un règle secondaire, sont des règles « valides ».

Nous pouvons donc résumer ainsi la distinction fondamentale de Hart : une règle peut être obligatoire (a) parce qu'elle est acceptée ou (b) parce qu'elle est valide.

La conception du droit de Hart est une construction réalisée à l'aide de ces diverses distinctions. Les communautés primitives n'ont que des règles primaires et celles-ci ne sont obligatoires qu'en raison de l'acceptation réalisée par la pratique.

De telles communautés ne peuvent être considérées comme ayant un « droit », parce qu'il n'existe aucun moyen de distinguer un ensemble de règles juridiques de l'ensemble des autres règles sociales, comme l'exige la première proposition du positivisme. Mais lorsque dans une certaine communauté s'est développée une règle secondaire fondamentale qui détermine la manière dont doi-

4. *Ibid.*, p. 97-107.

vent être identifiées les règles juridiques, alors est réalisée l'idée d'un ensemble distinct de règles juridiques et donc œil d'un droit.

Hart appelle une telle règle secondaire tonde mentale une « règle de reconnaissance ». La règle de reconnaissance d'une communauté donnée peut être relativement simple (« ce que prescrit le roi est du droit ») ou bien très complexe (la Constitution des États-Unis, avec toutes les difficultés d'interprétation qu'elle implique, peut être considérée comme une règle de reconnaissance unique). Démontrer qu'une règle particulière est valide peut donc nécessiter qu'on remonte une chaîne de validité compliquée, depuis cette règle particulière jusqu'à la règle fondamentale. L'arrêté de la ville de New-Haven relatif au stationnement est valide parce qu'il a été adopté par le Conseil municipal, conformément aux procédures et en vertu de la compétence accordée par la loi municipale adoptée par l'État du Connecticut, conformément à la procédure et en vertu de la compétence accordée par la Constitution à l'État du Connecticut qui, à son tour, a été adoptée en conformité avec les prescriptions de la Constitution des États-Unis.

Bien entendu, une règle de reconnaissance ne peut elle-même être valide, puisque par hypothèse elle est ultime et ne peut ainsi être soumise à des tests prescrits par une règle encore plus fondamentale. La règle de reconnaissance est la seule règle d'un système juridique dont la force obligatoire dépende de son acceptation.

Si l'on veut savoir quelle règle de reconnaissance a été adoptée ou suivie par une collectivité particulière, on doit observer comment se comportent ses citoyens et notamment ses organes officiels. On doit examiner quels sont les arguments ultimes qu'ils utilisent pour déterminer la validité d'une règle particulière et quels sont les arguments ultimes qu'ils emploient pour critiquer d'autres autorités ou institutions officielles. Il n'y a pas de test mécanique, mais il n'existe aucun risque de confusion entre la règle de reconnaissance d'une collectivité et ses règles morales. La règle de reconnaissance est identifiable par le fait qu'elle s'applique aux activités de l'appareil gouvernemental, assemblées législatives, tribunaux, établissements publics, policiers et ainsi de suite.

C'est de cette manière que Hart sauve les principes fondamentaux du positivisme des erreurs d'Austin. Hart est d'accord avec Austin pour dire que les règles de droit valides peuvent être créées par les actes des autorités officielles et des institutions publiques. Mais Austin pensait que la compétence de ces institutions résidait seulement dans leur monopole du pouvoir. Hart découvre cette compétence dans l'arrière-plan des standards constitutionnels, qui ont été acceptés par la collectivité qu'ils régissent, sous la forme d'une règle fondamentale de reconnaissance. Cet arrière-plan légitime les décisions de l'État et leur confère le caractère obligatoire qui manquait aux commandements du souverain d'Austin. La théo-

rie de Hart diffère également de celle d'Austin en ce qu'elle reconnaît que des collectivités différentes utilisent des tests différents pour identifier le droit et que certaines admettent d'autres modes de création du droit que l'acte volontaire d'une autorité législative. Hart cite ainsi et « le rapport [d'une règle] avec des décisions judiciaires « parmi les autres critères fréquemment utilisés, bien qu'ils le soient généralement en même temps que le test de la législation et de manière subsidiaire ». La version du positivisme présentée par Hart est ainsi plus complexe que celle d'Austin et son test d'identification des règles valides est plus raffiné. Toutefois, d'un certain point de vue, les deux modèles sont très voisins. Hart comme Austin admet que les règles de droit ont des contours flous (il dit qu'elles ont une « texture ouverte ») et, comme Austin encore, il rend compte des cas difficiles en affirmant que les juges possèdent un pouvoir discrétionnaire, qu'ils exercent pour régler ces cas en créant des lois nouvelles <sup>5</sup>, (je tenterai ultérieurement de montrer que ceux qui envisagent le droit comme un ensemble spécifique de règles sont inévitablement condamnés à rendre compte des cas difficiles en termes de pouvoir discrétionnaire).

## Règles, principes et politiques

Je veux attaquer le positivisme en général et je prendrai pour cible la version de Hart, lorsqu'il sera nécessaire de prendre une cible particulière. Ma stratégie s'organisera autour du fait que, lorsque les juristes raisonnent et discutent des droits et des obligations, notamment dans les cas difficiles où l'on semble rencontrer les problèmes les plus aigus, ils emploient des standards qui ne fonctionnent pas comme des règles, mais opèrent différemment, comme les principes, les politiques et les autres types de standards. Je soutiendrai que le positivisme est un modèle de et pour un système de règles et que l'idée centrale dans cette doctrine, qu'il y aurait un test du droit unique, fondamental, empêche d'apercevoir le rôle important des standards qui ne sont pas des règles.

Je viens de parler des « principes, des politiques et des autres types de standards ». Le plus souvent, j'emploierai le terme « principe » de manière générique, pour désigner toute la gamme des standards autres que les règles. Toutefois, à l'occasion je serai plus précis et je distinguerai entre principes et politiques. Bien que rien ne dépende, dans le présent exposé, de cette distinction, je dois exposer la manière dont je l'opère. J'appelle « politique » le type de standard qui détermine un but à atteindre, comme, par exemple, un progrès pour la collectivité d'un point de vue économique, politique ou social (bien que certains buts puissent être dits négatifs dans la mesure où ils prescrivent que la collectivité soit protégée contre une évolution néfaste qui pourrait affecter l'un de

5. Ch. 7.

ces divers aspects). J'appelle « principe » un standard qui doit être observé, non pas parce qu'il permettrait de réaliser ou d'atteindre une situation économique, politique ou sociale, jugée désirable, mais parce qu'il constitue une exigence de la justice ou de l'équité ou bien d'une autre dimension de la morale. Ainsi, le standard qui prescrit qu'il faut déduire le nombre des accidents d'automobiles est une politique, tandis que le standard que nul ne peut tirer profit du mal qu'il a commis est un principe. On peut effacer cette distinction en construisant un principe qui déterminerait un but social (par exemple celui d'une société dans laquelle nul ne profiterait du mal qu'il aurait lui-même commis) ou en construisant une politique qui déterminerait un principe (par exemple le principe selon lequel le but que cette politique implique est un but valable) ou encore en adoptant la thèse utilitariste selon laquelle les principes de la justice sont des affirmations déguisées de certains buts (comme d'assurer le plus grand bonheur pour le plus grand nombre). Dans certains contextes, la distinction a une utilité, que l'on perd si on l'efface de cette manière <sup>6</sup>.

Mon but immédiat, cependant, est de distinguer les principes, dans le sens générique, et les règles, et je commencerai par réunir quelques exemples des premiers. Les exemples que je présente sont choisis au hasard ; pratiquement toutes les décisions de jurisprudence citées dans les manuels de droit pourraient fournir des exemples, qui conviendraient aussi bien. En 1889, dans la célèbre affaire « Riggs contre Palmer » <sup>7</sup>, un tribunal de New York devait décider si un héritier, institué par le testament de son grand-père, pouvait hériter conformément au testament, même s'il avait assassiné son grand-père dans ce but. Le tribunal a fondé son raisonnement sur l'idée suivante : « il est vrai que, les lois relatives à la confection, à la preuve et à l'effet des testaments, comme à la transmission de la propriété, si on les analyse littéralement et si leur force et leur effet ne peuvent être limités d'aucune manière et en aucun cas, accordent cette propriété à l'assassin ». Mais le tribunal poursuivait et remarquait que « toutes les lois, de même que tous les contrats, peuvent être restreintes dans leur action et dans leurs effets au moyen de maximes générales et fondamentales de la « Common Law ». Nul ne doit être autorisé à tirer profit de sa propre fraude ou à tirer avantage du mal qu'il a lui-même commis ou à fonder une requête sur sa propre injustice ou à acquérir une propriété grâce à un crime ». L'assassin ne reçut pas son héritage.

En 1960, dans l'affaire « Henningsen contre Bloomfiels Motors Inc » <sup>8</sup>, un tribunal du New-Jersey a dû affronter l'importante question de savoir si (et dans quelle mesure) un fabricant d'automobiles pouvait limiter sa responsabilité dans l'hypothèse où l'automobile serait défectueuse. Henningsen avait acheté une voiture et signé un contrat, qui stipulait que la responsabilité du fabricant en cas de défaut était limitée au remplacement des pièces défectueuses –

6. Voir le chapitre 4. Voir aussi DWORKIN « Wasserstrom : The judicial decision », 75 *Ethics* 47, 1964, reproduit dans « Does Law have a Function ? », 74 *Yale Law Journal* 640, 1965.

7. 115. N.Y. 506. 22 N.E. 188, 1889.

8. 32. N.J. 358, 161 A. 2d 69, 1960.

« cette garantie tenant lieu expressément de toute autre garantie, obligation ou responsabilité ». Henningsen soutenait que, au moins dans les circonstances de l'affaire, le fabricant ne devait pas être protégé par cette limitation et qu'il devait être tenu d'indemniser les dépenses, médicales ou autres, des personnes blessées dans un accident. Il ne pouvait citer aucune loi ou aucune règle de droit en vigueur, qui aurait interdit au fabricant de s'en tenir au contrat. Le tribunal donna néanmoins raison à Henningsen. Sur plusieurs points de son argumentation, le tribunal eut recours à des standards : a. « On ne doit pas oublier le principe général selon lequel, en l'absence de fraude, celui qui décide de ne pas lire un contrat avant de le signer, ne peut ensuite se soustraire à l'obligation qu'il a contractée » b. « Dans l'application de ce principe, on doit accorder une importance particulière à l'idée de la liberté de contracter » c. « La liberté contractuelle n'est pas une doctrine si immuable qu'elle ne puisse admettre quelque assouplissement dans le domaine qui nous concerne » d. « Dans une société telle que la nôtre, où l'automobile est un instrument répandu et nécessaire à la vie » quotidienne et où son utilisation est source de tant de risques pour le conducteur, ses passagers ou les tiers, le fabricant est soumis à une obligation spéciale liée à la construction, la promotion et la vente de ses voitures. Par conséquent, le tribunal doit examiner les contrats de vente avec attention pour rechercher si le consommateur et l'intérêt général font l'objet d'un traitement équitable » e. « Y-a-t'il un principe qui soit plus familier ou plus fermement enraciné dans l'histoire du droit anglo-américain que la doctrine fondamentale selon laquelle les tribunaux ne sauraient permettre qu'on les utilise comme les instruments de l'injustice et « d l'iniquité ? ». f. « Plus précisément, les tribunaux refusent en général de se prêter à l'exécution d'une « bonne affaire » dans laquelle l'une des parties a tiré un avantage injuste de la nécessité économique dans laquelle se trouvait l'autre partie... ».

Les standards mis en évidence par ces citations n'appartiennent pas au type de ceux que l'on conçoit comme des règles de droit. Ils paraissent entièrement différents de propositions telles que « la vitesse maximum sur l'autoroute est de soixante miles à l'heure » ou « un testament n'est valide que s'il est signé par trois témoins ». Ils sont différents, parce que ce sont des principes et non des règles de droit.

La différence entre principes juridiques et règles de droit correspond à une distinction logique. Ces deux ensembles de standards permettent tous deux d'aboutir à des décisions particulières, concernant des obligations relatives à des circonstances particulières. Mais ils se distinguent quant à la nature de l'indication qu'ils fournissent. Les règles sont applicables ou ne sont pas applicables. Si les faits qui sont prévus par la règle sont réalisés, alors ou bien la règle est valide, auquel cas la solution qui en découle doit être

retenue, ou bien elle ne l'est pas auquel cas, elle ne contribue en rien à la décision.

On aperçoit plus clairement ce caractère de tout-ou-rien des règles, si l'on considère la manière dont elles fonctionnent, non pas en droit, mais dans une autre activité, qu'elles régissent également, dans un jeu par exemple. Au base-ball, il existe une règle selon laquelle si le « batter » a manqué trois balles, il est éliminé. Aucune autorité officielle ne peut à la fois reconnaître que cette formulation de la règle de base-ball est exacte et décider malgré tout qu'un « batter » qui aurait manqué trois balles ne serait pas éliminé. Bien entendu, une règle peut être assortie d'exceptions (le « bat ter » qui a manqué trois balles n'est pas éliminé si le « catcher » laisse tomber la troisième). Cependant tout énoncé correct de la règle devrait tenir compte de cette exception et s'il ne le faisait pas il serait incomplet. Si la liste des exceptions est très longue, il serait inélégant de les répéter à chaque fois qu'on cite la règle ; mais il n'y a aucune raison en théorie pour qu'on ne les ajoute pas tous à l'énoncé de la règle et plus il y en a, plus l'énoncé de la règle est exact.

Si l'on prend pour modèle les règles du base-ball, on trouve des règles de droit du même type, comme celle selon laquelle un testament n'est valide que s'il a été signé par trois témoins. Si l'exigence des trois témoins résulte d'une règle valide, il est impossible qu'un testament signé par deux témoins seulement soit malgré tout valide. La règle peut être assortie d'exceptions, mais dans ce cas il est inexact et incomplet de la formuler aussi simplement sans énumérer les exceptions. En théorie du moins, les exceptions peuvent être toutes énumérées et plus il y en a, plus la formulation de la règle est complète.

Mais toute autre est la manière dont fonctionnent les principes, dont on a cité un échantillon. Même ceux qui ressemblent le plus à des règles n'énoncent pas les conséquences juridiques qui découleraient automatiquement de la réalisation des conditions prévues. On dit que notre droit est conforme au principe selon lequel nul ne peut profiter du mal qu'il a lui-même commis, mais on ne veut pas dire par là que le droit ne permet jamais à quelqu'un de profiter du mal qu'il a fait. En réalité, les gens profitent souvent, de manière parfaitement légale, du mal qu'ils font légalement. L'exemple le plus connu est celui de la prescription acquisitive : si je passe illégalement sur votre terrain pendant un temps assez long, je finirai par acquérir le droit de le traverser toutes les fois qu'il me plaira. Il y a beaucoup d'exemples moins spectaculaires. Si quelqu'un quitte son travail en rompant un contrat pour prendre un autre travail beaucoup mieux payé, il peut être condamné à payer une indemnité à son premier employeur, mais il pourra conserver son nouveau salaire. Si quelqu'un, qui se trouve en liberté provisoire, traverse la frontière pour faire dans un autre État un

placement fructueux, il peut être renvoyé en prison, mais il gardera les profits ainsi réalisés.

On ne considère pas que ces contre-exemples – et tous les autres, innombrables, qu'on peut facilement imaginer – prouvent que le principe, relatif au profit qu'on ne doit pas retirer d'un comportement mauvais, n'appartient pas au système juridique ou qu'il est incomplet et doit être présenté avec ses exceptions. On ne considère pas ces contre-exemples comme des exceptions (du moins pas au sens où serait une exception le cas où le « catcher » laisse tomber la troisième balle), parce que nous pouvons en rendre compte, simplement par la formulation extensive du principe. Ils ne peuvent, même en théorie, faire l'objet d'une énumération, car il faudrait y inclure non seulement les cas (comme la prescription acquisitive), pour lesquels une institution a prévu qu'on pouvait tirer profit du mal qu'on a fait, mais aussi les innombrables cas imaginaires pour lesquels nous savons d'avance que le principe ne tiendrait pas. En faire la liste pourrait affiner la sensation que nous avons du poids du principe (j'aborderai cette dimension dans un moment), mais ne nous amènerait pas à une formulation plus précise ou plus complète.

Un principe comme a nul ne peut tirer profit du mal qu'il a fait « ne tente même pas d'énoncer les conditions qui rendent son application nécessaire. Il énonce plutôt une raison qui milite en faveur d'une orientation générale, mais ne nécessite pas une décision particulière. Si quelqu'un a reçu, ou est sur le point d'obtenir quelque chose, et que c'est le résultat direct d'une action illégale qu'il a commise pour l'obtenir, il y a là une raison dont le droit tiendra compte lorsqu'il décidera s'il doit conserver cette chose. Il peut y avoir d'autres principes ou d'autres politiques qui militent en faveur d'une orientation différente – par exemple une politique de sécurité de la possession ou un principe qui limiterait les punitions aux seules sanctions prescrites par un organe législatif. Dans ce cas, il se peut que notre principe ne l'emporte pas, mais cela ne veut pas dire que ce n'est pas un principe du système juridique, car dans un autre cas, où ces considérations seraient absentes ou de moindre poids, le principe pourrait être décisif. Tout ce qu'on veut dire, quand on dit qu'un principe particulier est un principe de notre droit, c'est que ce principe doit être pris en considération s'il est pertinent, comme une raison qui poussera vers une direction ou une autre.

La distinction logique entre règles et principes apparaît plus clairement si l'on considère les principes qui n'ont même pas l'aspect de règles. Considérons la proposition énoncée sous (d) dans les extraits de l'arrêt Henningsen, selon laquelle « le fabricant est soumis à une obligation spéciale liée à la construction, la promotion et la vente de ses voitures ». Elle ne tente même pas de définir les devoirs spécifiques qu'implique une telle obligation spéciale

ou d'indiquer les droits qui en résultent pour les consommateurs. Elle énonce seulement – et c'est un lien essentiel dans la motivation de l'arrêt – que les fabricants d'automobiles doivent être soumis à des exigences plus élevées que les autres fabricants et qu'ils n'ont pas la même possibilité de s'appuyer sur le principe opposé de la liberté contractuelle. Cela ne veut pas dire qu'ils ne peuvent jamais s'appuyer sur ce principe ou que les tribunaux peuvent réécrire à volonté les contrats de vente d'automobiles ; cela veut dire seulement que, si une clause particulière paraît injuste ou gênante, les tribunaux auront moins de raisons de l'appliquer que s'il s'agissait de cravates. L'obligation spéciale milite en faveur d'une décision qui écarterait les clauses d'un contrat de vente d'automobiles, mais ne conduit pas nécessairement à une telle décision.

Cette première différence entre règles et principes en implique une autre. Les principes ont une dimension que les règles n'ont pas : le poids ou l'importance. Quand les principes sont en conflit (par exemple, la politique de protection des consommateurs avec le principe de la liberté contractuelle), celui qui doit résoudre ce conflit doit tenir compte du poids relatif de chacun. Il ne saurait s'agir, bien entendu, d'une mesure exacte et le jugement, selon lequel un principe ou une politique particulière est plus important qu'un autre, sera souvent sujet à controverse. Cependant, cette dimension, l'idée qu'il convient de se demander quelle importance ou quel poids il a, fait partie intégrante du concept de principe.

Les règles n'ont pas cette dimension. On parle de l'importance ou de la non-importance fonctionnelle des règles (la règle du baseball, que trois balles manquées entraînent l'élimination, est plus importante que la règle que les coureurs peuvent avancer sur un coup franc, car le jeu serait modifié plus profondément si l'on changeait la première règle que si l'on changeait la seconde). En ce sens, une règle de droit peut être plus importante qu'une autre si elle a un rôle plus important ou plus grand dans la régulation des conduites. Mais on ne peut pas dire qu'une règle est assez importante au sein d'un système de règles pour qu'en cas de conflit entre ces deux règles, l'une l'emporte en raison de son plus grand poids.

Si deux règles sont en conflit, l'une d'elles ne peut être valide. Le choix de celle qui est valide et de celle qui doit être abandonnée ou remodelée doit être fait selon des considérations qui sont au-delà des règles elles-mêmes. Un système juridique peut régler de tels conflits au moyen d'autres règles, qui donnent la préférence à la règle posée par l'organe le plus élevé ou à la règle postérieure, ou à la règle spéciale ou encore possédant une autre qualité du même genre. Un système juridique peut aussi donner la préférence à une règle fondée sur les principes les plus importants. (Notre propre système juridique emploie ces deux techniques à la fois).

Il ne ressort pas clairement de la forme d'un standard qu'il présente le caractère d'une règle ou d'un principe. « Un testament n'est valable que s'il est signé par trois témoins » n'est pas très différent dans la forme de « nul ne saurait tirer profit du mal qu'il a fait », mais quiconque connaît quelque chose au droit américain sait qu'il doit considérer le premier comme l'énoncé d'une règle et le second comme l'énoncé d'un principe. Dans de nombreux cas, la distinction est difficile à faire car on n'a pas établi la manière dont le standard doit fonctionner et ce point peut faire lui-même l'objet d'une controverse. Le premier amendement de la Constitution des États-Unis dispose que le Congrès ne limitera pas la liberté d'expression. Est-ce une règle, de sorte qu'une loi qui limiterait la liberté d'expression serait nécessairement anticonstitutionnelle ? Ceux qui soutiennent que le premier amendement énonce un absolu, disent qu'il doit être compris comme cela c'est-à-dire comme une règle. Se borne-t-il au contraire à énoncer un principe, de sorte que, lorsqu'on constate une limitation de la liberté d'expression, on doit considérer qu'elle est anticonstitutionnelle sauf s'il existe dans le contexte une autre politique ou un autre principe, dont le poids est suffisant dans ces circonstances pour autoriser une telle limitation ? Telle est la position de ceux qui plaident pour le test du « risque clair et actuel » ou pour toute autre forme de « recherche d'équilibre ».

Il arrive qu'une règle et un principe jouent le même rôle et que la différence ne porte que sur la forme. La première section du Sherman Act énonce que tout contrat qui porte atteinte au libre jeu du marché est nul. La Cour Suprême a dû examiner si cette disposition devait être considérée comme une règle au sens propre (et si elle devait par conséquent annuler tout contrat « portant atteinte au libre jeu du marché », ce que font pratiquement tous les contrats) ou comme un principe, fournissant une raison pour annuler un contrat en l'absence d'un principe politique contraire. La Cour a considéré cette disposition comme une règle, mais a interprété cette règle comme si elle contenait le mot « injustifié » et comme si elle interdisait seulement les « atteintes injustifiées » au libre jeu du marché<sup>9</sup>. Cela permettait à la disposition en question de fonctionner logiquement comme une règle (à chaque fois qu'un tribunal estime que l'atteinte est injustifiée, il a l'obligation de la tenir pour nulle) mais substantiellement comme un principe (un tribunal doit prendre en compte une série d'autres principes et d'autres politiques avant de déterminer si telle ou telle atteinte particulière, dans telle ou telle circonstance économique particulière, est « injustifiée »).

Des mots comme « justifié », « négligent », « injuste » et « significatif » remplissent précisément cette fonction. Chacun de ces termes fait dépendre, jusqu'à un certain point, l'application de la règle qui le contient de principes et de politiques, qui résident

9. *Standard oil v. United States*, 221 U.S. 1, 60, 1911 ; *United States v. American Tobacco Co*, 221 U.S. 106, 180, 1911.

au-delà de cette règle et la rapprochent ainsi elle-même d'un principe. Mais il ne la transforme pas tout-à-fait en principe, car même le plus souple de ces termes a pour effet d'enfermer dans de strictes limites *le type* auquel appartiennent les politiques et les principes qui fondent la règle. Si l'on est limité par une règle, énonçant que les contrats injustifiés sont nuls ou que les contrats grossièrement déséquilibrés ne doivent pas être exécutés, on doit davantage utiliser son jugement qu'en l'absence de ces termes entre guillemets. Mais prenons l'hypothèse d'une affaire dans laquelle on estimerait, pour des raisons de politique ou de principe, qu'un contrat doit être exécuté, même s'il apporte une atteinte injustifiée ou même s'il est grossièrement déséquilibré. L'exécution de ces contrats serait interdite par nos règles et ne pourrait donc être autorisée qu'après leur abrogation ou leur modification. Si nous avons affaire, cependant, non pas à une règle mais à une politique ou à un principe selon lequel les contrats injustifiés ou déséquilibrés ne doivent pas être exécutés, alors ces contrats pourraient être exécutés sans aucun changement du droit.

## Les principes et le concept de droit

Une fois qu'on a identifié les principes comme une espèce distincte de standard, on prend tout à coup conscience qu'ils sont présents tout autour de nous. Les professeurs de droit les enseignent, les manuels les citent, les historiens du droit les célèbrent. Mais là où il sont à l'oeuvre avec le plus d'énergie, où ils soutiennent les constructions les plus grandioses, c'est dans les procès difficiles comme les affaires « Riggs » et « Henningsen ». Dans des affaires comme celles-là, les principes jouent un rôle essentiel dans la motivation des jugements portant sur des droits subjectifs et des obligations spécifiques. Après que l'affaire ait été tranchée on peut dire que le jugement a la signification d'une règle spécifique (par exemple la règle selon laquelle un assassin ne peut hériter en vertu du testament de sa victime).

Mais la règle n'existe pas avant que l'affaire soit tranchée ; le tribunal cite des principes pour justifier l'adoption et l'application d'une règle nouvelle. Dans l'affaire Riggs, le tribunal a cité le principe, selon lequel nul ne peut profiter du mal qu'il a fait lui-même, et cela comme un standard à la lumière duquel il convenait de lire la loi sur les successions et il a ainsi justifié une nouvelle interprétation de cette loi. Dans l'affaire Henningsen, le tribunal a cité une série de principes et de politiques contradictoires pour fonder une règle nouvelle, relative à la responsabilité des fabricants du fait des vices de construction des automobiles.

Toute analyse du concept d'obligation juridique doit donc rendre compte du rôle considérable que jouent les principes dans la

production des décisions judiciaires. Nous pourrions à cet égard adopter deux voies très différentes :

a) nous pourrions considérer les principes juridiques comme des règles juridiques et dire que certains principes sont juridiquement obligatoires et doivent être appliqués par les juges et les praticiens du droit, qui doivent décider des obligations juridiques. Si nous suivons cette voie, nous devons dire que, au moins aux États-Unis, le « droit » comporte des principes aussi bien que des règles.

b) nous pourrions au contraire, contester que les principes soient obligatoires au même titre que les règles. Nous dirions plutôt que, dans des affaires comme Riggs ou Henningsen, le juge recherche au-delà des règles qu'il a l'obligation d'appliquer, c'est-à-dire au-delà du droit, des principes extra juridiques, qu'il est libre d'appliquer s'il le veut bien.

On pourrait croire qu'il n'y a guère de différence entre ces deux voies et qu'il s'agit seulement d'une question verbale portant sur l'usage qu'on veut faire du mot « droit ». Ce serait cependant une erreur, car le choix entre ces deux positions a les plus grandes conséquences pour l'analyse de l'obligation juridique. Il s'agit d'un choix entre deux conceptions des principes juridiques, un choix qu'on peut éclairer en le comparant à celui qu'on pourrait faire entre deux conceptions de la règle juridique. On dit parfois de quelqu'un qu'il « se fait une obligation » de faire quelque chose, pour dire qu'il a décidé d'adopter un certain comportement régulier. On pourrait dire par exemple que quelqu'un s'est fait une obligation de courir un « mile » avant son petit déjeuner parce qu'il veut rester en bonne santé et qu'il croit aux vertus des régimes. Si nous disons cela, nous ne voulons pas dire qu'il est lié par une règle selon laquelle il doit courir un « mile » avant le petit déjeuner, ni même qu'il se considère comme lié par une telle règle. Admettre qu'une règle est obligatoire est autre chose que de se faire une obligation de faire quelque chose. Si l'on reprend l'exemple de Hart, il y a une différence entre dire que les Anglais se font une obligation d'aller au cinéma une fois par semaine et dire qu'il y a une règle selon laquelle les Anglais *doivent* aller au cinéma une fois par semaine. La seconde affirmation implique qu'un Anglais, qui n'appliquerait pas la règle, pourrait être critiqué ou sanctionné, mais la première n'implique rien de semblable. Elle n'exclut pas la possibilité d'une certaine forme de critique – on pourrait dire que quelqu'un qui ne va pas au cinéma néglige sa culture – mais on ne pourrait laisser entendre que celui qui s'abstient simplement d'obéir à cette règle fait quelque chose de mal <sup>10</sup>. Si l'on se représente les juges d'un pays comme un groupe, on peut décrire de deux manières les règles de droit qu'ils appliquent. On pourrait dire, par exemple, que dans tel pays, les juges se font une obligation de ne pas exécuter les testaments s'il n'y a pas trois témoins. Cela n'impliquerait pas

9. Cette distinction est en substance identique à celle de RAWLS, « Two Concepts of Rules », 64, *Philosophical Review*, 3, 1955.

qu'un juge, qui exécuterait un tel testament, ferait quelque chose de mal pour cette raison précise.

D'un autre côté, on peut dire que, dans cet État, il y a une règle de droit qui prescrit aux juges de ne pas exécuter de tels testaments ; ce qui implique qu'un juge qui les exécuterait ferait quelque chose de mal. Hart, Austin et les autres positivistes adopteraient bien entendu cette deuxième manière de rendre compte des règles de droit ; ils ne se satisferaient pas de la description selon laquelle les juges « se font une règle ». La question n'est pas de savoir quelle est la forme verbale la plus juste. Elle est de savoir quelle est la description la plus exacte de la situation sociale. Beaucoup d'autres problèmes dépendent de la description que l'on choisira. Si les juges « se font » simplement une obligation de ne pas exécuter certains contrats, par exemple, alors on ne peut pas dire, avant une décision judiciaire, que quelqu'un a « droit » à cette solution et cette proposition ne peut être d'aucune utilité pour justifier la décision.

Il y a à propos des principes deux voies correspondant aux deux manières de décrire les règles. La première considère que les principes s'imposent aux juges, de sorte qu'ils ont tort de ne pas les appliquer dès lors qu'ils sont pertinents. La seconde considère les principes comme des formulations résumées de ce que les juges « se font un principe » de faire, toutes les fois qu'il leur faut aller au-delà des standards qui s'imposent à eux. Le choix entre ces deux approches ne peut qu'affecter, voire déterminer, la réponse que l'on donne à la question de savoir si le juge, dans une affaire difficile comme Riggs ou Henningsen, s'efforce de faire exécuter des droits subjectifs et des obligations pré-existants. Si l'on adopte la première attitude, on est encore libre de soutenir la thèse que, dans la mesure où les juges appliquent des standards juridiques obligatoires, ils font exécuter des droits subjectifs et des obligations. Mais si l'on adopte la seconde, alors cette thèse est irrecevable et l'on est contraint de reconnaître que la famille de l'assassin dans l'affaire Riggs et le fabricant dans l'affaire Henningsen ont été privés de leurs biens par une décision judiciaire discrétionnaire, appliquée « ex post facto ». Il est possible que de nombreux lecteurs n'en soient pas choqués – la notion d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire s'est répandue chez les juristes – mais cette idée illustre l'un des problèmes les plus irritants, parmi ceux qui contraignent les philosophes à se préoccuper des obligations juridiques. Si l'on ne peut, dans des cas comme ceux-là, justifier la privation de biens, en faisant appel à une obligation existante, alors il faut trouver une autre justification et l'on n'en a encore trouvée aucune qui soit satisfaisante.

Dans la présentation schématique que j'ai donnée plus haut du positivisme, j'ai indiqué que la doctrine du pouvoir discrétionnaire

en était le second principe. Les positivistes estiment que lorsqu'une affaire n'est pas réglée par une règle claire, alors le juge doit exercer son pouvoir discrétionnaire et trancher le litige à l'aide de quelque chose qui équivaut à une loi nouvelle. Il y a peut-être un rapport important entre cette doctrine et la question de savoir quelle position il convient d'adopter à propos des principes juridiques. Il faut donc examiner si cette doctrine est juste et si elle implique la seconde des deux attitudes, comme il semble au premier abord. Il nous faudra cependant affiner au préalable notre compréhension du concept de pouvoir discrétionnaire. Je tenterai de montrer comment certaines confusions, que l'on commet à propos de ce concept et en particulier, comment l'absence de distinction entre les différents sens dans lesquels on l'emploie, expliquent les raisons du succès de la doctrine du pouvoir discrétionnaire. Je soutiendrai que, dans la mesure où cette doctrine a une incidence sur le statut qu'on accorde aux principes, elle ne peut être fondée sur les arguments, que les positivistes emploient pour la justifier.

## **Le pouvoir discrétionnaire**

Le concept de pouvoir discrétionnaire a été emprunté par les positivistes au langage ordinaire et pour le comprendre, il nous rève le replacer un moment « dans son habitat ». Que veut-on dire dans la vie courante, lorsqu'on dit que quelqu'un a « un pouvoir discrétionnaire » ? La première chose à noter est que ce concept est inadéquat dans tous les contextes sauf quelques-uns qui sont très particuliers. On ne pourrait pas dire par exemple que j'ai ou que je n'ai pas le pouvoir discrétionnaire de choisir une maison pour ma famille. Il n'est pas vrai que je n'ai pas de pouvoir discrétionnaire en exerçant ce choix et cependant il serait également trompeur de dire que je possède bien un pouvoir discrétionnaire. Le concept de pouvoir discrétionnaire ne convient vraiment que dans un seul type de contexte : quand quelqu'un est chargé de prendre des décisions soumises à des standards émis par une autorité particulière. On peut raisonnablement parler du pouvoir discrétionnaire d'un sergent soumis aux ordres de ses supérieurs ou du pouvoir discrétionnaire d'une autorité sportive ou d'un arbitre, qui est soumis aux règles officielles du jeu ou au règlement d'un tournoi. Le pouvoir discrétionnaire, comme le trou dans le gruyère, n'existe pas, si ce n'est dans un espace laissé vide par les limites qui l'entourent. C'est donc un concept relatif. On pourra toujours demander raisonnablement : « pouvoir discrétionnaire selon quels standards ? » ou « pouvoir discrétionnaire par rapport à quelle autorité ? » En général, le contexte permettra de donner une réponse simple, mais il pourra arriver qu'un organe ait un pouvoir discrétionnaire à un point de vue et pas à un autre.

Comme pour la plupart des termes, la signification précise de « pouvoir discrétionnaire » dépend des caractères du contexte. Le terme est toujours coloré par un arrière-fond d'informations, contre lequel on l'utilise. Bien qu'il y ait beaucoup de nuances, il suffira d'indiquer quelques distinctions grossières.

On utilise parfois « pouvoir discrétionnaire » dans un sens faible, uniquement pour dire que, pour une raison ou une autre, les standards qu'un organe doit appliquer ne peuvent être appliqués mécaniquement mais exigent que cet organe utilise son jugement. On utilise ce sens faible quand cela ne ressort pas clairement du contexte, quand l'arrière-fond, que notre auditoire connaît, ne contient pas cet élément d'information. Ainsi, on pourrait dire : « les ordres que le sergent a reçus lui laissent une grande marge de pouvoir discrétionnaire », à ceux qui ignoreraient quels étaient les ordres reçus par le sergent ou qui ignoreraient un élément, qui rendrait ces ordres vagues ou difficiles à exécuter. Il serait parfaitement raisonnable d'ajouter, pour préciser, que le lieutenant avait ordonné au sergent d'emmener en patrouille les cinq hommes les plus expérimentés, mais qu'il était difficile de déterminer quels étaient les plus expérimentés.

On emploie parfois le terme dans un sens faible différent, quand on se borne à dire qu'un organe dispose du pouvoir de prendre une décision en dernier ressort et que celle-ci ne peut être contrôlée ou modifiée par un autre organe. On parle ainsi quand l'organe fait partie d'une hiérarchie d'organes, structurée de telle sorte que certains ont un pouvoir plus élevé, mais dans laquelle les types de pouvoir varient selon les types de décisions à prendre. On pourrait dire qu'au base-ball, certaines décisions, comme de savoir si c'est la balle ou le « runner » qui le premier a atteint la deuxième base, sont laissées à la discrétion de l'arbitre de seconde base, si l'on veut dire par là que, dans ce cas, le chef des arbitres n'a pas le pouvoir, s'il n'est pas d'accord, de substituer son propre jugement à celui de l'arbitre de seconde base.

J'appelle ces deux sens « faibles » pour les distinguer d'un sens fort. On utilise parfois « pouvoir discrétionnaire » non pas simplement pour dire qu'un organe doit utiliser son jugement, lorsqu'il applique les standards déterminés par une autorité supérieure, ou que personne ne contrôlera l'usage qu'il fera de son jugement, mais pour dire que, dans certaines matières, il n'est tout simplement pas lié par les standards déterminés par l'autorité en question. En ce sens on dit qu'un sergent a un pouvoir discrétionnaire, si on lui a ordonné d'emmener en patrouille cinq hommes, qu'il pourra choisir comme il veut, ou que l'arbitre d'un concours de beauté pour chiens a le pouvoir discrétionnaire d'examiner les aides avant les boxers, si les règles ne prescrivent pas un ordre particulier. On emploie le terme en ce sens, non pas pour indiquer le caractère vague des standards ou la difficulté de les appliquer,

ou l'organe qui aura le dernier mot dans l'application, mais pour indiquer leur portée et le type de décisions qu'ils entendent déterminer. Si le sergent a reçu l'ordre de prendre les cinq hommes les plus expérimentés, il ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire au sens fort, car cet ordre entend déterminer sa décision. L'arbitre de boxe qui doit désigner le boxeur le plus combatif n'a pas de pouvoir discrétionnaire au sens fort, et cela pour les mêmes raisons <sup>11</sup>.

Si quelqu'un disait que le sergent ou l'arbitre a, dans ce cas, un pouvoir discrétionnaire, on comprendrait, si le contexte le permettait, qu'il emploie le terme dans l'un des sens faibles. Supposons par exemple que le lieutenant ordonne au sergent de choisir les cinq hommes qu'il considère comme les plus expérimentés et qu'il ajoute que le sergent a le pouvoir discrétionnaire de les choisir. Ou que les règles prescrivent à l'arbitre d'accorder la victoire au boxeur le plus combatif en lui donnant le pouvoir discrétionnaire de le déterminer. On devrait alors comprendre ces énoncés dans le second des sens faibles, comme relatifs à la question du contrôle de la décision. Le premier des sens faibles, selon lequel une décision exige qu'on utilise son jugement, serait ici oiseux et le troisième sens, le sens fort, exclu par les énoncés eux-mêmes.

Il convient d'éviter une confusion bien tentante. Le sens fort de pouvoir discrétionnaire n'est pas équivalent à la licence totale et n'exclut pas la critique. La plupart des situations, dans lesquelles on agit - y compris celles dans lesquelles il n'est pas question d'une décision soumise à une autorité spéciale et ainsi dans lesquelles il n'est pas question de pouvoir discrétionnaire - permettent l'usage de certains standards de rationalité, d'équité et d'efficacité. Nous nous critiquons les uns les autres pour nos actions, par rapport à ces standards et il n'y a aucune raison de le faire lorsque ces actes sont au centre plutôt qu'à la périphérie de l'espace de pouvoir d'un organe particulier. Ainsi, on peut dire que le sergent auquel on a donné le pouvoir de composer une patrouille discrétionnairement (au sens fort) l'a exercé bêtement ou négligemment ou avec de mauvaises intentions ou bien que l'arbitre, qui avait un pouvoir discrétionnaire dans la détermination de l'ordre dans lequel il examine les chiens, a eu tort d'examiner les boxers en premier, alors qu'il n'y avait que trois airdales à côté d'un nombre beaucoup plus grand de boxers. Qu'un organe possède un pouvoir discrétionnaire ne signifie pas qu'il soit libre de décider sans aucune référence à des standards de bon sens et d'équité, mais seulement que sa décision ne peut-être prédéterminée par un standard, qui aurait été fourni par l'autorité particulière, à laquelle on pense quand on pose le problème du pouvoir discrétionnaire. Bien entendu, cette espèce de liberté-là est importante, c'est pourquoi nous parlons de pouvoir discrétionnaire au sens fort. Celui qui dispose d'un pouvoir discrétionnaire au sens fort peut faire l'objet d'une

11. Je n'ai pas parlé de la tarte à la crème de la théorie du droit, le pouvoir discrétionnaire limité, parce que ce concept ne présente aucune difficulté particulière, si l'on se souvient qu'il s'agit d'un concept relatif. Supposons que le sergent ait reçu l'ordre de choisir « parmi » les hommes les plus expérimentés ou de « tenir compte de l'expérience ». On pourrait dire ou bien qu'il a un pouvoir discrétionnaire limité dans le choix de sa patrouille ou bien le pouvoir discrétionnaire total de choisir entre deux solutions : « choisir parmi les hommes les plus expérimentés ou décider ce dont il tiendra compte en plus.

critique, mais pas pour avoir désobéi, comme ce serait le cas pour un soldat. On peut dire qu'il a eu tort, mais non qu'il aurait privé quelqu'un d'une décision que celui-ci aurait eu le droit d'obtenir, comme ce serait le cas pour l'arbitre d'une compétition sportive ou d'un concours.

On peut revenir à présent, à l'aide de ces observations, à la doctrine positive du pouvoir discrétionnaire des juges. Selon cette doctrine, si la solution d'un litige ne peut être déterminée à l'aide d'une règle en vigueur, le juge doit trancher en exerçant un pouvoir discrétionnaire. On doit examiner cette doctrine et tester ses implications quant à notre analyse des principes, mais il faut d'abord rechercher dans quel sens on doit comprendre le pouvoir discrétionnaire.

Certains nominalistes soutiennent que les juges ont toujours un pouvoir discrétionnaire, même lorsqu'il existe une règle claire, car les juges sont au fond les créateurs ultimes du droit. Cette doctrine du pouvoir discrétionnaire emploie le second sens faible de ce terme, parce qu'elle utilise cet argument qu'aucune autorité supérieure ne contrôle les décisions du tribunal le plus élevé. Elle n'a donc aucune conséquence quant à la manière de rendre compte des principes, pas plus qu'elle n'en a quant à la manière dont il faut rendre compte des règles.

Tel n'est pas le sens que les positivistes attribuent à leur doctrine, car ils affirment qu'un juge n'a aucun pouvoir discrétionnaire lorsqu'il dispose d'une règle en vigueur claire. Si l'on examine l'argument des positivistes en faveur de cette doctrine, on peut soupçonner qu'ils parlent du pouvoir discrétionnaire dans le premier sens faible, pour signifier seulement que les juges doivent utiliser leur jugement lorsqu'ils appliquent des standards juridiques. Leurs arguments tendent à souligner que certaines règles de droit sont vagues (le professeur Hart affirme par exemple que toutes les règles de droit ont une « texture ouverte ») et qu'il arrive, comme dans l'affaire *Henningsen*, qu'aucune règle en vigueur ne convienne. Ils mettent l'accent sur le fait que les juges souffrent quelquefois sur des questions de droit et que deux juges ayant une expérience et une intelligence égales sont fréquemment en désaccord.

Ces arguments sont avancés facilement ; ce sont des lieux communs pour quiconque a quelque familiarité avec le droit. C'est bien la difficulté qu'il y a à supposer que les positivistes entendent le terme discrétionnaire au sens faible. La proposition selon laquelle en l'absence d'une règle claire, il faut user d'un pouvoir discrétionnaire, en ce sens qu'il faut utiliser son jugement, n'est qu'une tautologie. Elle n'a, de plus, aucune conséquence quant au problème des principes juridiques. Il est parfaitement cohérent de dire à la fois que, dans l'affaire *Riggs* par exemple, le juge a dû utiliser son jugement et qu'il avait l'obligation d'appliquer le principe

que nul ne peut profiter du mal qu'il a fait. Les positivistes parlent comme si leur doctrine du pouvoir discrétionnaire des juges était une vue pénétrante et non une tautologie et comme si elle pouvait avoir des conséquences quant à la manière de rendre compte des principes. Hart affirme, par exemple, que lorsque le pouvoir discrétionnaire du juge s'exerce, on ne peut plus dire qu'il est lié par les standards, et qu'on doit plutôt parler alors des standards qu'il « emploie en fait »<sup>12</sup> Hart estime que lorsque les juges jouissent d'un pouvoir discrétionnaire, les principes qu'ils invoquent doivent être considérés, dans une deuxième approche, comme ce que les tribunaux « se font un principe » de faire. Il semble donc que les positivistes quelquefois au moins, admettent dans leur doctrine le troisième sens, le sens fort de. En ce sens il a bien une conséquence pour la question des principes ; à vrai dire, il ne s'agit que d'une nouvelle formulation de notre seconde approche. C'est la même chose de dire que, lorsqu'un juge a épuisé le stock des règles, il a un pouvoir discrétionnaire, en ce sens qu'il n'est lié par aucun standard émis par une autorité juridique et de dire que les standards juridiques, que les juges invoquent à côté des règles, ne les lient pas.

Il nous faut donc examiner la doctrine du pouvoir discrétionnaire des juges dans son sens fort. J'utiliserai dorénavant le terme « pouvoir discrétionnaire » dans ce sens. Les principes, que les juges ont invoqués dans des affaires comme Riggs ou Henningsen, ont-ils déterminé leurs décisions, comme l'ordre reçu par le sergent de choisir les hommes les plus expérimentés ou l'obligation de l'arbitre de boxe de désigner le boxeur le plus combatif déterminent les décisions de ces autorités ? Quels sont les arguments, que pourrait avancer un positiviste, pour tenter de montrer que non ?

1) Un positiviste pourrait soutenir que les principes ne peuvent pas lier ou être obligatoires. Ce serait une erreur. On peut toujours se demander, bien entendu, si tel principe particulier est en fait obligatoire pour tel organe juridique. Mais il n'y a rien dans la nature logique des principes, qui puisse les empêcher d'être obligatoires. Supposons que, dans l'affaire Henningsen, le juge ait omis de tenir compte du principe que les fabricants d'automobiles ont une obligation spéciale envers les consommateurs ou du principe que les tribunaux doivent tenter de protéger ceux qui sont les plus faibles au moment de la négociation du contrat, mais qu'il ait tout simplement tranché en faveur du défendeur en se bornant à invoquer le principe de la liberté contractuelle, sans plus. Les critiques ne se seraient pas contentés de souligner qu'il n'aurait ainsi tenu aucun compte de certaines considérations sur lesquelles se fondent les autres juges depuis quelque temps. La plupart auraient affirmé qu'il était de son devoir d'envisager ces principes et que le demandeur avait le droit qu'il les envisage. On ne veut rien dire de

12. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 1961, p. 144.

plus, quand on dit qu'il y a une *règle* qui s'impose au juge, que ceci : qu'il doit l'appliquer si elle concerne l'affaire et que s'il ne le fait pas, et dans la mesure où il ne le fait pas, il commet une faute.

Il ne suffit pas de dire que, dans une affaire comme *Henning-sen*, le tribunal est seulement moralement obligé de tenir compte de certains principes ou qu'il est « institutionnellement » obligé ou obligé en raison de la nature du « métier » de juge ou d'autres choses du même genre. Cela laisserait subsister la question de savoir en quoi ce type d'obligation (quel que soit le nom qu'on lui donne) serait différent de l'obligation que les règles imposent aux juges et pourquoi cela nous autoriserait à dire que les principes et les politiques ne font pas partie du droit et ne sont que de simples standards extra juridiques (« que les tribunaux emploient en fait »).

2) Un positiviste pourrait soutenir que, même si certains principes sont obligatoires, en ce sens que le juge doit en tenir compte, ils ne peuvent déterminer un résultat particulier. La valeur de cet argument est plus difficile à mesurer, parce qu'on ne sait pas bien ce que peut signifier la proposition qu'un standard « détermine » un résultat. Cela peut signifier que le standard *dicte* le résultat à chaque fois qu'il s'applique, de telle sorte que rien d'autre ne compte. Dans ce cas, il est tout à fait vrai que les principes particuliers ne déterminent pas de résultat, mais ce n'est qu'une autre manière de dire que les principes ne sont pas des règles. Seules les règles dictent les résultats quoi qu'il arrive. Si l'on parvient à un résultat contraire, c'est que la règle a été abandonnée ou modifiée. Les principes ne fonctionnent pas de cette manière. Ils font pencher la balance dans un sens, mais pas de façon décisive : s'ils ne triomphent pas, ils demeurent intacts. Il n'y a aucune raison d'en conclure que les juges, qui doivent tenir compte des principes, conservent malgré tout un pouvoir discrétionnaire, car un ensemble de principes déterminent bien un résultat. Si un juge estime que les principes, qu'il est tenu d'appliquer, tendent vers une direction et que les principes, qui tendent vers la direction opposée, n'ont pas le même poids, alors il doit décider conformément aux premiers, de même qu'il doit appliquer la règle qu'il considère comme obligatoire. Bien entendu, il peut se tromper dans son évaluation des principes, mais il peut aussi se tromper quand il estime qu'une règle est obligatoire. On pourrait ajouter que le sergent et l'arbitre sportif sont dans le même bateau : il n'y a aucun facteur susceptible de déterminer quels sont les soldats les plus expérimentés ou les boxeurs les plus combattifs. Ces autorités doivent estimer le poids relatif de ces différents facteurs ; ils n'en ont pas pour autant un pouvoir discrétionnaire.

3) Un positiviste pourrait soutenir que les principes ne sont pas du droit, parce que leur autorité - et encore plus leur poids - sont, par essence, sujets à controverse. Il est vrai qu'en général, on ne peut *démontrer* l'autorité ou le poids d'un principe particulier,

comme on peut démontrer la validité d'une règle en donnant la référence d'une loi adoptée par le Congrès ou d'une décision de jurisprudence. En revanche on peut soutenir que tel principe existe et qu'il a tel poids, en faisant appel à un mélange de pratiques et de certains autres principes, dans lequel les implications de l'histoire législative et judiciaire coexistent avec l'appel aux pratiques et aux valeurs de la collectivité. Il n'y a pas de papier tournesol qui permette de mesurer la valeur de ces arguments. C'est affaire de jugement et des hommes raisonnables peuvent être en désaccord. Mais encore une fois, cela ne permet pas de distinguer le juge d'autres organes dépourvus de pouvoir discrétionnaire. Le sergent non plus n'a pas de papier tournesol pour déceler l'expérience, ni l'arbitre pour déceler la combativité. Ni l'un, ni l'autre n'a de pouvoir discrétionnaire, car il doit parvenir à une idée claire, même si elle est susceptible d'être controversée de ce que les ordres reçus, ou les règles, exigent de lui et agir ensuite sur le fondement de cette idée. Tel est également le devoir du juge.

Bien entendu, si l'une des autres théories positivistes est vraie - celle selon laquelle il y aurait dans chaque système juridique un test ultime permettant d'identifier le droit, comme la règle de reconnaissance de Hart - il s'ensuivrait que les principes ne font pas partie du droit en vigueur. Mais, l'incompatibilité entre l'existence des principes et la théorie positiviste ne saurait valoir comme argument en faveur de l'idée que les principes doivent être envisagés d'une manière particulière. Une chose est certaine : nous nous intéressons au statut des principes parce que nous désirons examiner la valeur du modèle positiviste. Un positiviste ne peut défendre sa théorie de la règle de reconnaissance en se bornant à la décréter ; si les principes ne sont pas susceptibles d'être soumis à un test quelconque, il lui faut présenter une autre raison qui interdirait de les considérer comme du droit. Comme les principes paraissent jouer un rôle dans les raisonnements sur les obligations en droit (témoin, encore une fois, les affaires *Riggs* et *Henningsen*), un modèle qui rend compte de ce rôle est supérieur à un modèle qui n'en rend pas compte et celui-ci ne peut pas venir à son propre secours.

Tels sont les arguments les plus évidents qu'un positiviste pourrait invoquer en faveur de la théorie du pouvoir discrétionnaire au sens fort et de la seconde approche des principes. Je dois alors mentionner encore un argument important contre cette théorie et en faveur de la première approche. A moins d'admettre que certains principes au moins lient les juges, et qu'ils forment un ensemble qui oblige ces juges à parvenir à certaines décisions particulières, aucune règle, en tout cas un très petit nombre, ne pourra non plus être considérée comme obligatoire pour eux.

Aux États-Unis et actuellement en Angleterre également, dans la plupart des matières jurisprudentielles, il n'est pas rare que les cours supérieures rejettent des règles en vigueur. Les règles de la

Common Law – celles qui ont été établies par des décisions antérieures – sont parfois directement écartées et parfois fondamentalement modifiées par une nouvelle évolution. Les règles d'origine législative sont soumises à l'interprétation et à la réinterprétation, quelquefois même alors qu'il ne s'agit pas de réaliser ce qu'on appelle « l'intention du législateur ». Si les tribunaux avaient le pouvoir discrétionnaire de modifier les règles en vigueur, alors ces règles ne s'imposeraient évidemment pas à eux et ne devraient pas être considérées comme du droit, d'après le modèle positiviste. Un positiviste doit donc soutenir qu'il y a des standards, qui eux-mêmes lient les juges et qui déterminent les cas dans lesquels un juge peut écarter ou modifier une règle en vigueur et ceux dans lesquels il n'est pas autorisé à le faire.

Quand un juge est-il donc ainsi autorisé à modifier une règle de droit existante ? Les principes peuvent contribuer de deux manières à répondre à cette question. En premier lieu, il est nécessaire, mais non suffisant, que le juge estime que le changement pourrait promouvoir un principe, qui ainsi justifierait le changement. Dans l'affaire *Riggs*, le changement (une nouvelle interprétation de la loi relative aux testaments) s'est trouvé justifié par le principe que nul ne peut profiter du mal qu'il a lui-même commis ; dans l'affaire *Henningsen*, la règle antérieurement établie sur la responsabilité des fabricants d'automobiles fut modifiée sur le fondement des principes mentionnés dans les motifs de l'arrêt.

Cependant, n'importe quel principe ne peut servir à justifier le changement, ou alors aucune règle ne serait jamais sûre. Il doit y avoir des principes qui comptent et d'autres qui ne comptent pas, et il doit y avoir des principes qui comptent plus que d'autres. Et on ne peut faire dépendre la solution des préférences personnelles d'un juge, qui choisirait, dans un océan de standards extra-juridiques susceptibles de lui servir celui qu'il érigerait en principe, parce qu'avec une telle solution on ne pourrait plus dire qu'il y a encore des règles obligatoires. On imagine en effet qu'un juge pourrait faire des choix parmi les standards extra juridiques, et justifier ainsi la mutation ou l'interprétation radicale de n'importe quelle règle, même la mieux établie.

En second lieu, tout juge qui propose de changer la doctrine en vigueur doit tenir compte de certains standards importants qui militent contre un changement de doctrine et ces standards sont aussi, pour la plupart, des principes. En fait partie la doctrine de la suprématie du législateur, qui est un ensemble de principes, qui prescrivent aux tribunaux de respecter les actes des assemblées législatives ; en fait partie également, la doctrine du précédent, autre ensemble de principes, selon lesquels la cohérence est productrice de justice et d'efficacité. La doctrine de la suprématie du législateur et celle du précédent tendent, chacune dans sa sphère, au sta-

tu quo, mais elles ne l'exigent pas absolument. Cependant les juges ne sont pas libres de choisir parmi les principes et les politiques qui forment ces doctrines, car si c'était le cas, encore une fois, aucune règle ne serait plus sûre.

Considérons alors ce que veut dire quelqu'un qui dirait qu'une certaine règle est obligatoire. Il peut vouloir dire que cette règle est positivement fondée par des principes, que le tribunal ne peut ignorer et qui sont ensemble plus importants que les principes qui militent en faveur du changement. Ou bien, il veut dire que tout changement serait mauvais au regard d'une combinaison du principe conservateur de la suprématie législative et de celui du précédent, que le tribunal ne peut ignorer délibérément. Fréquemment, il voudra dire les deux choses, car les principes conservateurs, qui sont des principes et non des règles, ne sont pas assez forts pour sauver une règle de Common Law ou une loi vieillissante, qui ne seraient pas justifiées par des principes de fond, que le tribunal est tenu de respecter. Dans les deux sens, cette phrase considère, bien sûr, les principes et les politiques comme du droit – de la même manière que les règles sont du droit. Elle les considère comme des standards, qui lient les organes de la collectivité et permettent de contrôler les décisions qu'ils prennent à propos des droits subjectifs et des obligations.

Il nous reste à examiner le problème suivant : si la théorie positiviste du pouvoir discrétionnaire des juges est ou bien sans intérêt, dans la mesure où elle emploie le terme de « pouvoir discrétionnaire » au sens faible, ou bien dépourvue de fondement, dans la mesure où tous les arguments qu'on peut énoncer en sa faveur échouent, pourquoi tant de juristes intelligents et raisonnables l'ont-ils épousée ? Tant que nous n'aurons pas répondu à cette question, nous ne pourrions nous fier complètement à notre analyse de cette théorie. Il ne suffit pas de souligner (bien que cela puisse contribuer à l'explication) que le terme de « pouvoir discrétionnaire » comporte plusieurs significations, qui peuvent être confondues, car, lorsque nous ne parlons pas du droit, nous ne confondons guère ces significations.

L'explication réside en partie dans la tendance naturelle qu'ont les juristes à associer dans leur esprit le droit et les règles et à concevoir « le droit » comme un ensemble ou un système de règles. Roscoe Pound, qui a diagnostiqué cette tendance il y a longtemps, pensait que les juristes de langue anglaise y sont poussés par le fait que l'anglais utilise le même mot, en changeant seulement d'article, pour désigner « une loi » (« a law ») et « le droit » (« the law ») alors que d'autres langues, au contraire, disposent de deux mots : « loi » et « droit », par exemple, et « Gesetz » und « Recht ». Cela peut certes avoir exercé une influence sur les positivistes de langue anglaise parce que le terme « une loi » évoque sans aucun doute l'idée d'une règle. Mais la principale raison, pour laquelle ils

associent ainsi le droit et les règles, est plus profonde et réside, je crois, dans le fait que la formation juridique a longtemps consisté à enseigner et à examiner les règles en vigueur, qui constituent le noyau dur du droit.

De toute manière, si un juriste conçoit le droit comme un système de règles et admet cependant, comme il y est contraint, que les juges modifient les règles anciennes et en posent de nouvelles, il est tout naturellement conduit à la théorie du pouvoir discrétionnaire au sens fort. Dans les autres systèmes de règles qu'il connaît (comme par exemple les jeux), les règles constituent le seul fondement qui puisse déterminer les décisions des autorités, de sorte que si un arbitre pouvait modifier une règle, il disposerait d'un pouvoir discrétionnaire quant à l'objet régi par cette règle. Les principes que les arbitres invoqueraient pour modifier les règles ne correspondraient qu'à des préférences personnelles érigées en types. Les positivistes considèrent le droit comme un base-ball revu et corrigé de cette manière.

Il y a une autre conséquence, plus subtile, de l'hypothèse de départ, selon laquelle le droit est un système de règles. Lorsque les positivistes traitent des principes et des politiques, ils les traitent comme s'il s'agissait de règles « manquées »<sup>13</sup>. Ils supposent que s'il s'agissait de standards juridiques, ils seraient nécessairement des règles et ils les interprètent comme des standards qui tenteraient de devenir des règles. Quand un positiviste entend l'argument selon lequel les principes juridiques font partie du droit, il prend cela pour un argument en faveur de ce qu'il appelle la théorie du « droit supérieur », selon laquelle ces principes seraient les règles d'un droit relatif au droit<sup>14</sup>. Il réfute alors cette théorie, en soulignant que ces « règles » sont parfois appliquées et parfois non, que pour chaque « règle » du type « nul ne peut profiter du mal qu'il a commis », il existe une « règle » concurrente, comme par exemple « le droit est favorable à la sécurité des actes juridiques » et qu'il n'y a aucun moyen de mesurer la validité de règles de ce genre. Il conclut alors que ces principes et ces politiques ne sont pas les règles valides d'un droit supérieur au droit, en quoi il a raison, car ce ne sont pas des règles du tout. Il conclut également qu'il s'agit de standards extra-juridiques, que chaque juge choisit dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire selon ses propres lumières, en quoi il a tort. Comme si un zoologiste, ayant prouvé que les poissons ne sont pas des mammifères, voulait en conclure qu'en fait ce ne sont que des plantes...

13. En français dans le texte (M.T.).

14. Voir par exemple, Dickinson, « The Law behind Law » pts. I) et 2), 29, *Columbia Law Review* 112, 254 (1929).