

1) La méthodologie du tableau analytique

Texte 1

Le présent livre a pour objet de proposer une présentation générale du *Common Law*. Pour accomplir cette tâche, d'autres outils sont nécessaires, en plus de la logique. C'est quelque chose de montrer que la cohérence d'un système appelle un résultat particulier, mais ce n'est pas tout. La vie du droit n'a pas été la logique, ce fut l'expérience. Les nécessités ressenties à une époque, les théories morales et politiques prévalantes, les intuitions de politique publique, avouées ou inconscientes, et même les préjugés que les juges partagent avec leurs concitoyens, ont joué un rôle bien plus grand que les syllogismes dans la détermination des règles selon lesquelles il fallait diriger les hommes. Le droit incarne l'histoire du développement d'une nation à travers de nombreux siècles, et l'on ne peut pas le traiter comme s'il ne contenait que les axiomes et les corollaires d'un livre de mathématiques. Pour savoir ce qu'il est, nous devons savoir ce qu'il a été et ce qu'il tend à devenir. Nous devons consulter alternativement l'histoire et les théories actuelles de la législation. Cependant, le travail le plus difficile sera de comprendre comment les deux se combinent pour former à chaque époque de nouveaux produits. L'essence du droit, à une époque donnée, correspond assez grandement, dans la mesure du possible, à ce que l'on considère alors comme convenable: mais sa forme et ses rouages, ainsi que la mesure dans laquelle il est susceptible de produire les résultats désirés, dépendent très largement de son passé.

Dans le Massachusetts, de nos jours, alors que, d'un côté, on trouve un assez grand nombre de règles qui se justifient suffisamment par leur bon sens manifeste, il y en a, d'un autre côté, que l'on ne peut comprendre qu'en les rapportant à l'enfance de la procédure au sein des tribus germaniques, ou bien à l'organisation sociale de Rome sous les Decemvirs

Je ferai usage de l'histoire de notre droit dans la mesure où celle-ci s'avère nécessaire pour exposer la conception ou l'interprétation d'une règle, mais pas davantage. En procédant de cette façon, il y a deux erreurs que l'auteur, aussi bien que le lecteur, doivent éviter de commettre. La première consiste à supposer, parce qu'une idée nous semble familière et naturelle, qu'il en fut toujours ainsi. Beaucoup de choses que nous prenons pour évidentes aujourd'hui furent en réalité combattues ou pensées avec beaucoup de difficultés dans les époques antérieures. L'autre erreur consiste dans l'exact opposé, c'est-à-dire dans le fait d'en demander trop à l'histoire. Commençons donc avec un être humain au faite de son développement. Nous pourrions supposer que les premiers barbares, dont les pratiques doivent être prises en considération, avaient, dans une grande mesure, les mêmes sentiments et les mêmes passions que nous.

Le premier sujet qui doit faire l'objet de l'analyse est la théorie générale de la responsabilité, civile et pénale. Le *Common Law* a changé de bien des manières depuis les plus anciennes sources dont nous disposons, et la recherche d'une théorie qui pourrait prétendre prévaloir relève en grande partie d'une étude des tendances. Je crois qu'il serait instructif d'en revenir aux formes anciennes de responsabilités et de commencer avec elles.

Texte 2

4. Si c'est possible, je voudrais poser les premiers principes pour l'étude de ce corps de doctrines ou prévision systématisée que nous appelons le droit, à l'intention de ceux qui veulent l'utiliser comme un instrument dans leur métier, qui leur permettra de prévoir, à leur tour, et, comme relatif à cette étude, je souhaite souligner un idéal que notre droit n'a pas encore atteint.

5. La première chose pour une approche pratique (*business-like understanding*) du sujet est de comprendre ses limites et c'est pourquoi il me paraît souhaitable de l'identifier et de rejeter d'entrée de jeu une confusion qui est faite entre la morale et le droit, laquelle se hausse parfois au niveau d'une théorie consciente mais la plupart du temps et, à vrai dire, constamment introduit localement du désordre dans la pensée sans parvenir à être perçue. Il est facile de se rendre compte qu'un homme méchant a autant de raisons qu'un homme bon de souhaiter éviter l'affrontement avec la force publique et, par conséquent, de voir l'importance, dans les faits, de la distinction entre morale et droit. Un homme qui n'a rien à faire de la règle morale à laquelle croient et se soumettent ses voisins est susceptible d'être très intéressé, par contre, à éviter une condamnation à payer et voudra, s'il le peut, ne pas se retrouver en prison.

6. Je compte sur tous mes auditeurs pour ne pas se tromper d'interprétation et considérer ce que j'ai à dire. Le droit est le témoin et le réceptacle externe de notre vie morale. Son histoire est l'histoire du développement moral de la race humaine. Sa mise en pratique, en dépit des railleries dont il fait communément l'objet, tend à produire de bons citoyens et des hommes bons. Quand j'insiste sur la différence entre le droit et la morale, je poursuis une fin unique, celle d'enseigner et de comprendre le droit. Pour cela, il est impératif de maîtriser ses traits spécifiques et c'est pourquoi je vous demande pour l'instant d'imaginer que vous êtes indifférents à d'autres choses plus élevées.

7. Je ne nie pas l'existence d'une perspective plus large dans laquelle la distinction entre le droit et la morale n'a plus qu'une importance secondaire ou n'a aucune importance, comme toutes les distinctions mathématiques s'évanouissent en présence de l'infini. Ce que je dis, c'est que la distinction est d'une importance primordiale pour l'objet qui nous préoccupe ici, à savoir une étude correcte et une maîtrise du droit comme métier avec ses limites bien définies, un corps de doctrine fermement circonscrit. Je viens de montrer la raison pratique pour laquelle il faut parler aussi. Si vous souhaitez connaître le droit et lui seul, vous devez vous mettre à la place du méchant qui a pour seul souci les conséquences matérielles qu'une telle connaissance lui permet de prédire, non pas à celle de l'homme bon qui trouve ses raisons d'agir, que ce soit par rapport au droit ou en dehors de lui, dans les sanctions moins précises que lui inflige sa conscience.

8. L'importance théorique de la distinction n'est pas moindre, si vous voulez mener une réflexion adéquate sur votre sujet. Le droit est plein de phraséologie empruntée à la morale et du seul fait de la force du langage, nous sommes continuellement invités à passer d'un domaine à l'autre sans nous en apercevoir et nous sommes sûrs de le faire si nous ne gardons pas constamment présente à l'esprit la frontière entre eux. Le droit parle des droits et des devoirs, de la malveillance, de l'intention, de la négligence, etc. et rien n'est plus facile ou, je dirais, plus commun dans le raisonnement juridique que de prendre ces mots dans leur sens moral, à une étape dans l'argumentation et ainsi de tomber dans l'erreur. Par exemple, quand nous parlons des droits de l'homme dans un sens moral (*rights of man*), nous entendons marquer les limites de l'interférence avec la liberté individuelle dont nous pensons qu'elles sont prescrites par la conscience ou par l'idéal que nous avons adopté, quelle que soit la manière dont nous y soyons parvenus. Cependant, il est certain que de nombreuses lois ont été appliquées par le passé et vraisemblablement certaines le sont aujourd'hui, qui reçoivent la condamnation de l'opinion la plus éclairée de leur temps et qui, en tout cas, excèdent la limite de l'interférence par rapport au lieu où la situeraient de nombreuses consciences.

9. En conséquence, il est manifeste que rien d'autre que la confusion de pensée ne peut naître du présupposé que les droits de l'homme au sens moral sont également des droits au sens de la Constitution et du droit. Indubitablement des cas simples et extrêmes peuvent être excipés de lois imaginaires que le législateur ne se hasarderait pas à voter même en l'absence d'interdictions constitutionnelles écrites parce que la communauté entrerait en lutte et en rébellion et cela donne une certaine plausibilité à la proposition selon laquelle le droit, s'il ne fait pas partie de la morale, est limité par elle. Cependant cette limite de pouvoir ne recouvre aucun système de

morale. En grande partie, elle se situe loin à l'intérieur des lignes de tout système de ce type et, dans certains cas, elle peut passer loin à l'extérieur d'elles pour des raisons tirées des habitudes d'un peuple donné à un moment donné. J'ai entendu un jour le Professeur Agassiz dire qu'une population germanique se soulèverait si vous augmentiez de deux cents le prix d'un verre de bière. Une loi, en pareil cas, ne serait que des mots vides, non pas parce qu'elle serait mauvaise mais parce qu'elle ne pourrait pas être appliquée. Personne ne niera que des lois mauvaises peuvent être appliquées et le sont et nous devrions ne pas tomber tous d'accord sur celles dont il s'agit quand nous parlions de lois mauvaises.

10. La confusion qui me préoccupe, affecte des conceptions reconnues comme juridiques. Prenez la question fondamentale de ce qui constitue le droit. Vous trouverez quelques auteurs qui affirmeront que c'est différent de la jurisprudence des cours du Massachusetts ou d'Angleterre, qu'il s'agit d'un système de raison, qui repose sur une déduction à partir de principes d'éthique ou d'axiomes ou de je ne sais quoi encore qui peut coïncider ou non avec les décisions. Par contre, si nous nous plaçons du point de vue de notre ami, le méchant, nous allons découvrir qu'il n'attache aucune importance aux axiomes ou aux déductions mais qu'il veut savoir ce qu'en fait, les cours du Massachusetts ou d'Angleterre feront vraisemblablement. Je partage amplement son opinion. La « prédiction » de ce que feront en fait les tribunaux, et rien de plus extraordinaire, voilà ce que j'appelle le droit.

Oliver Wendell Holmes, *La Passe étroite du droit*. (1897)

Texte 3

45. J'ai parlé de l'étude du droit et n'ai dit presque rien de ce dont on parle en général à ce sujet- les recueils de textes et les systèmes des cas et toute la machinerie qu'un étudiant rencontre le plus immédiatement. Je n'en dirai rien non plus. La théorie est mon sujet, pas la pratique, les détails pratiques. Les méthodes d'enseignement se sont améliorées depuis mon époque, sans aucun doute, mais le talent et le travail permettent de maîtriser les matériaux brut de toute manière. La théorie est la part la plus importante des doctrines juridiques, comme l'architecte est l'homme le plus important dans la construction d'une maison. Les progrès les plus considérables des vingt-cinq dernières années sont intervenus au niveau de la théorie. Il n'y a pas de raison de craindre l'éloignement de la pratique parce que, pour celui qui est compétent, cela signifie simplement aller au fond du sujet. Pour l'incompétent, il est parfois vrai, comme il a été dit, qu'un intérêt pour les idées générales signifie une absence de connaissance particulière. Je me souviens, à l'armée, avoir eu une jeune recrue qui, étant auditionnée pour le grade le plus bas et interrogée sur le mouvement d'un escadron, répondit qu'elle n'avait jamais envisagé les évolutions de moins de dix mille hommes. Mais il faut laisser les faibles et les fous à leur folie. Le danger est que les esprits pratiques et talentueux considèrent avec indifférence ou méfiance les idées dont le lien avec leur activité est éloigné. J'ai entendu, l'autre jour, l'histoire d'un homme qui avait un domestique auquel il payait un salaire élevé mais susceptible de déductions pour fautes. L'une de ces déductions était: « pour manque d'imagination, 5 dollars ». Ce manque n'est pas limité aux domestiques. L'objet de l'ambition, le pouvoir, prend en général aujourd'hui la forme de l'argent seul. L'argent est la forme la plus immédiate et fait à juste titre l'objet d'un désir. « La fortune », disait Rachel, « est la mesure de l'intelligence ». C'est un bon texte pour arracher les gens du paradis du fou. Mais, comme le dit Hegel, « en définitive ce n'est pas l'appétit mais l'opinion qu'il faut satisfaire ». Pour une imagination de quelque envergure, la forme ultime du pouvoir n'est pas l'argent, c'est le contrôle des idées. Si vous voulez des exemples, lisez *History of English Thought in the Eighteenth Century* de Leslie Stephen et voyez comment cent ans après sa mort les spéculations de Descartes étaient devenues une force pratique contrôlant la conduite des hommes. Lisez les ouvrages des grands juristes allemands et voyez combien Kant gouverne davantage le monde aujourd'hui que Bonaparte. Nous ne pouvons pas être tous des Descartes ou des Kant mais nous désirons tous le bonheur. Et le bonheur, j'en suis sûr pour avoir fréquenté beaucoup d'hommes qui avaient réussi, ne peut pas venir simplement d'être un conseil auprès de grandes entreprises ou d'avoir un revenu de cinquante mille dollars. Une intelligence assez grande pour être couronnée a besoin d'une autre nourriture que le succès. Les aspects les plus reculés et

les plus géniaux du droit sont ceux qui font son intérêt universel. C'est par eux que non seulement vous devenez un grand maître dans votre profession mais aussi que vous reliez votre sujet avec l'univers et percevez un écho de l'infini, un aperçu de son processus insondable, une intuition du droit universel.

Oliver Wendell Holmes Jr., *La Passe étroite du droit*. (1897)

Texte 4

Les villes et les communes peuvent-elles s'investir dans des activités commerciales?

Opinion des *Justices* Cour Suprême du Massachussets, 598, 607 (1892)

(La Chambre des Représentants du Massachusetts a requis l'opinion des *Justices* de la Cour Suprême de l'Etat du Massachusetts à propos de la constitutionnalité d'une proposition de loi qui autorise les communes et les villes à acquérir, vendre et distribuer du charbon et du bois aussi bien que du fuel. Le Président Field et les *Justices* Allen, Knowlton, Morton et Lathrop ont répondu par la négative. Barker répond par l'affirmative, « si les besoins de la population ne peuvent trouver satisfaction que de cette façon. » L'opinion de Holmes suit).

Je suis d'avis que, lorsque de l'argent est prélevé pour permettre à une institution publique d'offrir au public, sans aucune discrimination, un article de nécessité générale, le but n'en est pas moins public si l'article en question consiste en bois ou en charbon que quand il s'agit d'eau, de gaz ou d'électricité, ou d'éducation, pour ne rien dire des cas tels que l'aide aux démunis ou le prélèvement de terres pour l'établissement de voies ferrées ou les marchés publics.

Je ne vois aucun fondement pour refuser au corps législatif le pouvoir de promulguer les lois mentionnées dans les questions proposées. Le besoin ou l'opportunité d'une telle législation n'a pas à faire l'objet de notre considération.