

INSTITU
VILLE
LEYS

DROIT & PHILOSOPHIE

Numéro 13 - Novembre 2021

Aspects de la pensée juridique américaine

Paul W. Kahn, Duncan Kennedy, Lon L. Fuller

DIRECTEURS

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas)
Olivier Beaud (Université Panthéon-Assas)
Olivier Jouanjan (Université Panthéon-Assas)
Mélanie Plouviez (Université Côte d'Azur)

DIRECTRICE ADJOINTE

Élodie Djordjevic (Université Panthéon-Assas)

CONSEIL SCIENTIFIQUE

Jean-Pierre Coriat (Université Panthéon-Assas), Quentin Épron (Université Panthéon-Assas), Jean-François Kervégan (Université Panthéon-Sorbonne), Philippe de Lara (Université Panthéon-Assas), Charles Leben † (Université Panthéon-Assas), Pierre-Yves Quiviger (Université Panthéon-Sorbonne), Philippe Raynaud (Université Panthéon-Assas), Marie-France Renoux-Zagamé (Université Panthéon-Sorbonne), François Saint-Bonnet (Université Panthéon-Assas), Philippe Théry (Université Panthéon-Assas), Mikhaïl Xifaras (Sciences Po)

COMITÉ DE RÉDACTION

Manon Altwegg-Boussac (Université Paris-Est Créteil), Gregory Bligh (Université Paris-Est Créteil), Mathieu Carpentier (Université Toulouse I Capitole), Jérôme Couillerot (Université Lyon III), Thibault Desmoulins (Université Panthéon-Assas), Élodie Djordjevic (Université Panthéon-Assas), Charles Girard (Université Lyon III), Marc Goetzmann (Université Côte d'Azur), Gilles Marmasse (Université de Poitiers), Mélanie Plouviez (Université Côte d'Azur), Tristan Pouthier (Université d'Orléans), Themistoklis Raptopoulos (Université de Lorraine), Pierre-Marie Raynal (CY Cergy Paris Université), Céline Roynier (CY Cergy Paris Université), Patrick Savidan (Université Panthéon-Assas), Sabina Tortorella (Université Panthéon-Sorbonne), Mathilde Unger (Université de Strasbourg)

SECRÉTAIRE DE RÉDACTION

Thibault Desmoulins (Université Panthéon-Assas)

ASSISTANTE D'ÉDITION

Agathe de Montburon (Université Panthéon-Assas)

ADRESSE DE LA RÉDACTION :

Institut Michel Villey, Université Panthéon-Assas
12, place du Panthéon, 75231 Paris cedex 05
contact@droitphilosophie.com
www.droitphilosophie.com

Aspects de la pensée juridique américaine

Numéro coordonné par Denis Baranger

Droit & Philosophie

Numéro 13 (novembre 2021)

I. ASPECTS DE LA PENSÉE JURIDIQUE AMÉRICAINE.....5

Ouverture

Denis Baranger : Ouverture. *Devenirs de la science américaine du droit : Kahn, Kennedy, Fuller* 7

Paul W. Kahn

Paul W. Kahn : *Liberté et méthode*.....13

Paul W. Kahn et Aurélien de Travy : *Jurisprudence and the American Legal Imaginary: Hart, Fuller, Dworkin and the Origins of Originalism* 39

Denis Baranger : *Une science de l'ordre politique ? À propos de Paul W. Kahn, Origins of Order. Project and System in the American Legal Imagination, New Haven & London, Yale University Press, 2019*.....83

Duncan Kennedy

Mathilde Laporte : *Présentation* 91

Duncan Kennedy : *Utopian Rationalism in American Legal Thought* 97

Lon L. Fuller

Mathilde Laporte : *L'eunomie chez Lon L. Fuller*.....119

II. VARIA..... 141

Benno Zabel : *Les remous du « ou bien ... ou bien » La pensée de Carl Schmitt et les débats contemporains en philosophie du droit*..... 143

Pierre Moor : *Savoirs juridiques et savoirs sur le droit*169

AUTEURS 197

I. Aspects de la pensée juridique américaine

Denis Baranger

Ouverture

Devenirs de la science américaine du droit : Kahn, Kennedy, Fuller

Avec les textes ici réunis, on ne prétend bien sûr pas offrir un panorama complet de la pensée juridique américaine contemporaine. Leur lecture permettra cependant de se faire une idée assez juste des grands débats et des thèmes dominants de la théorie juridique américaine du vingtième siècle et de ce début de vingt-et-unième siècle. Deux fortes personnalités du droit américain contemporain dominent ce numéro : Paul Kahn et Duncan Kennedy. Notre revue s'honneure de publier un texte inédit de chacun de ces deux grands théoriciens du droit. Ce numéro contient aussi une étude substantielle consacrée à l'un de leurs éminents prédecesseurs : Lon L. Fuller. On ne souhaite pas exagérer l'unité de ce « bouquet » de textes. Les auteurs qu'il rassemble sont aussi différents qu'il est possible. Paul W. Kahn incarne une culture néo-humaniste du droit et de son interprétation, tournée vers les grands auteurs du « canon » de la pensée occidentale. Duncan Kennedy est l'un des représentants les plus éminents des *Critical Legal Studies*, un mouvement de critique radicale du droit et de la société. L'origine et la position dans le temps des textes ici rassemblés (allant de 1970 à 2021) sont également diverses. Leur propos ne converge pas, et on ne saurait dire qu'ils se complètent ou se répondent. Le seul trait d'union, peut-être, entre tous ces textes, est constitué par le fait que leurs auteurs, à un titre ou à un autre, entretiennent des liens de coopération et de confiance avec l'Institut Michel Villey.

Toutefois, par-delà cette composante de hasard ou de bonne fortune qui joue aussi un rôle dans la vie des revues scientifiques, ces textes si divers contribuent à une compréhension plus globale des transformations du droit et de la pensée juridique aux États-Unis depuis un siècle. L'ensemble apporte aux lecteurs français une vision beaucoup plus exacte d'un certain nombre d'évolutions sous-jacentes à la pensée juridique américaine : la « révolte » (Duncan Kennedy) menée par les auteurs du *Legal Process* à l'encontre de la première génération des réalistes américains ; l'influence importante d'un auteur positiviste anglais, H.L.A. Hart, sur les juristes américains et jusqu'à la Cour suprême ; la réaction anti-positiviste dont le porte-drapeau le plus éminent fut Lon L. Fuller ; la synthèse opérée à la génération suivante par Ronald Dworkin, et enfin, *last but not least*, la remise en cause du moralisme dworkinien par l'école « originaliste » qui domine désormais la Cour suprême.

PAUL W. KAHN

Paul W. Kahn (né en 1952) est aujourd'hui un des théoriciens du droit les plus importants aux États-Unis. Il a publié de nombreux ouvrages, mais est particulièrement connu pour son rôle dans le développement du courant de la *Cultural Study of Law*. *Droit & Philosophie* se réjouit de pouvoir publier une traduction en langue

française par Aurélien de Travy de son article « Liberté et Méthode ». Cet article est une réflexion de grande valeur sur l'enseignement humaniste du droit (« *law and humanities* ») et plus largement encore sur ce que doit être l'interprétation du droit et la mise en évidence de sa signification culturelle. Kahn insiste sur l'exigence éthique qui doit dominer la pratique individuelle de l'interprétation et la pratique collective de la pédagogie. En tant qu'il formule une éthique de la recherche et de l'enseignement juridiques, cet article mériterait d'être lu par tous ceux, professeurs et étudiants, qui sont engagés dans ces efforts conjoints d'interprétation du droit comme objet de culture et d'enseignement. Loin de toute finalité instrumentale (aider à une meilleure pratique juridique), la pédagogie au sein des facultés de droit est appréhendée par Kahn comme une « pratique de désapprentissage » visant à faire accéder au « monde de signification dans lequel des prétentions juridiques sont jugées persuasives pour des communautés données ».

Nous sommes également heureux de pouvoir publier dans ce numéro un article inédit de Paul Kahn, coécrit avec Aurélien de Travy. Cet article mobilise les concepts de « système » et de « projet » afin d'expliquer les mutations de la théorie juridique américaine depuis le début du vingtième siècle jusqu'aux années 2000. Ces concepts sont au centre du dernier livre de Paul Kahn : *Origins of Order*, auxquels une note de lecture est consacrée dans ce même numéro¹. Kahn y associe, comme il sait le faire, histoire des idées et histoire juridique de manière à faire émerger deux paradigmes centraux (« projet » et « système ») propres à expliquer le noyau des grandes doctrines juridiques américaines. L'article de Kahn et Travy (« *The Conceptual Origins of Originalism* ») fait appel à ce couple conceptuel pour rendre compte de plusieurs grandes controverses, à commencer par le débat qui opposa H.L.A. Hart à Lon L. Fuller sur les rapports entre moralité et droit. Le positivisme de Hart est présenté par Kahn et Travy comme la queue de comète d'une lignée doctrinale envisageant le droit comme un « « projet ». Au contraire, Lon L. Fuller, dont la théorie du droit est dominée par l'idée d'une « moralité interne » du droit, compris comme « fidélité », se manifeste comme le représentant d'une vision du phénomène juridique en termes de « système ». Les auteurs exposent ensuite, de manière dialectique, les idées de Ronald Dworkin comme une « synthèse américaine » entre projet et système. Ils montrent aussi comment la Cour suprême de l'époque Warren a pu se rallier à une « pratique interprétative » assez proche des idées de l'auteur de *Law's Empire*, tout en reprenant à Hart certains aspects de son positivisme². Toutefois, et c'est ce qu'annonce le titre même de l'article, les auteurs concluent par une analyse, à notre sens très neuve, de la manière dont l'originalisme – manifestement une doctrine du « projet » – s'est imposé comme un rejet des conceptions de Dworkin sur le droit comme pratique interprétative, dans le même temps qu'une récusation des méthodes de travail adoptées par la Cour suprême depuis *Brown v. Board of Education* (1954) jusqu'à *Obergefell v. Hodges* (2015) en passant évidemment par *Roe v. Wade* (1973). Au moment où, de l'autre côté de l'Atlantique, une remise en cause de *Roe v. Wade* et d'une partie de l'héritage libéral des Cours Warren (1953-1969) et Burger (1969-1986) semble à l'ordre du jour, les analyses de Kahn et Travy apportent au lecteur français de très

¹ D. BARANGER, « Une science de l'ordre politique ? À propos de Paul W. KAHN, *Origins of Order. Project and System in the American Legal Imagination* (Yale University Press, 2019) ».

² Les auteurs citent plusieurs opinions de membres de la Cour suprême où il est fait usage de la notion, typiquement « hartienne » de « *penumbra* », la « pénombre » d'indétermination du sens de la règle de droit, que Hart oppose à son « *core* », son noyau de détermination sémantique.

utiles clarifications. Leur article constituera désormais une ressource précieuse pour qui désire comprendre en profondeur le mouvement des idées en théorie du droit et, indissociablement, en droit constitutionnel américain.

DUNCAN KENNEDY

Duncan Kennedy (né en 1942) est connu en France, et à travers le monde, pour le rôle qu'il a joué dans le développement du mouvement des *Critical Legal Studies*. Comme le résume très justement Mathilde Laporte dans sa présentation :

Par leur insistance sur les faiblesses des théories défendant l'image d'un droit neutre, rationnel et cohérent, les positions théoriques des *CLS* ont profondément influencé la manière américaine de penser et de dire le droit, en offrant une critique construite de la pensée libérale.

Nous sommes particulièrement heureux de publier pour la première fois un document d'une particulière importance pour comprendre son parcours intellectuel : une partie substantielle de son *job paper* de 1970, qui fut soumis en vue de sa titularisation à la *Harvard Law School*³. La présentation de Mathilde Laporte expliquera aux lecteurs le contexte de la rédaction de ce document majeur. L'extrait que nous publions est consacré à la discussion d'un courant pratiquement ignoré en France jusqu'à l'importante thèse que vient de soutenir à son sujet Mathilde Laporte : la *legal process school*, qui tire son nom du *casebook* de Henry M. Hart et Albert Sacks.

Il n'est probablement pas anecdotique que Duncan Kennedy ait consacré un de ses tout premiers travaux à une analyse critique du *casebook* de Henry M. Hart et Albert Sacks. Quelle œuvre⁴, en effet, résume mieux l'idée d'un « droit neutre, rationnel et cohérent » ? C'est une telle vision du droit que Kennedy et celles et ceux qui l'entourent ont cherché à démythifier depuis lors. Un *caveat* s'impose peut-être à l'intention des lectrices et lecteurs français. La nature de la discussion conduite par Kennedy est propre à les prendre au dépourvu, car ses présupposés sont au rebours de ceux qui fondent les débats doctrinaux français.

D'une part, et c'est un point commun avec pratiquement toute la doctrine américaine, cette discussion transcende la distinction entre droit public et droit privé. La discussion par Kennedy du thème du « rôle et des fonctions des institutions spécialisées dans un système juridique » chez Hart et Sacks concerne tout autant les « *private orderers* » (personnes privées produisant de l'ordre social au moyen du droit) que « l'organisation de la sphère officielle » (*the organization of officialdom*). La question de l'ordre institutionnel optimal et des caractéristiques de la « spécialisation institutionnelle » est donc élargie à toutes les « institutions spécialisées », une terminologie qui déroutera sûrement quelque peu le juriste français. En France, cette discussion relèverait probablement de la séparation des pouvoirs,

³ Ce texte est demeuré plusieurs décennies dans les archives personnelles de l'auteur, abandonné à ce que Marx aurait appelé la « critique rongeuse des souris ». Il n'a jamais été publié, y compris aux États-Unis. *Droit & Philosophie* tient à exprimer sa profonde gratitude à Duncan Kennedy pour la confiance qu'il nous a manifestée en autorisant cette parution, ainsi qu'à Mikhail Xifaras, sans qui elle n'aurait pas été possible. Rappelons que Duncan Kennedy est fellow de l'Institut Michel Villey et a été en 2018 le titulaire de la Chaire Michel Villey (*Paris Jurisprudence lectures*).

⁴ Hormis peut-être l'étude d'Herbert Wechsler sur les « principes neutres » du droit constitutionnel (H. WECHSLER, « Toward Neutral Principles of Constitutional Law », *Harvard Law Review*, 73, 1959, n° 1, p. 1-35).

et donc des constitutionnalistes. Aux États-Unis, la séparation des pouvoirs constitutionnels n'est, on le voit, qu'un aspect du problème beaucoup plus vaste de l'optimisation de l'ordonnancement institutionnel visant à la production et à l'administration du droit. D'où le fait que, par exemple, tant le *casebook* de Hart et Sacks que Kennedy dans la discussion qu'il en propose, étendent leur champ d'intérêt aux contrats et à des « mécanismes de contrôle » d'une nature très variée. Il reste que, dans le *paper* de 1970, les problèmes examinés par Kennedy nous sembleront plus familiers : si un « planificateur » devait distribuer les rôles institutionnels entre le législateur et le juge, selon quels principes devrait-il opérer ? La question redevient assez intelligible pour nous.

Toutefois et d'autre part, nous devons, pour comprendre la réponse, appréhender un présupposé du débat qui, lui non plus, n'est pas habituel en France. Toute la discussion repose en effet sur une prémissse politico-morale de nature utilitariste : le but poursuivi par le système institutionnel qu'il s'agit ici de « planifier »⁵ est de produire un système de droit de nature à « maximiser les satisfactions humaines » dans la société. Il y a là une claire référence à l'idée du « plus grand bonheur du plus grand nombre » qui est au fondement de l'utilitarisme benthamien. Le constitutionnaliste ne peut qu'être frappé par l'identification que font Hart et Sacks – et que Kennedy cite sans la remettre en cause – entre l'adhésion de la Constitution américaine au principe du bien-être (*commitment to general welfare*) et l'objectif de maximisation de la satisfaction des besoins humains, « chaque individu comptant pour un ». Cette dernière formule paraît être une répétition des mots mêmes de Jeremy Bentham, autant d'ailleurs qu'elle traduit la prise en compte de présupposés de l'école économique néo-classique. C'est en ayant ces présupposés à l'esprit (utilitarisme et néo-classicisme marginaliste en économie) qu'il nous faut envisager le type de réponse apporté à la question « juge ou législateur ? » qui est au cœur du texte ici publié. La réponse de Kennedy est complexe, et nous ne prétendrons pas même l'esquisser ici, mais il faut en noter la nature fondamentalement sceptique : « l'exigence que les officiels agissent comme des utilitaristes » visant la maximisation du bien-être « n'est tout simplement pas compatible avec une règle “absolue” de spécialisation ». La solution typique du *Legal Process*, celle d'une « élaboration raisonnée » de la bonne réponse en droit, est ainsi remise en question.

Dans ce texte de jeunesse, à bien des égards remarquable, on décèle déjà certaines manières de penser qui se retrouveront par la suite chez l'auteur de la *Critique of Adjudication*. En particulier, Kennedy insiste dès 1970 sur les « zones de conflit » créées par la coexistence dans le droit américain de « principes dérivés de systèmes différents (idéologies, structures cognitives, philosophies, ou n'importe quel mot à la mode) ». On trouve aussi une attention aux « styles d'argumentation » qui sera ultérieurement présente dans son œuvre. Autrement dit : on pressent déjà que Kennedy avait l'intention d'asseoir sa propre prise de position vis-à-vis du droit américain sur une analyse approfondie de l'histoire doctrinale de ce droit.

⁵ Il y aurait un commentaire entier à consacrer au terme même de « *planner* » employé ici par Kennedy. Le « *planner* » est l'entité censée créer à partir de rien tout le système institutionnel et juridique. Cette fonction de planification centrale, qui va bien au-delà d'un « pouvoir constituant » au sens courant du terme, est typique du mode de pensée utilitariste. C'est de cette façon que Bentham – qui s'était présenté lui-même comme un « *projector* », un homme de projets – envisageait l'activité du gouvernant utilitariste.

LON L. FULLER

Un point important abordé par Kennedy dans son texte de 1970 est celui de la nature des contrôles et freins (*checks*) qui doivent être implantés dans un système de répartition des « spécialisations institutionnelles ». Kennedy conteste assez frontalement une solution visant, à cette fin, à mettre en avant la vertu morale des agents étatiques, ce qu'il formule en termes de « devoir de servir et d'agir en conformité avec les méthodes » du monde professionnel auquel appartiennent ces « officiels ». En arrière-plan se trouvent là mises à mal les idées de « fidélité » et de « moralité du droit » qui, même si Kennedy ne le cite pas, renvoient implicitement le juriste américain contemporain au nom de Lon L. Fuller. Les idées de Fuller sur la fidélité et la « moralité interne du droit » sont également analysées de manière pénétrante par Kahn et Travy dans leur article. Fuller est un juriste américain parmi les plus importants de son temps, mais il reste mal connu en France. Dans le récit de Kahn et Travy, Fuller est celui qui apporte une réponse au positivisme de Hart sans pour autant proposer une nouvelle variété de juralnaturalisme. Les auteurs insistent, à juste titre selon nous, sur le fait que Fuller ne prétendait pas être un partisan du droit naturel. La moralité dont il est question chez l'auteur *The Morality of Law* est interne au droit, en ce sens à la fois qu'elle résulte du concept même de droit – le droit n'est pas une « donnée amorphe » – et qu'il n'y a de droit que du moment que sont satisfaites des conditions systémiques d'ordonnancement. Comme le rappellent Kahn et Travy, Fuller mobilise pour le faire comprendre l'exemple du monarque imaginaire « échou[ant] à produire du droit » parce qu'il édicte des règles qui, mises ensemble, produisent un dispositif chaotique et inapplicable. L'article que consacre Mathilde Laporte à Fuller dans ce volume montre pour sa part brillamment que Fuller ne doit pas être réduit à sa doctrine de la moralité interne du droit. Il entendait plus largement inscrire ses idées sur le droit dans le cadre d'une « science [...] du bon ordre et des agencements sociaux réalisables » ou « *economics* ». Le trait saillant de cette doctrine, clairement mis en évidence par Laporte, est l'insistance sur l'analyse des moyens plutôt que des fins, à moins qu'il ne faille dire avec l'auteur de l'article que, chez Fuller, les moyens poursuivent « eux aussi [...] des objectifs moraux à part entière ». Fuller est représentatif d'une certaine vision de longue durée du droit anglo-américain – on trouve chez lui des proximités avec les visions des *common lawyers* anglais, voire des traces du conservatisme burkien. Il est en même temps une personnalité à part, dont la pensée rentre mal dans les grandes classifications.

Avant de clore cette (trop longue) *ouverture*, on ne peut qu'insister une dernière fois sur la qualité théorique des textes ici présentés et le dynamisme intellectuel qu'ils manifestent. L'aperçu que donneront les études réunies dans cette livraison de *Droit & Philosophie* est, on l'a dit, nécessairement incomplet et sélectif. Si on peut espérer une chose, c'est que les lecteurs soient *déstabilisés* par la lecture de ces textes : que leur publication permette de mesurer combien, à la fois, la culture juridique américaine est difficile et utile à connaître. Il n'est pas impossible que la pensée juridique française ait quelque chose à y gagner.

Denis Baranger

Denis Baranger est Professeur de droit public à l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

Paul W. Kahn

Liberté et méthode *

Traduit de l'anglais par Aurélien de Travy

En tant que professeur de « *law and humanities*¹ », mes préoccupations méthodologiques se distinguent assez nettement de celles qui animent les chercheurs tournés vers les sciences sociales. Néanmoins, les questions de méthode ont été pour moi un sujet de réflexion au moins depuis que j'ai écrit *The Cultural Study of Law* il y a près de vingt ans². J'y ai proposé, et j'ai depuis poursuivi, une approche du droit qui s'inscrit résolument dans la tradition de la recherche philosophique, littéraire et historique des humanités. Cette tradition, non seulement en droit mais aussi dans l'enseignement supérieur, est aujourd'hui menacée pour des raisons qui ne sont pas sans rapport avec des questions de méthode – ou peut-être plus précisément avec une mauvaise appréhension des limites de la méthode. Dans cet article, je me propose d'expliquer et de défendre l'absence de méthode caractéristique des humanités. Cela ne signifie pas que la réflexion y procède de façon désordonnée, mais plutôt qu'il n'y a pas de moyen d'isoler les questions de méthode des questions de fond. La position que je vais défendre doit répondre à deux objections : une première objection selon laquelle, en l'absence de méthode, la recherche ne deviendrait rien d'autre que l'expression de valeurs personnelles ; et une seconde objection d'après laquelle, sans méthode, l'enseignement ne serait pas possible. Je répondrais à ces deux objections en plaident pour une interprétation considérée comme une pratique éthique.

* Traduction réalisée par Aurélien de Travy et relue par Denis Baranger, depuis une version originelle parue sous la référence : P.W. KAHN, « Freedom and Method », in R. VAN GESTEL, H.-W. MICKLITZ, E.L. RUBIN (ed.), *Rethinking Legal Scholarship. A Transatlantic Dialogue*, Cambridge University Press, p. 499-524 (reproduced with permission of the Licensor through PLSclear). Le traducteur voudrait remercier Paul W. Kahn pour sa disponibilité et ses conseils dans la traduction de ce texte.

¹ Dans les écoles de droit américaines, l'expression « *law and humanities* » renvoie à une approche disciplinaire qui choisit d'inscrire le droit dans les humanités, aux côtés de la rhétorique et de la philosophie. En faisant le choix d'approcher le droit comme un produit culturel plutôt qu'à la manière d'un fait, la recherche en « *law and humanities* » souhaite faire valoir la possibilité d'une pratique interprétative savante se différenciant tant de la dogmatique juridique traditionnelle, que des sciences sociales d'orientation empirique, qui ont bénéficié d'un ascendant notable dans les écoles de droit américaines depuis le moment réaliste du début du XX^e siècle. En adoptant cette perspective, l'auteur cherche plus particulièrement à explorer l'ensemble de croyances et d'attentes qui constituent l'imaginaire social au sein duquel un système juridique opère. Cet article est une illustration et une défense de cette orientation de recherche (NdT).

² P.W. KAHN, *The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scholarship*, Chicago, University of Chicago Press, 1999.

I. POSITION DU PROBLÈME

Le spécialiste des humanités aborde le droit comme il aborde tout autre objet d'étude : c'est-à-dire comme une affaire d'interprétation. Les questions de méthode sont problématiques pour les humanités dans la mesure où l'interprétation est un acte libre et créatif. La création ne peut pas être soumise à des règles, et sans règles, il ne peut y avoir de méthode. Les humanités doivent pourtant être enseignées. La pédagogie exige de la méthode, quand bien même le sujet en serait dépourvu. Platon exprime l'idée d'une méthode de ce qui en est dépourvu dans la *République*. Il y décrit la méthode d'un long apprentissage destiné aux futurs gouvernants. À la toute fin de cette formation se trouve cependant un moment d'introspection qui se situe au-delà des mots³. Ce qu'il est le plus précieux de savoir ne répond à aucune méthode. Platon appelle cette vérité transcendante « l'idée du Bien ». Il est suggéré que l'enquête, ainsi recommandée, est une pratique éthique : l'interprétation met en jeu une idée du Bien, ou, comme on tend à le dire, les valeurs d'une communauté.

Le problème de l'épuisement de la méthode est un sujet connu également de la réflexion religieuse. Le rituel répond à une méthode, mais la foi dans son principe en est dépourvue. Nous pourrions parler similairement de l'amour : la charité peut suivre une méthode, mais l'amour tient dans cette ouverture à une exigence infinie, qui se situe toujours au-delà de toute méthode⁴. Cette idée est familière aux arts créatifs : la technique peut être enseignée, mais la création du beau exige une liberté dépassant la technique. On peut aller plus loin : la science ordinaire repose sur une méthode, mais il n'y a pas de méthode rendant compte des changements de paradigme⁵. Qu'en est-il alors de la politique ? La politique ordinaire peut suivre une méthode, mais une révolution ne répond à aucune méthode.

Ces exemples nous donnent une idée précise des limites des questions de méthode. L'idée même de méthode suggère la routine et la normalisation. Au-delà de la méthode se trouve l'idée d'un sujet libre qui nous apparaît dans les dimensions de la connaissance, de l'art, de la politique, de la religion, et de l'amour. Dans chacun de ces domaines, la méthode atteint ses limites, et pourtant, quelque chose de plus est à l'œuvre. Des présentations contemporaines ont tendance à parler de norme et d'exception⁶. Ils soulignent que l'exception est un moment de décision : c'est à nous de décider de la révolution, de la foi, de la beauté, de l'amour, ou du bien. La décision, comme le disait Carl Schmitt « d'un point de vue normatif [...] émane d'un néant⁷ ». De telles émanations se trouvent par-delà toute méthode.

Ce quelque chose de plus, cette décision, cette exception, sont autant de moyens d'insister sur la liberté du sujet. On ne peut rendre compte de notre expérience par aucune forme de déterminisme, que ce soit en termes de causes ou d'effet ou en termes de preuve formelle. C'est pour cette raison que Kant entreprit d'écrire sa

³ PLATON, *La République*, trad. R. Baccou, Paris, Garnier Frères, 1966, 521c–533c.

⁴ Voir S. CRITCHLEY, *Une exigence infinie. Éthique de l'engagement, politique de la résistance*, Paris, François Bourin, 2013 ; E. LEVINAS, *Humanisme de l'autre homme*, Montpellier, Fata Morgana, 1972.

⁵ Voir P. FEYERABEND, *Contre la méthode. Esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*, Paris, Seuil, 1979 ; Th. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1970.

⁶ Voir par ex., G. AGAMBEN, *État d'exception*, Paris, Seuil, 2003.

⁷ C. SCHMITT, *Théologie Politique*, trad. J.-F. Schlegel, Paris, Gallimard, 1988, p. 42.

*Troisième Critique*⁸. La Première avait pour objet la mise en ordre par l'entendement de toute expérience comme l'effet d'une cause : il n'y a pas de phénomène qui ne puisse être expliqué comme un effet résultant des conditions l'ayant précédé⁹. La *Seconde Critique* portait sur la capacité de la raison à déterminer la volonté par la seule forme du droit – l'impératif catégorique¹⁰. La *Troisième*, au contraire, avait pour thème la liberté de l'imagination, qui est au cœur de l'activité d'interprétation et des prétentions au jugement. Le droit est, lui aussi, une pratique de la liberté reposant sur l'interprétation et le jugement.

Une opinion répandue du droit veut qu'il s'agisse de cette partie de la politique qui a été ramenée à des règles. Et s'il y a des règles, on peut concevoir qu'il y ait une méthode. Mais entre la règle de droit et son application, il doit y avoir une décision. La règle doit être interprétée en tenant compte des circonstances du cas d'espèce. Le droit est pour l'essentiel un exercice consistant à persuader et à être persuadé de l'interprétation correcte d'une règle. L'argumentation juridique procède par analogie et distinction. Lorsque nous sommes persuadés par une analogie, nous ne nous contentons pas de suivre une règle ou un élément de preuve. Nous faisons plutôt intervenir notre imagination. Toute interprétation, et pas seulement l'analogie, relève d'une persuasion sans démonstration¹¹. La conclusion résulte de la décision ; nous ne savons ce qu'est le droit qu'après avoir décidé, c'est-à-dire après avoir été persuadés¹². C'est sur cela que repose la possibilité d'envisager le droit en tant que pratique de la liberté.

Le chercheur en humanités procède également à des analogies ou à des distinctions afin de persuader. La manière dont nous procérons pour persuader et les voies par lesquelles nous sommes persuadés sont toutes une question d'*ethos*, c'est-à-dire de caractère¹³. Il n'existe pas d'interprétation « neutre », car il n'y a pas d'interprétation sans décision. L'interprétation n'est jamais un acte innocent. Les juges, pour la plupart d'entre eux, se refusent à reconnaître cette proposition. La responsabilité du chercheur n'est pas d'utiliser cette remarque pour critiquer les juges, mais d'appréhender de manière satisfaisante les implications de la décision prise comme point de rencontre entre l'être et le bien.

La conviction qu'il existe une relation entre l'interprétation et le caractère est au fondement de l'éducation libérale. C'était exactement la finalité de la pédagogie socratique, et c'est la raison pour laquelle les dialogues vont et viennent si librement entre un questionnement descriptif et normatif. Ce modèle pédagogique n'est

⁸ E. KANT, *Critique de la faculté de juger*, trad. A. Philonenko, Paris, Vrin, 2000.

⁹ E. KANT, *Critique de la raison pure*, trad. A. Tremesaygues et B. Pacaud, Paris, PUF, 2012.

¹⁰ E. KANT, *Critique de la raison pratique*, trad. Fr. Picavet, Paris, PUF, 1960.

¹¹ Bryan Garsten attribue cette idée à Rousseau (voir B. GARSTEN, « Persuading Without Convincing: Rousseau », in B. GARSTEN, *Saving Persuasion: A Defense of Rhetoric and Judgment*, Cambridge, Harvard University Press, 2006, p. 55-83).

¹² Je développe ce point dans ma discussion de Schmitt et de ses critiques dans : P. KAHN, *Political Theology. Four New Chapters on the Concept of Sovereignty*, New York, Columbia University Press, 2011, p. 76-85.

¹³ ARISTOTE, *Rhétorique*, trad. Ch.-E. Ruelle et P. Vanhemelryck, Librairie générale française, 2007, I.2.1356a5-20. Voir aussi E. GARVER, *For the Sake of Argument: Practical Reasoning, Character, and the Ethics of Belief*, Chicago, University of Chicago Press, 2004 ; J.B. WHITE, *Heracles' Bow: Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*, Madison, University of Wisconsin Press, 1985, p. 34.

nullement anachronique. Nous ne pourrons justifier les pratiques d'une éducation qu'aussi longtemps que nous comprendrons la pensée comme un exercice de responsabilité éthique¹⁴. Nous voulons que nos étudiants portent des jugements et qu'ils aient du jugement ; nous souhaitons que ces deux idées du jugement coïncident dans une vie consacrée à la réflexion critique sur soi-même. La méconnaissance de ce lien entre interprétation et caractère joue un rôle déterminant dans l'agression dont sont aujourd'hui victimes les universités. Qui plus est, ce même échec compromet la possibilité de répondre aux critiques qui ne voient aucun avantage réel à investir dans l'éducation libérale.

II. CONTRE LA MÉTHODE

La dimension politique de l'interprétation est manifeste non seulement dans les récents assauts dirigés contre l'éducation libérale, mais aussi dans la critique récurrente du caractère interprétatif du droit constitutionnel américain. L'absence d'une méthode qui lui soit propre amène les critiques à considérer que l'interprétation n'est qu'un prétexte pour imposer les valeurs personnelles des juges et des universitaires. Le critique ne perçoit que deux possibilités : soit il existe une méthode garantissant une objectivité, soit le jugement est subjectif, et obéit à des valeurs personnelles¹⁵. Selon ce raisonnement, une autorité s'exerçant sans méthode doit être encadrée par des institutions robustes, politiquement responsables, ainsi que par des procédures neutres.

Ce qui est sans méthode peut-il prétendre à une forme d'objectivité permettant de distinguer un bon jugement d'un mauvais¹⁶ ? J'aborde cette question en deux temps. J'explique d'abord ce que j'entends par le fait qu'il ne puisse pas y avoir de méthode d'interprétation, dans la mesure où l'interprétation est un acte libre. Je fais ensuite appel à un exemple pour explorer ce qui rend une interprétation plus ou moins réussie.

III. L'ŒUVRE DE L'IMAGINATION

Commençons par un puzzle socratique. Nous pouvons enseigner un savoir-faire artisanal, des connaissances abstraites et des faits. Dans chacun de ces cas, nous ne nous limitons pas à transmettre un ensemble de propositions à mémoriser. Nous enseignons plutôt une méthode. Un artisan sait comment employer ses talents pour satisfaire toute une série de demandes, de la même manière qu'un géomètre peut

¹⁴ Sur la pensée et le point de vue de l'autre, voir H. ARENDT, *La Vie de l'esprit*, vol. 1, *La pensée*, trad. L. Lotringer, Paris, PUF, 1981.

¹⁵ Le plus important défenseur de l'opinion selon laquelle il s'agit là des deux seules alternatives est le juge Scalia. Voir récemment, A. SCALIA et B. GARNER, *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, St Paul, Thomson/West, 2012.

¹⁶ La réponse du réalisme juridique s'accordait sur l'absence de méthode en interprétation, mais en concluait à la nécessité d'une évaluation conséquentialiste des décisions. L'objectivité du droit devait se trouver dans cette rationalité instrumentale. Cette approche a toujours été exposée à la réponse que la planification de l'action publique relevait du ressort des législatures et des agences administratives.

identifier l'ensemble des formes possibles, et qu'un scientifique est à même d'étudier toutes sortes de phénomènes. Un artisan n'est pas maître de son art s'il ne peut réaliser qu'un seul pot ; un géomètre est en échec s'il ne connaît que les propriétés d'une seule forme ; un scientifique échoue s'il ne peut reproduire qu'une unique expérience.

Bien qu'il reconnaissse le lien entre discipline et méthode, Socrate est déconcerté par l'affirmation de l'oracle selon laquelle c'est lui, Socrate, qui est le plus sage des hommes¹⁷. Il n'est pourtant maître d'aucune discipline – à l'exception peut-être de la taille de pierre, qui ne semble guère être une forme de sagesse. Ce qu'il sait est quelque chose à son sujet : il s'agit de sa propre ignorance. Il sait qu'il ne sait pas et il se comporte envers les autres sur la base de cette connaissance. Ce détail est important : connaître son ignorance n'est pas la même chose qu'être ignorant. L'ignorance socratique n'est pas une lacune qu'il faudrait combler ; il s'agit bien plutôt d'une pratique.

La manière socratique d'entamer le dialogue reflète l'action d'un sujet libre. Chaque dialogue commence avec certaines convictions et se conclut dans cette situation indéterminée et inédite indiquant la capacité du sujet libre à transcender ses convictions et ses pratiques. Socrate ne sait pas à l'avance où la conversation pourra mener. La conversation se poursuit jusqu'à ce qu'elle soit interrompue par les nécessités de la vie ordinaire. On trouve une de ces nécessités ordinaires dans le jugement d'un tribunal, condamnant Socrate à mort. Nous apprenons de ces conversations non pas en découvrant une proposition générale qui les unit, mais en les considérant comme des exemples. Suivre l'exemple de Socrate, c'est donc laisser le dialogue nous conduire où qu'il puisse nous mener. Cela demande de faire preuve d'une capacité à s'impliquer, pas à faire preuve de méthode. Le fait que nous puissions nous engager dans une telle démarche de réflexion dont l'issue n'est pas connue d'avance exprime notre capacité à transcender les convictions et pratiques particulières que nous pouvons avoir à un moment donné.

En présentant l'origine de cette démarche intellectuelle dans les occupations ordinaires des Athéniens, Platon souligne que cette liberté n'est pas exceptionnelle. C'est même le contraire : la démarche socratique banalise ce moment de liberté clairement visible dans l'exception. En nous attachant trop à l'exception, nous dénaturons notre liberté, qui n'a rien d'exceptionnel. La liberté est réalisée partout où nous pensons par nous-même. Cela commence par la détermination à se confronter librement les uns avec les autres. Comme une discussion sans entraves nécessite de faire preuve d'investissement, penser constitue un engagement éthique. Une personne refusant de s'engager dans une conversation apparaît récalcitrante, têteue, fermée d'esprit ou tout simplement empreinte de préjugés. Une personne qui n'est pas honnête dans ses réponses peut en effet faire preuve de duplicité, elle paraît manipulatrice ou indigne de confiance. En pensant librement, nous prenons conscience de la valeur, mais aussi des vertus, qui font de nous un sujet libre. Ces vertus du caractère sont importantes car un dialogue véritable présente toujours un risque considérable pour les convictions et les attentes que chacun entretient. Ne serait-ce que l'entamer exige une certaine forme de courage. Le caractère conserve une importance dans la poursuite du dialogue, car cet échange, en tant

¹⁷ PLATON, « Apologie de Socrate », in PLATON, *Œuvres complètes*, trad. E. Chambray, Paris, Classiques Garnier, 1959, 21a-b.

qu’acte libre, demeure imprévisible¹⁸. À mesure que nos convictions passées disparaissent, nous ne pouvons compter que sur le caractère – le nôtre et celui de nos interlocuteurs. En cela, c’est le caractère qui crée les conditions de l’enquête. Pour cette raison, Platon s’inquiétait du fait que la philosophie ne soit pas une activité à la portée des jeunes gens : sans caractère, la liberté peut se révéler dangereuse.

Le caractère trouve également à se révéler dans les choix réalisés au cours de notre démarche d’interprétation. Nous disons quelque chose de nous-même par les exemples que nous donnons, les analogies que nous faisons, les questions que nous choisissons de poser. Le dialogue nous entraîne, mais pas à la manière dont un guide conduirait un aveugle. Il nous conduit par la persuasion, et celle-ci est fonction de ce à quoi nous attachons ou pouvons être amené à attacher de l’importance.

En guise de méthode, Socrate parle de son « *daimôn* »¹⁹. Platon aborde cette idée lorsqu’il évoque les esprits ou les muses qui inspirent la poésie, ce par quoi il entend toute la gamme des œuvres de création. Cette idée nous est familière : il y a de la folie dans la création. C’est pour cette raison qu’un artiste ne peut pas rendre compte de la manière dont il a accompli son œuvre. Il n’a pas suivi de méthode qu’il puisse nous indiquer. Lorsque nous créons librement, nous éprouvons le sentiment de nous élever au-dessus de nous-mêmes. Nous sommes tout à fait à l’aise avec cette idée dans les arts – nous parlons de « génie créatif » – mais cette observation s’étend à toute pratique interprétative.

Arendt est la philosophe moderne qui s’est le plus intéressée au rapport qu’entre tiennent liberté, création et pensée. Pour les besoins de sa démonstration, elle introduit une nouvelle terminologie distinguant l’action du travail et de l’œuvre²⁰. Le travail est ce que nous réalisons par nature ; l’œuvre tient dans la production. Le recours à une méthode fait de notre capacité à œuvrer « notre seconde nature », car la méthode autorise une répétition sans fin. On peut travailler à l’usine, tout comme à l’université. Lorsque nous confions à nos assistants de recherche le soin de procéder à des régressions sur des données, ils travaillent. Ce personnel peut alors être remplacé par une machine, au même titre qu’on peut substituer un ordinateur à l’assistant de recherche. L’action, en revanche, ne répond pas à une méthode. Elle est sans cesse renouvelée, toujours imprévisible. Sur le plan politique, l’action se traduit par la révolution. Le problème incomptant au constitutionnalisme, selon Arendt, est de concevoir des structures au sein desquelles une politique de l’action libre puisse se perpétuer après le moment de la révolution²¹. C’est précisément la difficulté de définir une méthode pour un sujet qui en est dépourvu, et Arendt fait peu de progrès en vue de résolution de ce paradoxe.

Arendt considère que l’*agora* athénienne a été le berceau aussi bien de la réflexion philosophique que de la citoyenneté démocratique. L’action et la pensée sont deux manières de caractériser l’activité d’un sujet libre, qui se recouvrent en partie. Le bureaucrate moderne, selon elle, n’est en mesure ni de penser, ni d’agir.

¹⁸ Dans les dialogues de Platon, Alcibiade représente le danger d’une liberté sans caractère.

¹⁹ PLATON, « *Apologie de Socrate* », in *Œuvres complètes*, op. cit. 31d.

²⁰ H. ARENDT, *Condition de l’homme moderne*, trad. G. Fradier, in H. ARENDT, *L’Humaine Condition*, Paris, Gallimard, 2012.

²¹ H. ARENDT, *De la révolution* (1964), trad. M. Berrane et J-F. Hel-Guedj, Paris, Gallimard, 2012. Arendt spéculle de manière peu convaincante sur les bienfaits des soviets locaux et des conseils municipaux. *Ibid.* p. 554-555.

Une façon de présenter la situation du bureaucrate est de dire qu'il applique une méthode là où il pourrait réaliser la possibilité de la liberté. Lorsque la politique devient une œuvre dénuée de pensée, elle peut conduire à des atrocités²².

En dépit de son livre sur le procès Eichmann, Arendt n'était pas vraiment une grande philosophe du droit. Elle se souciait plus de révolution que de droit. Son contemporain, Carl Schmitt, a quant à lui porté son attention sur la nature de la liberté offerte par le droit. Ces recherches l'ont conduit, dans un premier temps, à une théorie de l'exception comme lieu d'une liberté sans ambages de la décision souveraine, qui est au-dessus de toute méthode ; elle ne se déduit d'aucune règle, quand bien même elle vise à garantir un ordre juridique. Ce qui est plus important, bien que moins remarqué, c'est que ce même intérêt pour la relation de la liberté et du droit a amené Schmitt au problème de la décision judiciaire²³.

Schmitt se range aux côtés des juristes réalistes – et plus tard des membres des *Critical Legal Studies* – pour considérer qu'une règle juridique ne s'applique pas d'elle-même. Entre la règle de droit et le jugement, il y a inévitablement un fossé que seul un acte libre peut franchir. Il appartient alors au juge de décider ce que signifie le droit. Il ne peut y avoir de méthode par laquelle un juge pourrait déterminer l'application correcte d'une règle dans une affaire controversée²⁴. Le fait même de la contestation signifie que quelle qu'en soit l'issue, chacun des résultats s'appuiera sur la règle comme leur fondement. Dans pareille situation, ce n'est pas la règle qui détermine le jugement, mais le jugement qui décide du sens de la règle. Nous ne saurons ce que signifie la règle qu'une fois le jugement rendu. La règle de droit ne supprime pas la liberté du juge ; elle requiert cette liberté pour sa propre réalisation. Le droit n'est pas un projet de réduction de ce surplus dont nous avons parlé, de remise en ordre de ce qui serait désordonné. Croire cela, c'est être captif d'une représentation erronée. Cela revient à penser que, comme de nombreux romans ont été composés, il en reste peu à écrire. Notre liberté se confronte toujours à des frontières ; ces frontières ne réduisent pas pour autant notre liberté²⁵.

Un jugement n'est pas la mise en application d'une méthode. C'est pourquoi nous parlons du jugement non seulement comme un acte, mais comme une qualité personnelle : quelqu'un qui a du jugement portera de bons jugements. Quelqu'un qui manque de jugement ne peut pas substituer de méthode à son caractère. Une personne qui fait preuve de peu de jugement – une question de caractère – prendra de mauvaises décisions. On ne saurait lui faire confiance. Il en va de même pour d'autres entreprises interprétatives. Ainsi, un artiste talentueux doit posséder une disposition artistique. Nous ne trouverons probablement pas d'exemples d'œuvres de création tout à la fois isolées et abouties – en droit ou dans les arts – dans la mesure où l'acte de création repose sur le caractère de son auteur. Il en va de même

²² H. ARENDT, *Eichmann à Jérusalem, Rapport sur la banalité du mal*, trad. A. Guérin, Paris, Gallimard, 1966. Eichmann se présente d'ailleurs lui-même comme ayant suivi la règle kantienne. *Ibid.* p. 255-257.

²³ C. SCHMITT, *Théologie politique*, *op. cit.*, ch. 2.

²⁴ Voir St. FISH, « Dennis Martinez and the Uses of Theory », *Yale Law Journal*, n° 96, 1987, p. 1773-1800 ; voyez aussi le célèbre *dictum* de Kierkegaard selon lequel « l'instant de la décision est une folie », discuté dans P. KAHN, *Political Theology*, *op. cit.* p. 49.

²⁵ Cette capacité est illustrée au plus haut point par un homme comme Nelson Mandela, qui est resté un sujet libre même en prison. L'histoire de l'Occident est jalonnée de moines, d'esclaves, de prisonniers et d'ouvriers qui ont fait preuve d'une liberté similaire.

de l'interprétation savante. Nous désirons entendre ce qu'un éminent professeur a à dire, non pas parce que nous pensons qu'il est d'une grande érudition, mais parce que nous sommes intéressés par la façon dont il intervient dans les échanges ininterrompus qui constituent sa discipline.

Ces exemples témoignent de la relation entre le caractère et l'interprétation. L'interprétation exige de porter un jugement ; le jugement demande à son tour de faire preuve de caractère. On devient une personne dotée de jugement ; mais on ne naît pas de la sorte. Il n'y a pas d'enfants prodiges du droit, de la même manière qu'il n'existe pas de grands romans, tableaux, ballets ou films réalisés par des enfants²⁶. De manière assez similaire, il y a très peu de travaux d'interprétation, de textes critiques de jeunes gens qui soient dignes d'être lus²⁷.

Puisque le jugement ne consiste pas à appliquer une règle, un jugement ne peut se réduire à une interprétation, mais doit lui-même être à son tour interprété. La création et la réception renvoient à un seul et même travail d'interprétation. L'interprétation intervient toujours à l'intérieur d'une certaine forme de dialogue. Cela n'est pas moins vrai en droit que dans les arts. Ce caractère dialogique peut s'observer dans les opinions judiciaires : avant de pouvoir s'appuyer sur un précédent, un juge doit l'avoir interprété. Le jugement n'est pas la conclusion d'un langage privé, mais une intervention dans une démarche publique d'interprétation ininterrompue. C'est la raison pour laquelle aucun jugement n'est jamais définitif ; aucune opinion ne peut prétendre au dernier mot. Un système juridique supprimant la possibilité de tout revirement jurisprudentiel ne constituerait plus une expression de notre autonomie (« *self-government* »)²⁸.

Dans la mesure où une œuvre de l'esprit ne résulte pas de l'application d'une méthode, elle échappe aux destinées de son créateur. Je peux m'engager dans l'écriture d'un roman, mais je ne sais pas quel roman j'écrirais avant de l'avoir moi-même terminé. Je ne peux pas même être certain de produire quoique ce soit. Il en va de même pour un tableau : une image ne se présente pas d'abord à mon esprit, que je cherche ensuite à exécuter. Je peux commencer avec une certaine idée avant de me retrouver à produire quelque chose de tout à fait différent. Je ne manquerai pas d'être surpris. En l'absence de méthode, un artiste ne peut pas expliquer comment il a conçu une œuvre d'art, ni même être assuré de pouvoir la reproduire. Les exposés de sa méthode ne peuvent pas être plus instructifs que les exhortations banales à « œuvrer avec soin » ou à « être attentif ». Du point de vue de sa causalité, l'œuvre d'art surgit pour ainsi dire de nulle part. Cela est vrai de toutes les formes de créativité. Nous ne pouvons lire la biographie de Newton et espérer comprendre à partir de là quelles furent les origines des *Principia Mathematica*. Nous ne pouvons pas non plus attendre de la lecture de la biographie de Lincoln qu'elle

²⁶ La musique est l'exception évidente, tant dans ses dimensions de composition que d'interprétation. Je soupçonne que cette exception a quelque chose à voir avec la qualité mathématique de la musique, qui peut être rapprochée de la place de la méthode dans la musique.

²⁷ Il arrive occasionnellement, comme dans le cas de Marx et d'Arendt, que nous retrouvions des textes de jeunesse écrits par des personnes qui produisirent par la suite une œuvre considérable. Il est impossible de d'affirmer avec certitude si ces premiers textes se seraient distingués en vertu de leurs qualités propres.

²⁸ Le *stare decisis* – le principe anglo-américain exigeant le respect des précédents par les tribunaux – est toujours accompagné d'une doctrine relative à ses exceptions.

nous permette de comprendre comment ce dernier a pu écrire l'adresse de Gettysburg²⁹. Un juge qui est tout à fait prévisible est un mauvais juge, car il ne nous donne aucune preuve qu'il soit capable de penser. On peut dire la même chose de la recherche dans les humanités. Si nous nous consacrons librement et avec dévouement à notre œuvre, nous ne pouvons faire état de son origine.

L'artiste maîtrise naturellement certaines règles matérielles de fabrication pertinentes pour son activité de création, telles que la façon de mélanger les peintures, de manipuler la perspective, ou d'œuvrer à partir d'une esquisse. Un juge connaît également les textes sur lesquels il peut s'appuyer et les types d'arguments que son audience jugera persuasifs. À défaut de ces formes de connaissance, un juge ne saurait trop quoi dire. Mais l'enseignement de ces règles ne saurait conduire à un jugement, une opinion ou une interprétation savante. Artistes et juges se doivent tous deux d'occuper ce surplus dont nous avons fait état, qui est le domaine de la liberté.

Si une œuvre d'interprétation ne se laisse pas déduire d'une règle, le critique ne peut se contenter de l'évaluer en la rapportant à une règle³⁰. Pour juger qu'une œuvre de création est réussie, on ne saurait dire qu'elle réalise, ou s'approche de la réalisation de ce qui est présenté par une règle comme idéal. C'est exactement de cette manière que nous évaluons les processus de production (la catégorie d'œuvre chez Arendt) : ces produits se mesurent plus ou moins bien à un idéal. En matière de création, nous ne nous limitons pas à évaluer, nous interprétons. Nous devons recevoir l'œuvre de la même façon qu'elle a été produite, c'est-à-dire, librement. Nous pouvons en être tout à fait déconcertés, et pourtant persuadés.

La réflexion moderne sur la relation qu'entretiennent jugement et méthode trouve son origine avec la *Critique de la faculté de juger* de Kant. Kant aborde le jugement comme une capacité de décision esthétique : c'est ce qu'il appelle le « jugement de goût³¹ ». Selon lui, il ne peut y avoir de méthode dans le domaine des beaux-arts, car l'œuvre créatrice ne se laisse déduire d'aucune règle. Une telle œuvre n'est pas pour autant arbitraire ; elle n'est pas seulement affaire de goût subjectif. Si c'était le cas, aucun jugement ne pourrait être porté sur la qualité d'une œuvre, que ce soit de la part de l'artiste ou du critique. La création entretient un certain rapport avec les règles, sans pourtant se laisser déduire d'aucune règle. Elle ne relève pas d'une application, mais elle n'est pas pour autant arbitraire.

L'aspect déroutant de l'œuvre d'art pour Kant tient dans son caractère de tout unifié. Elle peut ne voir le jour que par étapes successives. Nous pourrons alors observer l'artiste assembler ses différentes composantes. Nous ne pouvons toutefois apprécier l'œuvre en qualifiant chacune de ces étapes comme autant de parties. L'œuvre se présente toujours comme un tout : les parties n'existent qu'en référence à un tout. Ce tout ne tient pas plus dans la fin que dans le début de ce processus. Le tout et les parties émergent de concert, comme si elles étaient en dialogue. L'exploration de cette relation entre la partie et le tout est précisément ce

²⁹ Les présidents sont sans cesse confrontés au fait que le parcours d'un individu n'est pas nécessairement une source fiable pour prédire les jugements qu'il sera appelé à rendre. Songez à Eisenhower au regard du juge Brennan ou à Nixon quant au juge Blackmun.

³⁰ E. KANT, *Critique de la faculté de juger*, op. cit. liv. II, §. 46.

³¹ *Ibid.* liv. I, §. 11-22 ; liv. II, §. 31-38.

qu'offre une interprétation. C'est pourquoi toute interprétation est susceptible de remettre en question un monde dans sa totalité.

Kant dit de l'œuvre qu'elle est le produit du « génie³² ». Il n'entend pas par là une personne de haute intelligence, mais souligne plutôt la racine étymologique du mot dans l'idée d'un esprit qui nous est propre – un *daimôn*. Le génie est un élément nécessaire à toute présentation de notre monde et de ses œuvres de création libre, et c'est pourquoi Kant considère le génie comme une catégorie de la nature³³. Le génie témoigne de notre propre étonnement devant notre capacité à créer ce dont nous ne pouvons rendre compte par une explication causale. Quand il crée, l'artiste embrasse l'idée qui prend forme sous ses yeux. Il existe plusieurs manières d'exprimer cette idée : il est guidé par son *daimôn*, l'esprit se réalise à travers lui ; il est possédé ou bien fou ; il dispose d'une sorte de génie³⁴. Chacune de ces descriptions renvoie à une forme de causalité, d'engendrement, qui ne répond à aucune forme de méthode.

Kant ajoute une remarque pédagogique en écho à cette analyse, lorsqu'il affirme que nous ne pouvons prendre connaissance du beau que par voie d'exemples³⁵. Il ne s'agit pas alors d'étudier des règles, mais de se tourner vers des exemples de création libre et accomplie. Nous forgeons notre imagination par la fréquentation de ces exemples. Il s'agit alors d'une formation du caractère par l'exposition à la beauté, beauté à laquelle l'artiste répond ensuite librement. La formation d'un critique suit la même voie : il apprend en se confrontant à des exemples. Son expertise, sur laquelle repose le jugement de goût, réside dans la capacité d'interpréter une œuvre en l'inscrivant dans une palette d'exemples. Mais si, au contraire, le critique applique une théorie et évalue la création artistique à l'aune de celle-ci, il n'est déjà plus en conversation avec l'artiste. Il n'est alors plus du tout dans une conversation ; son œuvre a quitté le domaine de l'interprétation.

Nous apprenons des exemples. Cette idée est familière aux juristes, pour qui l'argumentation procède souvent par analogie. La règle de droit la plus élémentaire consiste à traiter de la même manière les cas semblables. Il s'agit toutefois là moins d'une règle à appliquer, que d'une conclusion à laquelle nous parvenons une fois que nous avons été persuadés de considérer telle affaire d'une manière plutôt que d'une autre. Nous ne disposons d'aucune règle pour distinguer ce qui est semblable de ce qui est différent. Il nous faut raisonner au cas par cas. Nous commençons par un exemple sur lequel nous nous accordons tous et essayons par la suite de nous persuader mutuellement de ce qui peut s'en rapprocher. À mesure que nous progressons dans notre argumentation, nous offrons des interprétations de ces similitudes et de ces différences³⁶.

Il n'existe pas de règles gouvernant la production d'analogies. Et pourtant, comme lorsqu'il s'agit de juger une œuvre d'art, certaines analogies valent mieux que d'autres. Cela pose un problème identique à celui rencontré par Kant au sujet

³² *Ibid.*, §. 46-50.

³³ *Ibid.* §. 46 : « le génie est la disposition innée de l'esprit (*ingenium*) par laquelle la nature donne les règles à l'art ».

³⁴ Kant dit de ce type de prétentions « causales » qu'elles touchent au « supra-sensible » que nous ne pouvons déterminer théoriquement (*Ibid.*, liv. II, §. 57).

³⁵ *Ibid.*, liv. II, §. 47.

³⁶ Je développe cet argument dans mon livre, P. KAHN, *Making the Case. The Art of the Judicial Opinion*, New Haven, Yale University Press, 2016.

du goût en art. Comment pouvons-nous avoir bon ou mauvais goût, s'il n'existe aucune règle permettant de déterminer cette question ? Dès lors qu'il y a une règle, le jugement devient une affaire de mesure. La beauté parfaite n'existe pourtant pas, pas plus qu'il n'existe d'illustration parfaite du concept d'égalité ou de dignité. Existe-t-il un équivalent du goût dans le domaine de la science du droit ? Certains avocats, juges ou universitaires possèdent-ils ce que l'on pourrait nommer le « goût du droit » ?

IV. UN EXEMPLE

En l'absence de règles, je ne peux démontrer l'excellence de mon interprétation qu'au travers d'un exemple. Cet exemple doit démontrer comment la recherche dans les humanités peut résister aux prétentions méthodologiques mais être néanmoins capable de réussir ou échouer. Le succès de cette entreprise n'est pas une question de préférences personnelles. Je ne cherche pas à convaincre le lecteur de me ressembler. Ce que je cherche, c'est à le convaincre de participer à l'exploration d'un monde que nous avons en commun. Avoir réussi, c'est être pris au sérieux, c'est être à la fois jugé digne d'intérêt et digne de retenir son attention. Si je me montre persuasif, vous ne serez plus le même après avoir lu cet essai. Je ne veux pas dire que vous ne serez plus « la même personne » pour vos amis ou votre famille. L'interprétation juridique n'est pas une thérapie. Ce changement portera sur votre horizon de compréhension. Si je vous convaincs, vous jetterez un regard différent sur les questions de signification juridique – même si cela n'a lieu qu'à la marge.

Je prendrai l'exemple d'un de mes récents articles sur un sujet présentant un certain intérêt pour cette collection d'essais³⁷ : la relation entre le droit national et le droit international³⁸. Mon souci principal était de comprendre comment la Cour Suprême américaine durant ses premières années – la Cour du *Chief Justice* Marshall – a fait usage du droit des gens.

Un juriste dogmatique aborderait cette question en cherchant à inscrire la pratique américaine dans un ensemble de catégories générales : à ses débuts, la Cour était-elle moniste ou dualiste ? Les traités étaient-ils d'effet direct ? Traité et droit coutumier étaient-ils considérés différemment ? Son ambition serait de faire émerger les règles formelles alors appliquées – explicitement ou implicitement – par la Cour afin de répondre à chacune de ces questions. Une chercheuse en sciences sociales pourrait traiter ce problème en rassemblant dans un premier temps toutes les décisions faisant référence au droit des gens. Ces cas seraient ensuite encodés afin de produire des données qui pourraient être quantifiées et manipulées. Une chercheuse en sciences sociales pourrait vouloir révéler la manière dont ces données évoluent dans le temps ou leur distribution dans l'espace. Elle se soucierait de savoir si ces données permettent d'établir des rapports de causalité, ou seulement des corrélations. C'est pourquoi elle formulerait d'abord une hypothèse causale avant de la confronter aux données.

³⁷ L'auteur fait référence à l'ouvrage accueillant initialement ce texte, *Rethinking Legal Scholarship. A Transatlantic Dialogue* (R. VAN GESTEL, H-W. MICKLITZ, E.L. RUBIN, éd.), Cambridge University Press, 2017 (NdT).

³⁸ P.W. KAHN, « The Law of Nations at the Origin of American Law », adresse délivrée à l'Université d'Helsinki le 13 mai 2013.

Dans les humanités, le chercheur ne présume ni de l'application de certains cadres théoriques formels ni de la concurrence de certains intérêts. Ce qui compte à ses yeux, c'est la façon dont une opinion judiciaire offre un point d'accès à un monde de significations. Le monde du droit du début du XIX^e siècle était une formation de l'imagination qui rendait possible aux juristes de percevoir similitudes et différences, histoire et progrès, possibilités et réalités. Ce monde imaginé ne dictait aucun résultat particulier ; il fournissait plutôt des ressources argumentatives par ses multiples réseaux de signification³⁹. L'effort interprétatif du chercheur consiste à nous faire prendre conscience de l'existence de ces réseaux.

L'introduction de mon essai ébauche un agenda de recherche qui est conceptuel, historique et culturel. Le but de ma réflexion est d'apprendre quelque chose de l'imaginaire social à l'œuvre dans la pensée et la pratique juridique américaine post-révolutionnaire⁴⁰. En tant qu'entreprise interprétative, cette réflexion procède en explorant les relations réciproques entretenues par les parties et le tout. Si je parviens à mes fins, ma lectrice ne sera pas une destinataire passive de l'information, mais une véritable participante à un dialogue. Elle lira activement l'essai, ce par quoi je veux dire qu'elle prendra celui-ci comme une invitation pour penser par elle-même. Elle contestera mes affirmations et verra d'autres directions qui auraient pu être prises. Cette lectrice ne pourra me prouver que j'ai tort en rapportant des données ou des preuves. Seule une autre interprétation peut remplacer une interprétation. Elle peut faire valoir sa propre interprétation, auquel cas elle pourrait me persuader de voir les choses différemment.

Voici, donc, ce par quoi je commence :

Avant d'être un accomplissement politique, l'Amérique fût une réalisation technique. Elle fût aussi une réalisation sociale et économique. Chacune de ces caractérisations renvoie à un axe de recherche différent : nous désirons savoir comment les personnes concernées y sont parvenues, ce qu'elles en ont pensé et comment elles se sont organisées. Le point commun de tous ces axes de recherche est de comprendre l'Amérique comme un projet. Elle le fut dès le départ, et continue de l'être. Écoutez le second discours d'inauguration d'Obama, qui répète avec éloquence la phrase « Notre voyage n'est pas terminé aussi longtemps que... ». Il décrit un projet collectif de réalisation de soi-même visant à faire « de ces mots, ces droits, ces valeurs – de la vie, de la liberté, et de la poursuite du bonheur – une réalité pour chaque Américain.

L'idée de l'Amérique comme projet a gagné une place spéciale dans l'histoire de la modernité. L'Amérique se doit d'être le résultat de la délibération et du choix, un exercice de théorie politique appliquée. Les révolutionnaires ne voulaient pas seulement ameuter la foule. Ils voulaient écrire des livres. La République des lettres et la république politique constituent des communautés qui se recoupent. Notre révolution produisit les *Lettres du Fédéraliste* – une œuvre théorique considérable, publiée dans des journaux dans le cadre d'une campagne de persuasion démocratique. L'ambition théorique des fondateurs demeure déconcertante. La bibliothèque de Jefferson a constitué le cœur de notre bibliothèque nationale ; Adams et Madison étudièrent, de la même manière, la théorie politique classique avant de s'essayer à la rédaction d'une constitution moderne ; Hamilton s'est quant à lui penché sur la théorie économique.

La modernité de la Fondation est frappante, étant donné que l'Amérique prend en fait naissance avec des exilés religieux. Si un projet consiste dans une pratique

³⁹ Voir C. GEERTZ, *Interprétation et culture*, Paris, Éditions des archives contemporaines, 2010.

⁴⁰ Sur le concept d'imaginaire social, voir Ch. TAYLOR, *Modern Social Imaginaries*, Durham, Duke University Press, 2004.

informée par une théorie, ces exilés ne sont aucunement engagés dans un projet. Les Puritains traversèrent l'océan à des fins de préservation, pas d'invention. Leurs textes de références n'étaient pas des œuvres de la science moderne – naturelle ou politique – mais l'Ancien et le Nouveau Testament. L'Amérique a toujours offert l'asile à des exilés religieux ne désirant rien savoir de la modernité scientifique. Cela aussi nous caractérise encore, produisant certaines de nos divisions politiques les plus profondes – ainsi que des synthèses curieuses dans notre religion civile.

Vers la fin du XVIII^e siècle, le centre de gravité politique s'était déplacé de manière décisive de la foi vers la science. Ceci est d'autant plus remarquable que le second grand réveil souffle sur le pays de 1790 à 1820⁴¹. Aucun des fondateurs n'est pourtant ancré dans une communauté de croyants. Aucun n'est pasteur de formation. Nombre d'entre eux sont juristes. C'est d'ailleurs ce qui les rend particulièrement intéressants pour nous. Le projet américain est intimement lié au droit. Nous devons en conséquence nous demander comment ils ont compris, imaginé et employé ce droit – tant le droit national que le droit des gens. Ils désiraient inventer le premier, mais accéder au second. Ce double mouvement reflète la structure de la souveraineté : le gouvernement de soi-même au sein d'une communauté de nations.

Mon introduction débute par un concept ordinaire : le projet⁴². Penser en termes de projet est une manière tout à fait familière d'organiser nos activités. Dès le second paragraphe toutefois, je cherche à surprendre le lecteur en suggérant la portée extraordinaire de ce concept ordinaire. Il ne s'agit pas simplement du fait que nous ayons des projets. Nous sommes nous-mêmes, individuellement et collectivement, un projet. Si nous pouvons nous constituer nous-mêmes en projet, alors nous sommes toujours situés à la fois à l'intérieur et au-delà du projet. Il demeure toujours quelque chose qui en déborde. Nous sommes, pour cette raison, un projet dont le terme n'est jamais atteint. Ce mouvement rapide de l'idée ordinaire d'un

⁴¹ Aux États-Unis, la foi protestante s'est affirmée par une série de « réveils », de moments de renouveau religieux ayant ponctué les XVIII^e et XIX^e siècle. On fixe communément les bornes du « second grand réveil » entre 1790 et 1840. Il est marqué par une vague d'évangélisation du pays dont les prêches enthousiastes et romantiques rejettent le rationalisme et le déisme des Lumières. Ce mouvement de fond alimente les groupes évangéliques existants, et contribue à l'augmentation rapide des nouvelles dénominations protestantes dans le pays, telles que les Adventistes (NdT).

⁴² Dans la langue de l'auteur, « projet » et « système » constituent deux modes d'ordonnancement distincts de notre imaginaire social. Un projet est le fruit d'un acte de volonté d'un auteur déterminé, historiquement situé, mettant en œuvre une idée conçue à l'avance. On peut planifier de la sorte la construction d'une maison, tout comme une sortie au cinéma, ou la rédaction d'une constitution écrite. Un système, quant à lui, renvoie à un ordre immanent, se développant selon une rationalité propre sans origine identifiable. S'il dispose d'un principe moteur, il échappe toutefois aux destinées de tout acteur individuel. Ainsi, lorsque les juristes anglais du XVIII^e siècle avancent que le *common law* progresse téléologiquement, au fil des décisions de justice, vers la perfection (dans l'anglais originel, « *works itself pure* »), ils s'inscrivent dans l'imaginaire du système. La même idée est à l'œuvre dans l'affirmation d'Althusser, qui présente le développement historique comme un « procès sans sujet », ou encore lorsqu'on discute de la croissance d'un organisme ou de la mutation d'un virus. L'auteur explore cette distinction dans un livre paru postérieurement à cet article ; voir P.W. KAHN, *Origins of Order. Project and System in the American Legal Imagination*, New Haven, London, Yale University Press, 2019. Dans le même numéro de cette revue, voyez aussi une illustration de ce couple par l'auteur et le traducteur de cet article, et pour une discussion critique, la contribution de Denis Baranger (NdT).

projet à la portée extraordinaire du concept devrait légèrement déstabiliser le lecteur. Voilà déjà matière à réflexion : cet essai n'est-il pas un projet ? D'où est-il écrit, et où situe-t-il le lecteur ?

Je ne fais pas seulement usage du terme de « projet » pour introduire une nouvelle manière de percevoir la fondation américaine, mais aussi pour suggérer une nouvelle manière de penser. Pouvoir penser la fondation ne demande pas simplement de rapporter des événements ou d'écrire des biographies. Cela demande d'explorer comment une communauté occupe un monde de significations par l'opération d'un imaginaire social. Un certain type d'interprétation devrait commencer à se dessiner, qui prenne pour objet les habitudes de pensées, les façons de voir ainsi que les formes de discours. Que pensaient-ils alors réaliser ? Ils pensaient mener à bien un projet.

Le projet sera ma pierre de touche dans mon exploration de cette période de la pensée et de l'action juridique américaine. Il s'agit d'une construction de l'imagination, et dans ces paragraphes d'ouverture, je suggère qu'une telle construction procède par réplication. Le projet est l'ADN social d'une époque, ce que nous appellerions aujourd'hui un « même⁴³ ». L'imagination met en ordre l'expérience à partir d'un modèle : l'idée que la politique puisse être un projet a engendré révolutions et constitutions. Bien sûr, elle a également conduit à la conception moderne de l'autonomie personnelle comme à l'idée d'une responsabilité dans la construction de sa propre vie. Il est bien connu que Ben Franklin a fait de sa vie un projet. Le personnel et le politique, le privé et le public, se rejoignent dans l'idée de projet.

À mon sens, ce tournant de l'imagination envers le projet n'est pas un simple accident de l'histoire américaine – ce qu'il pourrait être, en raison, par exemple, de ses origines coloniales. Ce tournant est au contraire essentiel à la modernité elle-même. Réfléchir en termes de projet est une des conséquences que les Lumières ont eues sur la pensée⁴⁴. L'Amérique est le projet de la modernité car la modernité est l'ère qui est caractérisée par le projet. Cet espace supplémentaire de liberté humaine n'est pas regardé comme un espace de péché, mais plutôt comme une source inépuisable de redéfinition de soi-même. Ce faisant, la charge morale du projet s'en trouve complètement modifiée. Le péché d'orgueil est déplacé par la vertu consistant à faire preuve de responsabilité envers soi-même et sa communauté. Le projet nous fournit donc un moyen d'unifier les recherches relatives aux sciences (y compris la nouvelle science de la politique⁴⁵), à la politique, l'éducation, la morale et au droit. Il nous offre en effet une manière de mettre en relation des travaux relevant

⁴³ J.M. BALKIN, *Cultural Software: A Theory of Ideology*, New Haven, Yale University Press, 1998.

⁴⁴ E. KANT, « Réponse à la question : qu'est-ce que les Lumières ? » in E. KANT, *Œuvres philosophiques. Des Prologèmes aux écrits de 1791*, éd. F. Alquié *et al.*, Paris, Gallimard, 1985, vol. 2.

⁴⁵ La « nouvelle science de la politique » trouve son origine dans la littérature révolutionnaire tardive, qui, en 1787, défendait la ratification de la Constitution fédérale. Dans les *Lettres du Fédéraliste*, John Jay, Alexander Hamilton et James Madison soutiennent que le projet de constitution témoigne, pour la toute première fois, d'une fondation rationnelle de la politique. Les Pères Fondateurs ont pour ambition d'élever l'art du gouvernement au rang de science pour offrir au monde le fruit d'une délibération raisonnée sur l'homme et le politique. Les formes correctes de l'ordonnancement politique viennent alors à reposer sur l'introduction d'un nouvel ensemble de concepts, dont le fédéralisme, la séparation des pouvoirs, et la représentation sont les plus notables. Par la « nouvelle science de la politique », l'expérience de la fondation de la république américaine prend une portée universelle. En conséquence, cette expression est aussi devenue un lieu commun des prétentions à un exceptionnalisme américain (NdT).

de chacun de ces domaines. Il introduit aussi dans notre réflexion l'idée que la pensée elle-même possède une histoire. L'interprétation lie l'architecture de la pensée à sa généalogie⁴⁶.

Si mon essai parvient à son objectif, dès la seconde page, le lecteur devrait questionner vigoureusement mes affirmations. Il devrait se demander si le projet possède vraiment une telle importance, et s'il n'existe pas d'autres modalités de mise en ordre de l'expérience. J'encourage ce questionnement en suggérant d'autres perspectives par ma juxtaposition du sacré et du profane. Le projet a succédé aux idées de révélation sacrée et d'obligation rituelle. Parler ici de succession ne signifie pas qu'un déplacement complet ait eu lieu. Ces idées perdurent, de la même manière que l'idée de projet n'était pas absente avant la modernité. L'humanité, après tout, faisait elle-même partie du projet de création divin. Le glissement du site du projet du sacré vers le profane est un terrain fertile d'interprétation, que j'encourage mes lecteurs à poursuivre.

La lecture de ces deux pages devrait faire émerger un programme interprétatif d'envergure – ouvrant de nombreuses possibilités d'exploration des formations fondamentales et évolutives de notre imaginaire social telles qu'elles produisent et sont produites par le droit. On peut ainsi se demander ce qu'il advient du projet une fois la révolution devenue une possibilité inconcevable, une fois la constitution passée d'une chose à construire à une chose à maintenir⁴⁷. Présenter l'Amérique comme un projet révolutionnaire conservateur a-t-il un sens ?

Cet agenda de recherche exige beaucoup de son auteur. Pour être en mesure de présenter un argument convaincant, il faut pouvoir s'appuyer sur une grande diversité de connaissances. Le bagage de connaissances relatif au contexte est loin de se limiter au droit, aux tribunaux et aux opinions judiciaires. Dans l'essai que j'ai pris en exemple, j'ai fait porter mon effort d'interprétation sur des mouvements plus généraux au sein des empires, des conflits religieux, de la philosophie et des révolutions. Pour décider de prendre cette direction, je dois être informé des schismes religieux, des pratiques éducatives de l'élite et des controverses qui ont marqué les débuts de la politique américaine, en touchant au droit des gens. Cet essai examinera entre autres la controverse de l'impression avec la Grande-Bretagne, la controverse sur l'esclavage et la traite des esclaves, ainsi que la politique de déplacement des Indiens. M'était-il possible de savoir à l'avance que ce seraient autour de ces controverses que je composerai le cœur de mon travail ? Non. Il a fallu que je m'aperçoive, en écrivant, que des crises politiques par ailleurs dissemblables offraient des points d'accès à l'imaginaire politique qui se corroboraient mutuellement. Le tout n'émerge qu'avec les parties, et vice versa.

Mon essai suppose une certaine familiarité de travail avec les matériaux historiques, mais son orientation n'est pas pour autant passéeiste. Il introduit l'idée tout à fait contemporaine que les constructions de l'imagination puissent avoir une généalogie. Comment puis-je savoir que cette idée sera utile dans l'interprétation des textes juridiques ? J'ai tendance à penser que cette voie pourrait se révéler fructueuse, mais ne suis-je pas pour autant en train d'imposer une structure étrangère à ces matériaux ? Tout ce que je puisse faire, c'est essayer d'exposer mon argument

⁴⁶ Voir P.W. KAHN, *The Cultural Study of Law*, *op. cit.*

⁴⁷ P.W. KAHN, *Legitimacy and History: Self-Government in American Constitutional Theory*, New Haven, Yale University Press, 1992, ch. 2.

et me demander s'il est convaincant. Je ne bénéficie d'aucune position privilégiée pour décider de cette question.

L'ouverture de mon essai introduit aussi l'idée d'une architecture de la pensée. Je suis à la recherche de la structure narrative maîtresse d'une époque. Pour ce faire, je pars de l'idée du projet, car il me semble que c'est là une source féconde pour explorer la structure de l'imagination moderne. L'essai devra honorer cette promesse. Nous pouvons considérer le projet comme une ressource naturelle pour mettre en ordre l'expérience pratique, mais il ne s'agit pas pour autant d'un modèle évident pour imaginer le droit et la politique. Il est, par ailleurs, possible de se représenter le droit comme émergeant de temps immémoriaux. Nous serions alors sceptiques quant à la possibilité de reformer le droit sur la base d'une expertise théorique⁴⁸. Les modèles du droit naturel ou d'ordonnancement divin représentent également des alternatives au projet. Si nous considérons le droit comme étant révélé dans un texte sacré, nous serons aussi inclinés à penser que les aspirations à un projet juridique séculier ne sont pas non seulement erronées, mais aussi hérétiques⁴⁹.

J'introduis cette idée de projet non pas comme quelque chose relevant de l'évidence, mais plutôt comme une idée elle-même problématique. Comment se fait-il que des communautés elles-mêmes si profondément imprégnées de convictions et pratiques religieuses aient trouvé un chemin vers l'imaginaire du projet ? En m'interrogeant de la sorte je suggère que les paradigmes n'assurent pas leur domination sans qu'ils soient contestés. Si j'introduis cette tension entre l'idéal des Lumières et une démarche éclairée par la théologie, cela ne vient pas de mon souci de déterminer lequel des deux l'a finalement emporté, mais de mon intérêt pour la manière dont leur concurrence a été imaginée et conduite. Cela se révélera déterminant pour l'émergence d'une religion civile dans la politique américaine, qui conditionne encore l'attitude des Américains à l'égard du droit des gens.

La question du rapport de la foi à la raison est un vieux thème de recherche. Le lecteur de cet essai qui serait familier des travaux modernes sur l'interprétation et la culture aura remarqué que dans ces deux premières pages, je me réfère à Max Weber, tout en déployant un appareil scientifique contemporain⁵⁰. Mon essai sera simultanément une discussion imaginaire avec le *Chief Justice* Marshall et une conversation avec des savants contemporains. C'est à Clifford Geertz que l'on doit l'idée suivant laquelle l'interprétation suppose de se placer dans des réseaux de signification. Cet essai sera un exercice de ce qu'il a baptisé « description dense »⁵¹. J'infléchis cette idée de description dense à la lumière des travaux associés à Charles Taylor et Michel Foucault. Avec Taylor, je parle d'imaginaire social et je comprends la tâche de l'interprétation comme celle d'explorer la manière dont un

⁴⁸ E. BURKE, *Réflexions sur la Révolution en France* (1790), trad. P. Andler, préf. Ph. Raynaud, Paris, Les Belles Lettres, 2016, est l'exemple classique de ce scepticisme à l'égard d'une politique radicale du projet.

⁴⁹ Voir M. WALZER, *In God's Shadow: Politics in the Hebrew Bible*, New Haven, Yale University Press, 2012.

⁵⁰ Voir M. WEBER, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, trad. J-P. Grossein, Paris, Gallimard, 2003.

⁵¹ C. GEERTZ, « La description dense », *Enquête*, 6, 1998, p. 73-105.

grand récit ou un paradigme archétypal organise nos pratiques et convictions⁵². Avec Foucault, je suggère que l'imagination a une histoire⁵³. Je ne me propose pas de donner une interprétation des œuvres de chacun de ces chercheurs. Ce qui m'intéresse est seulement d'interpréter les premières années de la pensée juridique américaine. Si quelqu'un devait interpréter mon œuvre, il pourrait à son tour vouloir le replacer dans son propre moment historique.

Ces quelques pages préliminaires renvoient à une enquête qui s'inscrit elle-même dans le cadre d'un questionnement plus vaste sur la nature et les origines de la modernité. C'est là que réside une grande part de l'intérêt de l'essai. Il promet non seulement de nous aider à comprendre l'image que les premiers juristes américains avaient d'eux-mêmes, mais aussi l'image que nous continuons d'avoir de nous-mêmes. Nous vivons encore dans un monde profondément influencé par les représentations imaginaires qui prenaient alors forme. La rhétorique du président Obama recourt à des cadences que la transformation d'un mouvement d'exil religieux en un projet juridique séculier a rendues possible. En ce sens, un essai sur les opinions judiciaires du début du XIX^e siècle promet de dire quelque chose sur notre monde de l'après 11 septembre, dans lequel les idées de souveraineté, de droit et d'identité nationale ont toutes fait l'objet d'une attention renouvelée.

Comme l'imagination ne procède pas par division catégorique, mais par des réseaux entremêlés de signification, une interprétation doit de la même manière pouvoir s'avancer dans de multiples directions. Tâchez à nouveau de vous figurer une conversation. Quel que soit son point de départ, elle est susceptible de s'étendre indéfiniment. Une bonne interprétation s'engage « assez loin » sans être pour autant submergée par un nombre infini de possibilités. Elle est allée assez loin quand elle est parvenue à convaincre son public. Cette persuasion ne se matérialise pas dans la confrontation de cette interprétation aux faits. L'interprétation offre une cartographie de ce qui, autrement, demeure inexploré. Au lecteur d'avoir confiance dans cette carte. S'il n'a pas d'abord confiance en moi, il ne s'y fiera pas.

En conséquence, une partie de la tâche de persuasion qui m'incombe implique de me montrer digne de confiance. Cette qualité ne m'est pas conférée par un procédé extérieur à l'interprétation, mais interne à celle-ci. Je n'ai pas d'autres accès aux lecteurs. On ne me fera pas confiance si je dissimule des difficultés, si je dénature mon objet, si je mets en avant un agenda qui m'est propre, ou si je semble animé par des considérations impropre à ma recherche. Il est possible que je parte d'une intuition quant à la direction à suivre, mais je dois consciemment garder à l'esprit la possibilité que je puisse me tromper. Il est en effet peu probable que je ne fasse pas erreur à de multiples reprises. Je pensais initialement, par exemple, que le droit des gens était une manière de conduire les relations avec les autres nations. J'ai découvert qu'il constituait également une manière de négocier les contradictions morales internes à la nation.

Je laisse apparaître mon caractère – et ma capacité à me rendre digne de confiance – dans ma manière de présenter mon argument. Cela suppose d'abord une exigence d'honnêteté, mais passe aussi par une disponibilité affichée envers mes lecteurs. Je ne pourrais convaincre que pour autant que je me présente moi-même comme étant ouvert à la persuasion. Je me dois d'écrire de manière à inviter des

⁵² Ch. TAYLOR, *Modern Social Imaginaries*, *op. cit.*

⁵³ M. FOUCAULT, *Naissance de la clinique*, Paris, PUF, 1963 ; M. FOUCAULT, *Surveiller et Punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975.

arguments contredisant ma proposition, plutôt que de chercher à parer à la critique. Il me faut, en d'autres termes, respecter mes lecteurs comme autant de participants à un dialogue ininterrompu. Aucune interprétation ne peut jamais prétendre être autre chose qu'une halte temporaire. On peut enseigner des faits par des leçons, mais une interprétation n'est enseignée avec succès que pour autant qu'elle est adoptée par un acte de réappropriation libre. Respecter la liberté des lecteurs suppose de créer les conditions dans lesquelles ces derniers pourraient réussir à me persuader de changer d'avis. Comme exercice de notre liberté, l'interprétation est une activité que nous réalisons ensemble.

Au-delà de la démonstration de mon intégrité, je dois aussi faire preuve d'une certaine sensibilité envers ceux dont les convictions et les pratiques constituent mon objet d'étude. Je dois leur porter une véritable attention ; je ne dois pas les manipuler à mes propres fins. Mon interprétation ne pourra se révéler convaincante que dans la mesure où le lecteur peut l'imaginer persuasive aux yeux ceux dont les convictions et actions sont en cause. Nous ne sommes, bien entendu, pas tous des interlocuteurs fiables, et chacun peut avoir de nombreuses raisons de se présenter sous un faux jour, mais cela ne saurait être vrai de la plupart des gens la plupart du temps⁵⁴. Les sujets de mon interprétation exigent donc moralement de moi que je rende compte de leur monde. Si je ne parviens pas à me mettre à leur place, y compris en cas de désaccord avec leurs convictions et leurs pratiques, mon interprétation sera mise en doute. Cette exigence d'empathie dans l'imagination donne l'apparence d'une certaine ambiguïté morale dans l'interprétation⁵⁵. Si je me donne, par exemple, pour tâche d'interpréter la pratique juridique d'une société extrêmement inégalitaire, je ne pourrais être un interprète sérieux si ma démarche est guidée par ma condamnation morale de leurs pratiques, y compris celle de l'esclavage.

Il y a par conséquent une triple exigence éthique pesant sur l'interprète. Premièrement, l'interprète doit se montrer honnête, c'est-à-dire transparent dans son traitement des matériaux. Deuxièmement, il se doit de respecter ses lecteurs, en demeurant ouvert à la persuasion. Troisièmement, il doit faire preuve de la plus grande sensibilité à l'égard des personnes et des pratiques qui font l'objet de son interprétation. Une interprétation est meilleure – objectivement meilleure – si elle répond à ces exigences éthiques d'honnêteté, de respect et de sensibilité. À l'inverse, une interprétation qui nous apparaît malhonnête, irrespectueuse ou dépourvue de sensibilité ne réussira à convaincre personne. Ces trois exigences éthiques sont violées par toute tentative de l'interprète de privilégier ses propres opinions personnelles et ses valeurs politiques. On ne saurait persuader en s'engageant dans cette direction.

⁵⁴ Par opposition, René Girard propose aux participants une théorie sociale du bouc émissaire qui repose sur une certaine opacité envers les participants (R. GIRARD, *La violence et le sacré*, Paris, Grasset, 1972, p. 41-42).

⁵⁵ Les avocats confrontent inévitablement cette difficulté en représentant des clients (voir A.T. KRONMAN, *The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession*, Cambridge, Belknap Press, 1993).

V. LA MÉTHODE DE CE QUI EST DÉPOURVU DE MÉTHODE : LA PÉDAGOGIE

Si l'interprétation est inévitablement une affaire d'*ethos*, alors il en va de même pour la pédagogie. Dans l'enseignement, il n'y a aucune manière d'échapper à une introspection éthique. Enseigner revient à créer une communauté d'un certain type. Une telle communauté cherche à substituer à une hiérarchie naturelle des engagements réciproques entre participants.

À l'étudiant avancé désireux d'apprendre à interpréter les phénomènes juridiques, je suis enclin à dire « faites quelque chose comme ça », en lui remettant mon essai sur le droit des nations dans les premières années de la pratique judiciaire américaine. S'il persiste en demandant « mais qu'est-ce donc ? », je lui offrirais un autre exemple. L'apprentissage par l'exemple n'est guère étranger aux études juridiques – du moins dans les pays de *common law*. Les formes antérieures d'enseignement du droit étaient littéralement des sortes d'apprentissage. On peut penser que la « *case method* » a été un effort pour déplacer une partie de cet apprentissage expérimental directement dans la salle de classe⁵⁶.

Parfois, cette pédagogie par l'exemple est littéralement la seule chose que je suis en mesure d'offrir. Je donne aux étudiants de second cycle mon propre travail et demande d'eux qu'ils produisent quelque chose. Nous confrontons ensuite nos travaux. Il leur est demandé de critiquer et de se confronter à mon travail de la même façon que je réponds au leur. La méthode n'est alors rien d'autre que cet engagement réciproque dans une communauté de discours.

L'enseignement des humanités vise à permettre une réflexion collective, pas à transmettre des connaissances. Il n'y a alors aucune différence entre enseigner et prendre au sérieux son interlocuteur, et finalement entre enseigner et apprendre. Ce type d'enseignement ne peut pas être facilement prodigué dans une salle de conférence ou sur Internet. Il nécessite une communauté de dialogue. Si une chose subsiste de l'idée d'autorité des maîtres, c'est ici qu'elle se trouve. Il ne s'agit pas là de la volonté de faire progresser les perspectives de carrière de ses étudiants, mais de rendre possible à ces derniers de se consacrer à l'exercice périlleux de la pensée.

Toutefois, insister trop tôt sur cette absence de méthode peut se révéler contre-productif d'un point de vue pédagogique. Il doit pouvoir exister une méthode pédagogique y compris pour les disciplines qui sont dépourvues de méthode spécifique. Cette méthode possède un aspect positif et un aspect négatif. Son aspect négatif consiste à libérer l'étudiant de sa prétention à maîtriser la matière. Comme cette ambition est négative, je ne peux parler ici de méthode que dans le sens du respect d'une série de règles élémentaires. Son aspect positif ne répond pas à de telles règles, dans la mesure où l'ambition est ici d'initier une pratique créative – c'est-à-dire, libre – de l'interprétation.

⁵⁶ Les origines de la « *case method* » tiennent dans les idées aujourd'hui dépassées d'une science juridique formelle pouvant être inférée des opinions judiciaires – une vision de Christopher Langdell, qui fut à l'origine de l'école de droit moderne à Harvard à la fin du XIX^e siècle. Ses aspirations scientifiques ne pouvaient survivre au réalisme juridique qui poussèrent la méthode jusqu'à inclure des « matériaux » supplémentaires aux opinions : des matériaux familiers au juriste moderne, employé à la création et à la réforme de l'État régulateur. Voir généralement Th. GREY, « Langdell's Orthodoxy », *University of Pittsburgh Law Review*, n° 45, 1983, p. 3 (soutenant que « l'orthodoxie classique » de Langdell « constitue la thèse dont la pensée juridique américaine moderne a été l'antithèse »).

1. La pédagogie comme pratique de désapprentissage

Lorsque les juges se lamentent sur l'état de la doctrine juridique, ils le font en considérant les universitaires comme des auxiliaires de la pratique judiciaire. La doctrine, du point de vue des juges, devrait avoir pour objectif de les aider à statuer sur des affaires⁵⁷. Selon certains juges, ceci reviendrait à explorer les effets de différentes règles juridiques. Pour d'autres, cela consisterait dans l'exploration des implications théoriques des décisions passées. Les premiers sont essentiellement conséquentialistes, les seconds considèrent le droit comme un ordre normatif autonome devant répondre à des normes de robustesse formelle et de cohérence. Une pédagogie des humanités doit briser le carcan qu'ont ces idées sur l'imagination des étudiants.

Les étudiants, naturellement, ne sont pas la hauteur des exigences des juges. Cependant, juges et étudiants partagent tous deux l'opinion naïve qu'il n'y aurait que deux types de connaissance : soit nous recherchons des causes, comme dans les sciences empiriques, soit nous élaborons des rapports formels, conceptuels. Par voie de conséquence, le chercheur n'accomplissant ni l'un ni l'autre manque d'« objectivité ». Son œuvre ne peut être, au mieux, qu'anecdotique, et relève, au pire, d'une simple opinion personnelle.

La pratique de l'interprétation que j'ai décrite ne se propose ni de retracer des causes ni de cartographier des théories juridiques. Elle fait peu de place aux prétentions à la vérité, que celle-ci soit de nature empirique ou formelle. Plus largement, l'interprétation savante n'est pas un moyen de parvenir à une fin quelconque, qu'il s'agisse d'une décision judiciaire ou d'une réforme législative. Dans les humanités, l'interprète ne se demande pas ce que le droit doit être, mais plutôt quels sont les contours du monde de significations dans lequel des prétentions juridiques sont jugées persuasives pour des communautés données.

Dans la mesure où cette recherche de la vérité et une pratique réformatrice du droit se soutiennent mutuellement, l'interprétation, dans les humanités, doit suspendre en même temps son attachement à ces deux éléments. Le fait que nous soyons capables d'une telle suspension du jugement est une découverte de la philosophie : nous pouvons toujours nous constituer en sujet de notre propre interrogation. Nous pouvons de la sorte nous demander comment et pourquoi nous percevons le monde comme nous le faisons, ou pourquoi nous adoptons certaines pratiques plutôt que d'autres. Du point de vue de l'interprétation, le droit est un texte ; il ne s'agit pas d'un instrument tendant vers une fin. Dans les humanités, le chercheur n'a pas d'opinion sur la capacité du droit à nous rendre meilleurs ou sur la réussite d'un tel effort. Il ne se soucie pas de savoir si le droit est ou doit être cohérent. Il ne se préoccupe pas de l'issue d'une affaire particulière. Il s'intéresse plutôt à la variété des ressources de l'imagination mises en jeu dans chaque affaire.

Promouvoir la cause de la réforme du droit par son activité doctrinale n'est ni plus, ni moins vertueux que d'autres formes de pratique du droit. Le souci de la

⁵⁷ Le *Chief Justice* John Roberts, par exemple, suggère que l'article typique d'une revue juridique « n'est pas d'une grande utilité pour le barreau », tandis que le juge Harry T. Edwards se désole des « auteurs académiques » indifférents à l'enseignement des « problèmes auxquels est confrontée la profession juridique » (J. Roberts, cité dans A. LIPTAK, « The Lackluster Reviews that Lawyers Love to Hate », *New York Times*, 21 oct. 2013 ; H.T. EDWARDS in « A Conversation with Judge Harry T. Edwards », *Washington University Journal of Law and Policy*, n° 16, 2004, p. 74.

recherche dans les humanités n'est pas de dénigrer la dogmatique juridique traditionnelle, mais de proposer une alternative à la pratique juridique, quelle que soit la forme que cette dernière prenne. D'un point de vue pédagogique, cela signifie qu'une rupture doit être introduite entre l'étude et la pratique du droit. L'étudiant doit être forcé de faire un choix, car sans ce moment délibéré de prise de position, il demeurera constamment confronté à cette question : « Que devrait être le droit ? ». Après tout, il ne cesse pas d'être un citoyen avec ses propres intérêts, valeurs et opinions, simplement parce qu'il s'est lancé dans l'étude du droit. La rupture que l'interprétation exige de sa part est une suspension temporaire du jugement ; il s'agit d'une simple mise en suspens, pas d'un congé définitif. Cela étant, une telle mise en suspens n'est pas non plus facile à opérer.

La confiance que notre étudiant place dans ce modèle naïf associant vérité et réforme est probablement aussi fermement ancrée que les convictions d'une personne profondément religieuse. Si nous demandons à un fondamentaliste chrétien pourquoi il accorde une si grande importance au texte de la Bible, quelle réponse pouvons-nous attendre de lui ? Peut-il répondre autre chose que « c'est la parole de Dieu » ? Il nous répond alors par une prétention à la vérité. Il ne présente pas ses convictions comme un produit historiquement contingent de l'imagination ; il ne peut pas nous offrir une généalogie de ses pratiques. Il ne peut pas non plus replacer ses croyances dans une architecture de convictions, qui nous permettrait ensuite de reconstituer les relations entretenues par son attitude envers ce texte et ses dispositions au regard du temps, de l'espace, de la famille, de l'État, des religions concurrentes, des formations professionnelles mais aussi de l'amour, de ses obligations, de ses responsabilités, et du sacrifice. Adopter une démarche interprétative lui demanderait d'envisager la possibilité d'être autre que ce qu'il est. Cela peut être tout à fait inconcevable de la part d'un croyant sincère.

Ce moment négatif de la méthodologie cherche à déloger l'étudiant d'une position similaire à celle du fondamentaliste. Il doit être « bousculé » afin de le placer dans une position qui le pousse à faire retour sur lui-même. La méthode ne peut ici consister que dans quelques règles élémentaires permettant de provoquer l'ébranlement contrôlé des convictions – contrôlé, en raison du danger qu'il y aurait de basculer dans le cynisme ou un relativisme superficiel. Il s'agit là d'un danger qui s'attache à toute entreprise généalogique.

Ma première règle consiste à dire à mes étudiants que je ne me soucie pas de leurs opinions, et ne désire pas les entendre. Leurs opinions ne comptent pas plus que leurs intérêts. Tout engagement politique doit être suspendu à leur entrée en classe. La discussion doit être poursuivie où qu'elle aille, même si elle prend des directions politiquement déconcertantes. Un acte d'interprétation libre exige ce que Kant appelle le « désintérêt⁵⁸ », que je décrirais comme une disposition à participer sans aucun *a priori*. Il ne s'agit pas de savoir comment parvenir à une fin prédéterminée, mais de répondre à ce qui a été dit. De cette manière, l'éducation devrait se révéler disruptive, sans pour autant être idéologique.

Ma seconde règle vise à dire aux étudiants qu'il n'y a pas une seule et unique réponse aux questions qu'ils rencontrent, car il ne saurait y avoir de vérité dans le domaine qui nous intéresse. La pratique de l'interprétation ne consiste pas à promouvoir des opinions ou des intérêts personnels pas plus qu'elle n'est une question de découverte d'une vérité préexistante. Peu importe que cette vérité soit située

⁵⁸ E. KANT, *Critique de la faculté de juger*, op. cit., liv. I, §. 2-5.

dans des prétentions à l'efficacité ou à la justice. L'interprétation est une question de persuasion. Cette persuasion est une fonction de l'imaginaire social, des convictions et des pratiques en cours, qui ont un sens pour une communauté vivant dans un lieu et une époque donnés. On mesure une interprétation réussie non pas à sa vérité, mais à l'intérêt qu'elle revêt. Elle est enrichissante lorsqu'elle nous surprend, nous permettant alors de penser à neuf le caractère de nos convictions et pratiques.

Ma troisième règle soutient que l'interprétation juridique ne consiste pas à prévoir la façon dont un cas particulier sera décidé. La plus convaincante des interprétations ne suffira pas à persuader tout le monde⁵⁹. Elle ne suffira certainement pas à convaincre un gouvernant qui choisit de ne pas l'écouter. Rien ne se joue dans le résultat donné à un litige, car pour une affaire controversée des arguments juridiques substantiels sont disponibles des deux côtés. L'interprétation porte sur ce que les deux parties ont en commun : des façons de se représenter ordre et sens. Se préoccuper de gagnants et de perdants, c'est retomber dans les préoccupations de la pratique juridique.

La conséquence immédiate de ces trois règles, si elles sont appliquées avec succès, est d'éloigner temporairement les étudiants de leurs certitudes. Ils en sortent désorientés car ils perdent des marqueurs de vérité et d'autorité. Leur ayant dit qu'il n'y a pas de vérité et que les gouvernants n'ont aucune autorité sur eux, ils se retrouvent seuls face à eux-mêmes. Ils ne savent que faire, puisqu'on leur a soutenu que la réforme du droit n'était pas leur objectif. Ils doivent alors proposer une interprétation, à laquelle j'offrirais une réponse.

2. Pédagogie et interprétation

L'absence de méthode peut entraîner une certaine anxiété existentielle. Ne sachant pas comment nous créons, nous ne pouvons jamais être certains de réussir. Les succès passés ne garantissent aucunement les succès futurs⁶⁰. Bien que personne ne puisse jamais se libérer de cette anxiété, le fait d'oeuvrer dans les humanités a pour contrepartie d'apporter un sentiment d'émerveillement devant notre propre créativité. Nous nous efforçons d'enseigner à nos étudiants une forme d'humilité devant ce pouvoir de création qui se révèle à travers la personne, mais que cette personne ne possède pas. Nous leur apprenons cela en leur confiant directement une responsabilité créative, avec tous les risques que cela comporte.

L'étude des humanités n'est pas simplement la discipline prenant pour objet l'œuvre créatrice ; elle est elle-même une discipline créatrice. Lorsqu'on me demande d'interpréter un texte, je ne peux pas faire en sorte que l'œuvre parle d'elle-même. Au lieu de cela, je conduis avec cette œuvre une forme de conversation ; je pense avec elle. Comme dans toute conversation authentique, je ne me prononce pas sur la direction qu'elle pourrait prendre et m'expose par conséquent à des risques. Je ne sais pas ce qui pourra en émerger. Je pourrais être surpris ; il se pourrait même que je me surprenne moi-même. En cas de succès, on ressent un véritable émerveillement devant la naissance de quelque chose qui, jusqu'alors, demeurait insoupçonné.

C'est pour cette raison que nous demandons souvent aux étudiants de comparer deux œuvres. Cet exercice exige de l'étudiant qu'il crée quelque chose de nouveau.

⁵⁹ ARISTOTE, *Rhétorique*, *op. cit.* I.1.1355b.

⁶⁰ Nous parlons de « l'angoisse de la page blanche », mais la même expérience se retrouve dans tous les arts.

Disposer ces textes dans un espace commun est un acte de création : l'étudiant doit pouvoir faire entendre sa propre voix. Il ne peut pas vérifier si sa réponse est correcte ; il ne peut pas se contenter de répéter ce que le texte dit. Il n'y a pas de vérité à y découvrir, mais plutôt un monde commun à imaginer. L'étudiant doit faire en sorte que ces œuvres se répondent, mais ne peut y arriver qu'en s'adressant lui-même à elles. À ce moment de son exposé, il fait l'expérience de sa propre liberté. En sa qualité d'agent libre, il a quelque chose à dire. Il n'est pas moins un auteur que les auteurs des œuvres qu'il interprète.

Cet étudiant ne peut pas faire en sorte que ces œuvres se répondent, sans avoir d'abord réfléchi à la manière dont chacune d'entre elles est elle-même une intervention dans une conversation préexistante. Le problème n'est pas simplement que nous ne puissions comprendre Shakespeare qu'en comprenant la politique élisabéthaine, bien que nous ayons certainement beaucoup à apprendre dans cette direction. Il est plutôt que nous ne pouvons pas comprendre Shakespeare sans considérer l'histoire plus générale de l'imagination occidentale. Le pouvoir, les convictions, la famille, l'État et la dignité individuelle, l'égalité et la citoyenneté sont toutes profondément inscrites dans des traditions remontant aux classiques et à la pensée chrétienne. Le droit n'est pas si différent à cet égard. Il repose lui aussi sur des idées relatives au pouvoir, aux convictions, à la famille, à l'État, à la dignité individuelle, à l'égalité et à la citoyenneté, chacun de ces éléments s'inscrivant dans une histoire qui n'est jamais complètement absente.

Chaque formation de l'imagination s'appuie sur un réseau de significations, c'est-à-dire des modèles et pratiques dotés de ressemblances et de dissemblances intuitives. L'observateur débute l'exploration de l'architecture de ce réseau par une sorte de triangulation. En juxtaposant deux œuvres, il est contraint de s'orienter vers une troisième perspective – la sienne. Il s'efforce de percevoir les similitudes et les différences, mais il doit pour ce faire interpréter ce que signifie cette ressemblance ou cette différence. Il doit identifier les motifs qu'il jugera pertinents. En d'autres mots, il doit penser, dans la mesure où il doit envisager un éventail de possibilités, avant de faire entendre sa propre voix.

La liberté exige du détachement au sens négatif que j'ai ébauché dans cette dernière section, mais elle ne se réalise pleinement que par cette expérience de création d'un monde commun – ce que Kant appelait le « libre jeu⁶¹ ». Une fois que nous entreprenons de créer, il n'y a tout simplement pas de limites à ce processus. Chaque texte crée la possibilité d'une conversation dont le terme ne peut jamais être atteint. Cette conversation ne prend jamais fin d'elle-même ; elle s'achève car nous ne sommes plus en mesure de la poursuivre. Nous découvrons alors le poids du corps sur l'âme, ce qui signifie que nous expérimentons, de l'intérieur, une autre forme de l'écart entre notre moi fini et notre moi libre.

Cette expérience mystérieuse de la création libre, qui touche au plus profond de ce que nous sommes, demeure pour beaucoup d'entre nous l'expérience du sacré la plus intense que nous puissions faire. On en faisait autrefois état en se référant à des muses, à l'inspiration ou à la grâce. Lorsque nous contemplons une grande œuvre, nous ne pouvons tout bonnement pas imaginer comment l'artiste a pu la réaliser. Ou plutôt, nous pouvons l'imaginer, mais sommes incapable de l'expliquer. Nous pouvons l'imaginer, parce qu'à notre manière, nous ne cessons de découvrir notre propre liberté. Shakespeare demeure un mystère, mais il en va de

⁶¹ Voir E. KANT, *Critique de la faculté de juger*, op. cit. liv. I, §. 9, p. 195-198.

même de l'écriture de ce petit essai. Je ne savais pas où il aboutirait lorsque j'ai entamé sa rédaction. J'agis avec la conviction que ce texte apportera quelque chose de nouveau dans le monde. En effet, il permettra de reconstituer le monde, car toute conversation fournit un nouveau point de départ, à partir duquel il devient possible d'appréhender les choses dans leur ensemble. Je ne peux avoir une telle confiance en mes capacités sans placer une confiance similaire dans les autres. Il s'agit là du fondement d'une pratique pédagogique qui tient les étudiants pour des sujets autonomes et libres.

VII. CONCLUSION : LIBERTÉ ET INTERPRÉTATION

L'interprétation est la méthode épistémique correspondant à une métaphysique de la liberté. L'interprétation juridique insiste sur le fait que le droit est un produit de notre liberté ; il n'est l'effet d'aucune cause, le résultat d'aucune démonstration. On ne respecte un tel exercice de la liberté que dans la mesure où on lui répond librement. On se trompe dès lors qu'on imagine la liberté comme l'œuvre d'un sujet isolé. La liberté est quelque chose que nous réalisons ensemble lorsque nous nous reconnaissions mutuellement comme agents. En démocratie, le droit est un produit de notre liberté, tout en nous protégeant dans cette liberté⁶².

Nous nous savons libre parce que nous échangeons les uns avec les autres. Par ces échanges, nous faisons advenir quelque chose de nouveau dans le monde. Seule une personne est dotée du langage ; seule une personne connaît la liberté. Lorsque nous échangeons les uns avec les autres, nous ne suivons pas un script. Nous en écrivons un. Si nous étions seuls au monde, nous n'aurions aucun moyen de savoir si nous sommes libres ou bien déterminés.

Une pédagogie des humanités constitue une invitation à entrer dans une conversation. Il n'y a rien de plus risqué pour un étudiant. Le risque n'est pas moindre pour un enseignant, puisqu'il s'agit d'une pédagogie sans autorité. Elle peut échouer aussi souvent qu'elle réussit. Peut-être même plus souvent, car la plupart des étudiants ne font pas leur droit pour apprendre à penser par eux-mêmes. Le danger posé par la philosophie est pourtant apparent depuis que les Athéniens se sont retournés contre Socrate. Aujourd'hui ce danger ne tient plus dans une exécution. Il existe cependant toujours un risque qu'une autorité politique demande au philosophe de rendre des comptes. À l'instar de Socrate, nous n'avons pas de standard extérieur à invoquer pour notre défense, car les vertus de notre pratique de l'interprétation ne se traduisent pas dans des projets de réforme du droit. La défense de la philosophie n'est jamais autre chose que la pratique de la philosophie elle-même.

Nous ne pouvons pas rendre l'apprentissage de la pensée critique plus facile, ou moins risquée, qu'elle ne l'est. Tout ce que nous pouvons faire, c'est insister sur le fait que penser est un engagement moral, et que cette dimension éthique de la réflexion est une exigence s'imposant à toute personne libre. Nous ne devrions pas espérer y arriver avec la plupart des étudiants, mais nous devons pourtant agir avec la conviction que tout étudiant est capable de penser par lui-même.

⁶² J. HABERMAS, *Droit et démocratie : Entre faits et normes*, trad. Ch. Bouchindhomme et R. Rochlitz, Gallimard, Paris, 1997.

Paul W. Kahn

Paul W. Kahn est le *Robert W. Winner Professor of Law and Humanities* à l'école de droit de Yale, où il dirige le *Orville H. Schell Center for Human Rights*. Il a obtenu son doctorat en philosophie de l'Université de Yale, et son *Juris Doctor* (JD) de l'école de droit de la même université. De 1980 à 1982, il a été clerc de justice pour le juge White à la Cour Suprême des États-Unis. Avant de rejoindre Yale en 1985, il a exercé en tant qu'avocat à Washington D.C., où il a représenté le Nicaragua devant la Cour Internationale de Justice. Il enseigne dans les domaines du droit constitutionnel et de la théorie constitutionnelle, du droit international, des études culturelles et de la philosophie. Il a écrit de nombreux ouvrages consacrés au droit constitutionnel, à la théorie politique ainsi qu'aux études culturelles. Ses dernières publications sont *Origins of Order: Project and System in the American Legal Imagination* (Yale University Press, 2019), *Testimony* (Cascade Books, 2021), et *Democracy in America 2020* (Yale University Press, à paraître en 2022).

Paul W. Kahn et Aurélien de Travy

Jurisprudence and the American Legal Imaginary: Hart, Fuller, Dworkin and the Origins of Originalism *

INTRODUCTION TWO MODELS OF LAW: PROJECT AND SYSTEM

Originalism and its statutory twin, textualism, are now so closely associated with the Supreme Court's conservative majority that the most important debates occur within, rather than about, these interpretive practices. Increasingly judges and scholars occupy the many rooms of the originalism mansion. In this article, we focus not on the layout of the mansion, but on its foundation. Originalism, we argue, is a modern entry in a very old debate between two different approaches to law. One understands law on the model of a project; the other, as a system. Originalism is a jurisprudence of project. It arose in response to the post-war success of a jurisprudence of system. Approached in this way, we can see a surprising connection between originalism and positivism. They both advance an idea of law as the product of a project; they share a common enemy in systemic approaches to law.

Today, many judges, scholars, and students think of originalism as the natural approach to legal meaning in a democratic political order. The role of the judge, on this view, is to advance the lawmaking project authored by the people and their elected representatives. Originalism grounds the meaning of law in the plan of the authors. However natural this may now seem, originalism rests on the ashes of systemic approaches. The latter half of the 20th century was the site of a vast jurisprudential debate between project and system.

Absent an awareness of this debate, originalism looks as if it emerged as a correction to judicial overreach in the pursuit of liberal ends. We do not deny this, but the interesting question for us is why the reaction took this form. There is no necessary relationship between conservative politics and an originalist jurisprudence or even between that politics and a jurisprudence of projects more generally. Early in the 20th century, for example, conservative politics pursued a systemic approach to law. To understand how conservatives end up as supporters of the originalist project, one must look at what it was they were arguing against.

To understand the origins of originalism, then, is to put it in its proper place in this late 20th century debate between a jurisprudence of system and a jurisprudence

* The authors would like to acknowledge the help of Mathilde Laporte, Mathilde Montaubin and Kiel Brennan-Marquez for their advice and remarks on earlier drafts of this article. They are warmly thanked.

of project. Project and system are distinct, but linked, frames of mind. They are like the famous duck/rabbit image.¹ The single image can be seen as a duck or a rabbit. It cannot be seen as both at once, but one's perception can move back and forth between the two. That *seeing as* determines a set of expectations, connections, and questions, which sustain different forms of inquiry. Law is like that duck/rabbit image. Whoever says duck will hear rabbit in response, and vice versa.²

When we say that law is imagined as a project, we are pointing to a cluster of features that have their origin in the ordinary projects of daily life. The project imagination in law approaches legal rules as if they were made by distinct, identifiable authors deliberately engaging in design and enactment. On this view, the idea of a law precedes its production, just as the idea of a house precedes its construction. If law is the product of a project, it comes into existence at a distinct moment of time – for example, the moment the legislation was passed or a case decided.

The systemic imagination identifies different features and appeals to different categories. A theorist inclined toward system might say that legislation is only declarative of an order that predates the formal expression in a legal text or that a statute only gains meaning as it is read within the surrounding order of legal principles. Law, on his view, is immanent in the social order; it has no identifiable beginning, but is always in a process of growth. The judge is developing and perfecting the existing law, not legislating, even when she ranges wide of the text she purports to be applying. Her role is not fixed by the past; rather she is pulled into the future, for a system strives to realize itself.

The picture of project offers the simplest explanation of the origin of order. Projects can extend from artisan to creator; they can involve objects in the world – for example, a house – or social structures – for example, a law. A legislature has law creation as its project; a people may take up the project of creating a new constitution. A project has a beginning in the action of a free subject, who explains his actions by referring to his intentions. Those intentions may reflect a well thought out theory or simply the agent's interests. To make a constitution is to take up a project informed by political theory; to make dinner is to take up a project informed by interests. Even the latter, simple as it is, requires an agent capable of reason and decision. He can change his mind and prepare a different dinner.

Projects are the way in which a free agent occupies the world. An animal will look for food, but it will not plan its dinner. An animal can build a nest, but that is not a project because the animal could not have decided to experiment with a new design. It could not have been other than it is, while that “might have been” is critical to projects and thus to freedom. At stake in the picture of law as a project, then, is not just an idea of order but also of the relationship of law to agency. Law as project is law made by an author.

To explain phenomena on a systemic account is to give a narrative of how the particular fits into the whole. Instead of looking backwards to a point of origin in a decision, we offer a synchronic account of reciprocal support among elements: parts, organs, or functions. A system is always greater than the aggregate of its

¹ L. WITTGENSTEIN, « *Philosophy of Psychology – A fragment* », in P.M.S. HACKER, J. SCHULTE (eds.), *Philosophical Investigations*, 2010 (1953) (4th ed.), Wiley-Blackwell, p. 118-217.

² P.W. KAHN, *Origins of Order: Project and System in the American Legal Imagination*, New Haven, London, Yale University Press (2019).

parts. It has the curious temporal quality of preceding the elements that constitute its parts. Its parts are not put together from a blueprint, but grow in a process that has no determinate beginning or end. The acorn grows into the oak not as a project, but as the realization of a systemic whole. How, we wonder, does the acorn, know what it is to become?

The market is the paradigm of system among social phenomena, and economics was the first science of the social.³ It formalized the idea that human interactions – the social – can have an order that is not the consequence of anyone’s project. An idea captured early on in the slogan, “From private vices, public goods.”⁴ An economy displays lawful regularities, but they are not the product of any participant’s project. Participants engage in transactions; they do not set out to follow the law of supply and demand. Economics is the study of the systemic order that emerges spontaneously from individual transactions of barter and trade. Systemic order precedes the knowledge of it – just the opposite of a project in which an idea of order – a plan – always precedes its realization.

These two pictures are as old as the West. The creation account in *Genesis* is of God’s project: free action of a subject capable of deliberation, decision, and judgment. The project takes time – six days – and is subject to an external, normative evaluation – it was “good.” Arguably, the systemic view also begins in the Garden. Before the arrival of the Serpent, Adam and Eve contemplate the well-ordered nature of the garden in which everything works harmoniously as parts of a single whole. Their role is only to name, not to make, this creation. They have no measure of goodness apart from what is. Their sin is to take up the temptation to have a project of their own.

We are not done with this contest of pictures. In popular culture, we think immediately of the conflict between science and creationism. Modern science is systemic in its approach to nature. To have scientific knowledge is to identify the immanent principles of order. The creationists respond with a different picture, for they cannot imagine order that does not have its origin in a deliberate act, that is, in a project. They offer proof of the existence of God from the “fact” of design. Behind the appearance of order, they see the hand of an author.

The duck/rabbit problem shows itself in accounts of law: popular, professional, and academic. Think, for example, of the problem of criminal accountability. We struggle to reconcile a picture of the criminal as a free agent acting on immoral projects with a picture of his actions as the result of pathological systems of poverty, poor schools, broken families, drug abuse, and neglect. Does crime reflect a systemic failure or an individual’s project; is it duck or rabbit?

We see something similar in jurisprudence. When the common-law judge says that the law has its origins in time immemorial, he is deploying a picture of system. The common law is no one’s project; it has its own immanent order that has emerged spontaneously through the case law, just as market laws emerge through individual transactions. When early British theorists responded that the origin of the common law must be in “lost statutes,” that is, legislative acts lost to history,

³ A. SMITH, *An Inquiry Into the Nature and Causes of The Wealth of Nations*, New York, Bantam Classic, 2003 (1776).

⁴ B. MANDEVILLE, *The Fable of the Bees*, E.J. Hundert (ed.), Indianapolis, Hackett Publishing, 1997 (1714).

they were playing the role of creationists.⁵ They could not imagine order absent the intentional act of a rational agent. For the American founders, revolution created a space for a new project of constitutional construction to be based on the best political theory of their day. When the French took up that same project of enlightened, constitutional construction a few years later, Edmund Burke famously responded that law is not like that.⁶ It is system, not project. It grows immanently; it is not made.⁷

The Burkean response came to America in the course of the 19th century. By the end of the century, the dominant picture of American constitutionalism was that of a system. The *real* constitution was now the “unwritten constitution” and it developed according to immanent principles of order.⁸ Those principles are no one’s project. Rather, they were thought to emerge spontaneously wherever individuals of the Anglo-American race are given the freedom to pursue their own ideals and interests.⁹

In law, every duck invokes its rabbit. Wherever one model dominates, a critical response will deploy the other. Thus, the 20th century begins with a broad alignment of progressives with project and conservatives with system: legal realism against formalism. By the end of the century, conservatives are enthralled by a project idea: originalism. Liberals, on the other hand, find themselves appealing to the systemic idea of a living constitution. From the perspective of early in the century, this is a surprising reversal. The point, however, is that the models have no particular content. They are tools for understanding; in law, they become tools for argument.

These alignments of political beliefs and legal frame could reverse again. Indeed, the recent lively debates in originalist circles suggests that the process may be well underway.¹⁰ Most dramatically, textualism’s systemic possibilities emerged in Justice Gorsuch’s recent majority opinion in *Bostock v. Clayton County*. The case concerned the meaning of the words “sex” in Title VII of the *Civil Rights Act* of 1964, which prohibits workplace discrimination. The majority allowed that the words of the statute can escape the intentions of the legislature’s plan; they can mean what “[t]hose who adopted the Civil Rights Act might not have anticipated.”¹¹ This is a move characteristic of a systemic approach; the meaning of law develops as the

⁵ M. HALE, « *The History of the Common Law of England* », in G. POSTEMA (ed.), *On the Law of Nature, Reason, and Common Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

⁶ E. BURKE, *Reflections on the Revolution in France*, F.M. Turner (ed.), New Haven, Yale University Press, 2003 (1790).

⁷ This formulation deliberately echoes the ancient words of the Nicene Creed: Jesus is “born, not made.” He is not a part of the project of creation, but an immanent aspect of God. See also G. AGAMBEN, *The Kingdom and the Glory: For a Theological Genealogy of Economy and Government*, L. Chiesa & M. Mandarini trans., Stanford, Stanford University Press, 2011.

⁸ See P.W. KAHN, *Origins of Order*, *op. cit.*, p. 186-233.

⁹ Tocqueville had a similar view of the systemic origins of equality, although not limited to Anglo-Americans. A. DE TOCQUEVILLE, *Democracy in America*, H. Mansfield & D. Winthrop trans., Chicago, University of Chicago Press, 2000 (1835), p. 6-7 (describing equality as divine *telos*, emerging independently of any individual project).

¹⁰ J.M. BALKIN, « *The Great Debate in the Conservative Legal Movement* », *Balkinization*, June 18, 2020 [<https://balkin.blogspot.com/2020/06/the-great-debate-in-conservative-legal.html>].

¹¹ *Bostock v. Clayton County*, 140 S. Ct. 1731 (2020).

society grows into a more mature version of itself. The dissenters stand within the limits of project: law is bound by the plan of its enactors as they intended it. For them, “[t]he Court’s opinion is like a pirate ship. It sails under a textualist flag, but what it actually represents is a theory of statutory interpretation that Justice Scalia excoriated – the theory that courts should “update” old statutes so that they better reflect the current values of society.”¹² From the systemic perspective, law is always in a process of “updating,” regardless of whether we are aware of it. Thus, not even textualism can stop the feud between the duck and the rabbit of our legal imaginations.

In this article, we use the tension of project and system to explain the turn to originalism at the end of the last century by judges and theorists. Our account begins with the famous Hart–Fuller debate of 1958, carried out in the pages of the Harvard Law Review. We reject the traditional reading of this debate as a confrontation between theories of positivism and of natural law. Hart places himself at the end of a jurisprudential line of development that we characterize as one of project. Fuller responds to Hart as system to project. Fuller seeks to identify the inner morality of law – what we would call its immanent order. The Hart–Fuller debate gives way to the Hart–Dworkin debate.

Dworkin, we contend, wins this debate between project and system because he achieves a synthesis in which they are joined together as necessary aspects of a single whole. That whole is the modern aspiration for self-government through law. Dworkin’s theory of constructive interpretation of law rests upon ideas of immanent order and purposiveness characteristic of systemic approaches. Simultaneously, his idea of popular sovereignty rests on the idea of a law-making project carried out by a single, collective agent: the people themselves. This position, which combines sovereign immanence and transcendence, is as old as Christianity.

Dworkin’s position is not just strong in theory. It captures the conceptual ground of the most important, progressive decisions of the Warren and Burger Courts. For that reason, the critical response, when it comes, takes aim at the diverse legal formations of the era: judicial decisions, jurisprudence, and liberal political culture. That attack poses project against system. The name of that project is originalism.

I. PROJECT AND SYSTEM IN POST-WAR JURISPRUDENCE: RETURNING TO THE HART–FULLER DEBATE

In 1957, H. L. A. Hart delivered the Holmes lecture at Harvard Law School, offering a vigorous defense of positivism. He had three goals: (1) to claim the intellectual heritage of Bentham and Austin; (2) to respond to the charge of formalism; and (3) to tackle criticisms coming from the postwar revival of natural law¹³. Each element of his argument relies upon the idea of law as project. First, for Hart, as for his utilitarian predecessors, those who make the law are engaged in a legislative project, regardless of their formal status. Second, the charge of formalism arises from a failure of judges to admit that they engage in a legislative project when they decide difficult cases. Third, while the appropriate response to an evil law is to

¹² 140 S. Ct. 1756 (Alito, J. dissenting).

¹³ H.L.A. HART, « *Positivism and the Separation of Law and Morals* », 71 *Harv. L. Rev.*, p. 593 (1958).

condemn it as immoral, that is more easily done if we recognize law to be nothing more than a contingent, human project. To understand law as project, then, will help us to pursue legal reform, identify the boundaries of interpretation, and clarify the moral stakes of fidelity to law. Fuller responds by rejecting the idea of law as project, invoking instead an idea of system.

A. A Jurisprudential Tradition

“*Positivism and the Separation of Law and Morals*” locates legal positivism in the jurisprudential tradition of Austin’s and Bentham’s utilitarianism. Their jurisprudence, in turn, has a common source in Hobbes’ critique of the common law’s claim of “right reason.”¹⁴ For all three, the law making of judges needs to be clearly identified. Those legislative projects are grounded in nothing more than the judges own values. Judges possess no common-law science, as if there is an underlying logic running through the cases. Nor do judges have access to a natural law that precedes their decisions.

Debunking the common-law judge’s claim to a science describes the critical edge of the tradition within which Hart wants to place positivism. Judges are not discovering the law, they are making it. Hart identifies the unifying, positive edge of the tradition to be its insistence on the distinction between the law as it is and the law as it ought to be. That judges and legislatures make law is simply a social fact. Nothing about the moral value of the law follows from that fact. A good idea is not a legal rule until it has become the object of an authorized project of law making. Similarly, as the products of human projects, laws can be made well or poorly. The deficiencies of any particular legal rule can be measured in terms of ends in view and the means adopted to reach them.

Neither nature – as in laws of nature – nor God – as in divine law – offers a defense for a poorly made law. Because law is the product of a human project, it can go wrong in all the ways that ordinary people can go wrong, including poor goals, planning, or execution. People pursue immoral projects all the time; sometimes they take the form of law. The answer to bad law is to pass new and better law; it is not to assert that somehow it is not law. That is like saying that a poorly made house is not a house.

Within the utilitarian tradition, understanding law as a project is critical to development of a reformist agenda. It leads, for example, to Bentham’s ambition to subject the entirety of the common law to a process of codification.¹⁵ That project would replace the poorly thought-out projects of the common-law judges with a project grounded in a real science of human value – utilitarianism. Codification is always the response of the project-minded to the common law. Bentham aimed at “*the demystification of the law*”, or as Hart quotes him, “*to pluck the mask of mystery*” off its face.¹⁶

¹⁴ Th. HOBBS, *Leviathan, Or the Matter, Forme, & Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*, I. Shapiro (ed.), New Haven, Yale University Press, 2010 (1651), p. 162–63, §. 140 (“[For] the doubt is of whose reason it is, that shall be received for law.”).

¹⁵ For a good discussion see D.J. LIEBERMAN, *The Province of Legislation Determined*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002 (1989), p. 217–277.

¹⁶ H.L.A. HART, « *The Demystification of the Law* », in H.L.A. HART, *Essays on Bentham, Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon University Press, 1982, p. 21; H.L.A. HART, « *Positivism and the Separation of Law and Morals* », *art. cit.*, p. 594.

While Hart nowhere endorses Bentham's proposal for a grand codification, he agrees with its spirit. He repeatedly insists that only by understanding law as a social fact is it possible to maintain a critical, reformist attitude toward the law. Hart uses the language of "social fact," but he imagines a particular kind of social fact: a project. We must strip law of its pretensions to be more than a project grounded in our own political agency. It is not natural, but artificial.

In his presentation of what he calls "the history of the idea" of legal positivism, Hart carefully distinguishes the essential element – the distinction of the *is* and the *ought* – from what he regards as a mistaken element of the utilitarians' approach to law: the claim that law is a sovereign's command threatening sanctions for failure to comply. Hart rightly rejects this view as more appropriately describing a robber who commands and threatens. Law, Hart explains, is a more robust project than a heist planned and executed by the thief. There is, for example, much in the law that operates not as a command, but rather as a means of empowering individuals to create legal obligations among themselves.¹⁷ Consider a law of wills and estates; it is not a command, but it is the product of a law-making project. The tradition had confused the ideas of project and command. A command may express a project, but not every project issues commands.

The imaginary of project provides not just a critique of the pretensions of common-law judges, but also a measure of the legislature's products. If law is to be a *democratic* project, it must tend to the highest degree of positivity, which means to prefer rules to standards.¹⁸ Only so can citizens gauge judicial fidelity to the law. The citizen guards the guardians of legality, when he holds up the text of the constitution or of legislation to measure judicial outcomes. "*Every man his own lawyer*," repeated Bentham.¹⁹ Hart is part of a "*dissenting tradition*" that Dyzenhaus accurately describes:

Its proponents want law without judges . . . [P]ut positively, they want judges who will limit themselves to conveying the factual content in the judgments already made by the democratic legislature. Put negatively, they want law without judges of the sort envisaged by the common law tradition, that is, judges who regard themselves as independent guardians of a set of principles that transcend particular laws, and that are to be discovered through the artificial reason of the common law.²⁰

This, we shall see, is equally a description of originalists. That "artificial reason" discovering immanent principles that "transcend particular laws" is the systemic imagination. This is the model of reason in the natural sciences: the scientist seeks

¹⁷ "Law surely is not the gunman situation writ large". H.L.A. HART, « *Positivism and the Separation of Law and Morals* », *art. cit.*, p. 603.

¹⁸ One will recognize a trope of Scalia's jurisprudence. A. SCALIA, « *The Rule of Law as a Law of Rules* », 56 *U. Chi. L. Rev.* 1175 (1989).

¹⁹ J. BENTHAM, *Bentham's Draught for the Organization of Judicial Establishment compared with that of the National Assembly with a commentary of the same*, in J. BOWRING (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, vol. IV, 1838-43, Simpkin, Marshall & Co., London, 1843, p. 332.

²⁰ D. DYZENHAUS, « *The Very Idea of a Judge* », 60 *U. Toronto L.J.* 61, p. 64-65 (2010). Dyzenhaus took the expression "law without judges" from Michael Taggart. See *id. note 2* p. 62.

the law behind particular phenomena. To the modern project imagination, there is no natural science of law.²¹

Hart may seem an odd candidate to put in the camp of project, because – unlike his predecessors – he has no interest in defending an idea of law as *the sovereign's* project. He abandons that idea when he abandons the idea of command. In its place, Hart places his famous idea of a rule of recognition. This rule refers to a social practice among those responsible for administering the law. That practice directs them to a common set of secondary rules that identify how and under what conditions law is made, applied, and modified. The rule of recognition, thus, specifies the sources, procedures, and actors responsible for producing law. It specifies, that is, the conditions under which a valid project of law making goes forward in a particular society. Some of those conditions might be of a moral nature. As Hart readily acknowledge, “[i]n some systems, like the United States, the ultimate criteria of legal validity explicitly incorporate principles of justice or substantive moral values.”²² This makes room for a richer account of commands and legal directives, but it doesn't distract from the baseline of project. The rule of recognition imagines law as a sort of regulated industry: it specifies which projects of law making – and under what conditions – are valid. The positivist is not committed to any particular project as the only valid source of law, but he is committed to the idea that origin of law can always be traced back to some project. Despite its “comprehensively normative inertness”, positivism carries a project worldview.²³

B. Interpretation: No Vehicles in the Park

“Positivism and the Separation of Law and Morals” reads as an inventory and retrieval among the positivist tradition. While Hart abandons his predecessors' reliance on command, he continues their ambition for “a purely analytical study of legal concepts, that is, a study of the meaning of the distinctive vocabulary of the law.”²⁴ Hart intends to respond to the charge of formalism leveled against positivism through a study of how words must work if we are to make sense of following a rule.²⁵

Hart takes as a first principle of the study of language that every concept – and every legal rule – has a core and a penumbra. He chides his predecessors for their

²¹ The social sciences can extend to law as to any other phenomena, but that would provide a descriptive science of legal practices, not a normative science of law.

²² H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012 (3rd ed.) (1961), p. 204. See also his postscript p. 247-248, p. 250.

²³ J. GARDNER, « *Positivism 5 ½ Myths* », 46 *Am. J. Juris.* 199, p. 203 (2001).

²⁴ H.L.A. HART, « *Positivism and the Separation of Law and Morals* », *art. cit.*, at 601.

²⁵ The same year, Hart will repeat this defense against Edgar Bodenheimer. H.L.A. HART, « *Analytical Jurisprudence in the Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer* », 105 *U. Pa. L. Rev.* 953 (1957). This theme has led some important recent scholarship to focus on the sometimes-understated connection between Hart and Wittgenstein's work. Hart asserted that Austin and Wittgenstein were his main philosophical influences. D. SUGARMAN, « *Hart Interviewed: H.L.A. Hart in Conversation with David Sugarman* », 32 *J. L. & Society*, p. 275 (2005). On the general connection with ordinary language philosophy, see most recently G. BLIGH, *Les Bases Philosophiques du Positivisme Juridique de H.L.A. Hart*, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, 2017.

lack of concern for what he calls “the problems of the penumbra.”²⁶ In the core, the meaning of the rule is sufficiently definite to support the assertion that to apply the rule is to execute the lawmaker’s project. In the penumbra, the words of the rule are neither obviously applicable nor obviously ruled out. In such a case, the judge effectively writes the rule, when she decides the case. This, Hart argues, is judicial legislation.

Hart elaborates the distinction of core and penumbra by discussing a hypothetical case that has gained a certain fame: a sign stating, “No vehicles in the park.”²⁷ He starts from a philosophical claim about language,

If we are to communicate with each other at all, and if, as in the most elementary form of law, we are to express our intentions that a certain type of behavior be regulated by rules, then the general words we use – like “vehicle” in the case I consider – must have some standard instance in which no doubts are felt about its application.”²⁸

In the hypothetical, an automobile is in the core, while bicycles are in the penumbra.²⁹

Core and penumbra command different responses from someone who must apply the rule: in the core, literal application prevails; in the penumbra, considerations of purpose are necessary. An ordinary car is an easy case under the rule; an ambulance responding to an emergency is a hard case. With respect to the car, we all apply the rule in the same way; no interpretation is necessary. To follow the rule in the easy case is to carry out a common project. In the second case, we understand that the rule was not written with this case in mind. It is as if the project comes to us as incomplete. The felt difficulty directs us to consider the purpose behind this particular project of lawmaking. We interpret the rule by relating circumstances to purpose. About these matters, different persons, including judges, can disagree, for there may be more than one purpose or different evaluations of the relevant circumstances.

Hart urges us to linger at the core when trying to understand the nature of law. The penumbra is problematic, but secondary. Citizens usually know what the law requires; ordinary references to law are, for the most part, to the core. Hence, “even if there are borderlines, there must first be lines.”³⁰ Hart’s point seems particularly relevant to a society committed to the idea that the law is a democratic project. If the people or their representatives cannot author a rule with a core, their aspiration to make law for themselves cannot be fulfilled.

If a legal text is all penumbra, the judge becomes the legislator. This is indeed the way much of American constitutional law appears to many positivists: the penumbra dominates the core. Hart’s reading, though not aimed at the integrity of the US constitutional fabric, can nevertheless prove devastating for it. From the

²⁶ “Bentham and Austin could only have written as they did because they misunderstood or neglected this aspect of the judicial process, because they ignored the problems of the penumbra.” H.L.A. HART, « *Positivism and the Separation of Law and Morals* », *art. cit.* p. 608.

²⁷ *Ibid.* part III, p. 606-15.

²⁸ *Id.* p. 607.

²⁹ *Id.*

³⁰ *Id.* p. 614.

perspective he offers, constitutional law appears to be judicial project masquerading as a popular project. The people settle nothing; the judges settle everything. Positivists, of course, are not the only ones who conclude that the Supreme Court has not really been applying the law; rather, their work is the continuation of politics in a judicial form.³¹

At this point, Fuller engages Hart. He rejects the distinction of core from penumbra. He has none of Hart's fear that, absent a core, the lawmaking project devolves to the judges. He does not have this fear because he does not think of law as anyone's project – that of the people or of judges. It is, instead, a system realizing its own immanent order in and through judicial decisions.

Fuller thinks there is nothing self-evident about the distinction of core and penumbra, nor about the claim that it is a necessary condition of legality.³² He offers two critiques. First, legal interpretation does not take words separately and out of context: "Surely a paragraph does not have a 'standard instance' that remains constant whatever the context in which it appears."³³ Second, purposive interpretation is not limited to the penumbra. Judges do not make the distinction between the core and the penumbra; they do not register a difference in their authority in the two dimensions.

If the rule excluding vehicles from parks seems easy to apply in some cases, I submit this is because we can see clearly enough what the rule "is aiming at in general" so that we know there is no need to worry about the difference between Fords and Cadillacs. If in some cases we seem to be able to apply the rule without asking what its purpose is, this is not because we can treat a directive arrangement as if it had no purpose. It is rather because, for example, whether the rule be intended to preserve quiet in the park, or to save carefree strollers from injury, we know, "without thinking," that a noisy automobile must be excluded.³⁴

For Fuller, in the penumbra, we do the same thing that we do in the core; it is just more difficult to do there – like walking up a hill instead of on level ground.

Fuller claims there can be no separation between the words a rule employs and the purpose of the rule. There is no such thing as literalism, for words only have meaning as they are used. A judge working with a statute is always disciplined by its purpose. That purpose is not contained at the core of the words, but in the larger enterprise of living with and under the law. Any particular legal rule only makes sense when viewed as a part of the larger legal network. As citizens living under a regime of law, we do not come to rules one at a time. They are not the products of separate projects, but elements of a single system. Only with a sense of the whole can we make sense of the parts.

³¹ "From John Jay on to Potter Stewart the vote of each Supreme Court Justice, however rationalized à la mode, however fitted afterward into the pigeonhole of some pretty politico-juridical principle, has rather been the result of a vast complex of personal factors-temperament, background, education, economic status, pre-Court career-of whose influence on his thinking even the most sophisticated of Justices can never be wholly aware." F. RODELL, « *For Every Justice, Judicial Deference Is a Sometime Thing* », 50 *Geo. L. J.* 700 (1962).

³² L.L. FULLER, « *Positivism and Fidelity to Law* », 71 *Harv. L. Rev.* 630, p. 661-69 (1958).

³³ *Id.* p. 663.

³⁴ *Id.*

Fuller's depiction of a judicial opinion differs from Hart's account of judicial classification not in muddling categories, but by arranging them purposefully. Purposeness is the first principle operating in Fuller's account of legal interpretation because a judicial opinion is not a datum but "always an explained thing."³⁵ To know what we are about in the law is to have an idea of why we are acting as we are. We understand what we are doing, by looking to the why.

While Hart tends to model all law on the paradigm of legislation, Fuller points to the common law: "I had thought that a famous judge of the English bench had something like this in mind when he spoke of the common law as working 'itself pure'."³⁶ Purity is not present in a core that is there from the beginning. It is, rather, approached asymptotically as judges consider the sense of a legal rule in more and more situations. Think, for example, of the way in which the meaning of "equal protection" in the Fourteenth Amendment has developed over time. There was never a core and a penumbra; there was always interpretive disagreement over the meaning of equality. A society, we might say, grows into its concept of equality, and the law will reflect this growth. This conflict over how and when legal texts create meaning will be at the center of the debate some 50 years later when the Supreme Court divides over constitutional protection for gay marriage: Have we learned the meaning of equality as we have grown as a society or are we bound by the core of the original project?³⁷

Fuller invokes the systemic imaginary to oppose the picture of law as project. Purpose is no longer carried by a project of discrete intention; purpose is not prior to the legal rule. Rather, it now refers to a more general purposiveness within the legal order: the law is always moving toward its own realization. As one of us recently wrote:

The move from the descriptive to the normative – from what law is to what it should be – is inevitable in systemic jurisprudence. Avoiding it would be like avoiding the idea of health once one has identified the immanent principles of order of an organism. Health just is that condition of realizing the immanent order.³⁸

For Fuller, law too strives toward its own health, that is, toward the immanent morality of law.

³⁵ L.L. FULLER, *Anatomy of the Law*, New York, Washington, London, Praeger Publishers Inc., 1968, p. 91.

³⁶ L.L. FULLER, « *Positivism and Fidelity to Law* », *art. cit.*, p. 668 (quoting *Omychund v. Barker*, (1744) Atk. 21, 33, 26 Eng. Rep. 15, p. 22-23 (argument of Solicitor-General Murray, later Lord Mansfield): "All occasions do not arise at once [...] a statute very seldom can take in all cases, therefore the common law, that works itself pure by rules drawn from the fountain of justice, is for this reason superior to an act of parliament.") On Fuller and the common law, see Gerald Postema who describes him as "perhaps the most important contemporary common law theorist" in G. POSTEMA, « *Philosophy of the Common Law* », in J.L. COLEMAN, K. EINAR HIMMA & S.J. SHAPIRO (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 600.

³⁷ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

³⁸ P.W. KAHN, *Origins of Order*, *op. cit.*, p. 242.

C. Fidelity: Law in dark times

Fuller and Hart were brought to their jurisprudential standoff as much by the times as by their theories. Post-war Germany had to rebuild its legal order from the rubbles of Nazi law. Some legal scholars were eager to confront the thorny question of their own responsibility for what had happened in Germany. On this point, Hart and Fuller come to their most intense exchange.³⁹ That exchange again reflects the interplay of project and system.

1. Radbruch' Change of Heart

Gustav Radbruch, a prominent lawyer from Weimar, survived the horrors of the Third Reich by going into exile in the German countryside. After the war, he wrote several important articles in which he publicly apologized for his former positivistic leanings.⁴⁰ He believed that there was some relationship between the positivism that had characterized Weimar legal scholarship and the failure of legal professionals to resist Nazism. In a short polemical piece, *Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law*, published in 1946, Radbruch defended a general turn to natural law among post-war German lawyers. He formulated what came to be known as the Radbruch formula ("Radbruchsche Formel"):

The positive law, secured by legislation and power, takes precedence even when its content is unjust and fails to benefit the people, unless the conflict between statute and justice reaches such an intolerable degree that the statute, as 'flawed law', must yield to justice.⁴¹

Radbruch developed his thesis through a discussion of a series of criminal cases in which spies and informers were punished for acts they had committed under color of law during the war. Hart responds to Radbruch's disavowal of positivism by looking closely at the case of the "Grudge Informer."⁴² The facts were as follows. In 1944, a woman denounced her husband for criticizing the *Führer*. That criticism allegedly violated two statutes, dating from 1934 and 1939: one criminalized critical remarks made in public; the other sanctioned acts that impaired the defense of the German people.⁴³ The criticisms were initially conveyed orally but were repeated in a letter to the wife from the husband. He was sentenced to death by a military

³⁹ On the complexity of their disagreement, see D. DYZENHAUS, « *The Grudge Informer Case Revisited* », 83 *N.Y.U. L. Rev.* 1000 (2008).

⁴⁰ G. RADBRUCH, « *Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law* », 26 *Oxford J. Legal Stud.*, 1 (1946, 2006). He comes closest to a formal recantation in G. RADBRUCH, « *Die Erneuerung des Rechts* », 2 *Die Wandlung* 8, p. 9 (1947), reprinted in G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, K.F. Koehler, 1973. But see, St. PAULSON, « *Lon L. Fuller, Gustav Radbruch, and the "Positivist" Thesis* », 13 *L. & Phil.* 313, p. 320 (1994) (arguing for continuity in Radbruch's thought).

⁴¹ G. RADBRUCH, « *Statutory Lawlessness* », *ibid.* p. 7.

⁴² *Oberlandesgericht, Bamberg, July 27, 1949*, 5 *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, p. 207. Hart may have chosen this case because it had already received the attention of English-speaking scholars. See « *German Citizen Who Pursuant to Nazi Statute Informed on Husband for Expressing Anti-Nazi Sentiments Convicted Under Another German Statute in Effect at Time of Act* », 64 *Harv. L. Rev.* 1005 (1951) [hereinafter *German Citizen*]. It was also discussed by W. FRIEDMANN, *Legal Theory*, London, Stevens and Sons. 1960 (4th. ed.) p. 312-13. This was one of the first cases to use the tools of German law, instead of Allied legislation, to invalidate National Socialist legislation.

⁴³ "Heimtücke" Law of Dec. 20, 1934, [1934] 1 *Reichgesetzblatt* 1269; Law of Aug. 17, 1938, [1939] 1 *Reichgesetzblatt* 1456, art. 5.

tribunal. In the end, he was not executed, but sent back to the front. In 1949, a West German court prosecuted the woman as well as the Nazi-era judges who sat on the case. All were charged with attempted murder and with depriving the husband of his liberty (“*rechtswidrige Freiheitsberaubung*”). Those actions were criminal offenses under the German Criminal Code of 1871, which had remained in force right through the war.⁴⁴ The jury found the defendants had acted lawfully under the Nazi era statutes. An appellate court reversed.

Hart agrees with the outcome of the case, but not with its reasoning, which he took to be an application of the Radbruch formula.⁴⁵ He favored, instead, passing explicitly retrospective legislation. Hart acknowledged that such laws ordinarily offend the ideal of the rule of law. Nevertheless, he would rather take direct responsibility for that offense than appeal to a mysterious idea of law that is not really law. If law is always the product of a human project, we can measure its moral quality and condemn it; sometimes, we can even start over. We should not, however, pretend that the facts, including the law, are not what they are.

Hart specifically takes issue with Radbruch’s celebration of a higher law under which “certain rules cannot be law because of their moral iniquity.”⁴⁶ A candid actor, Hart thought, would acknowledge the social fact of the existence of the statute, before moving to a moral inquiry into its soundness. “Surely the truly liberal answer to any sinister use of the slogan ‘law is law’ or of the distinction between law and morals is, ‘Very well, but that does not conclude the question. Law is not morality; do not let it supplant morality.’”⁴⁷ Societies have many different projects; some are good and some are bad. As projects, none has a warrant by which to escape our capacity for moral judgment.

Fuller rejects Hart’s approach, but he also rejects the idea of the judge appealing to a law of nature to dispose of Nazi statutes.⁴⁸ Natural law is not a set of rules coming from on high, as if it were the product of God’s legislative project. Fuller identifies that understanding of natural law with the Church: “It is chiefly in Roman Catholic writings that the theory of natural law is considered, not simply as a search for those principles that will enable men to live together successfully, but

⁴⁴ Section 239 and 240 and section 211 and 43, German Criminal Code, 1871.

⁴⁵ H.L.A. HART, « *Positivism and the Separation of Law and Morals* », *art. cit.* p. 619. The Harvard law review reported the Grudge Informer court to have held the statutes to be “contrary to the sound conscience and sense of justice of all decent human beings.” *See supra* note 42. This reasoning also seemed to be followed in other cases that heralded the post-war triumph of the Radbruch’s idea of *lex injusta non est lex*. In truth, reporting errors about what the court actually held run through the debate. *See infra* note 63. For the sake of the argument, we shall nevertheless follow their reading.

⁴⁶ H.L.A. HART, « *Positivism and the Separation of Law and Morals* », *id.* p. 620.

⁴⁷ *Id.* p. 618.

⁴⁸ L.L. FULLER, « *Positivism and Fidelity to Law* », *op. cit.*, p. 656 (“I would not subscribe to all of Radbruch’s postwar views – especially those relating to ‘higher law’”). *See also id.* p. 659-60 (“Professor Hart and others have been understandably distressed by references to a ‘higher law’ in some of the decisions concerning informers and in Radbruch’s postwar writings. I suggest that if German jurisprudence had concerned itself more with the inner morality of law, it would not have been necessary to invoke any notion of this sort in declaring void the more outrageous Nazi statutes.”).

as a quest for something that can be called ‘a higher law.’”⁴⁹ He was not interested in the defense of natural law as God’s project.⁵⁰ His interest was in elaborating the immanent order of a legal system – law as system.

2. Fuller on Fidelity and the Internal Morality of Law

Fuller uses the grudge informer case to identify the “inner morality of law.” He begins with the story of an absolute monarch who, despite his efforts, finds himself “*failing to make law*.” He has power and intention, but his projects fail. His efforts suffer from arbitrariness, inconsistency and unintelligibility.⁵¹ No one can follow an unintelligible rule or one applied in an arbitrary and inconsistent manner.

The monarch’s commands cannot gain the status of law, not because they contradict some substantive higher law, but because they do not satisfy requirements internal to the idea of submitting conduct to rules.⁵² Legal rules relate to each other as elements of a system that has its own immanent order. Failure to acknowledge those internal requirements of legal order leaves the monarch with coercion alone. He is more robber than lawmaker; he may oblige his subjects, but he fails to create obligations.

If there are immanent conditions on the possibility of rule following, then “[W]e have . . . to inquire how much of a legal system survived the general debasement and perversion of all forms of social order that occurred under the Nazi rule.”⁵³ The “how much” suggests that the existence of a legal system is “always a matter of degree.”⁵⁴ Accordingly, it becomes impossible to dismiss the problems presented by the Nazi regime with a simple assertion that law is one thing, its moral evaluation another.⁵⁵ If law has a necessary immanent order, then it does not exist simply as a matter of social fact. Fuller insists that law is not an “amoral datum.”⁵⁶ Law

⁴⁹ *Id.* p. 660.

⁵⁰ “In my debate with H.L.A. HART, I don’t think I presented any conclusion as a deduction from natural law premises, yet nine readers out of ten seem to read that exchange as if I were apologizing for natural law throughout. The result is that I’m widely credited by intelligent readers with espousing a doctrine I never proposed, namely, that a law that is evil enough in its intention is not really a law at all...” *Letter to Boris Bittker* (4 Apr. 1960), quoted in K. RUNDLE, *Forms Liberate, Reclaiming the Jurisprudence of Lon Fuller*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2012, p. 45. See also L.L. FULLER, *The Law In Quest of Itself*, Boston, Beacon Press, 1940, p. 101.

⁵¹ L.L. FULLER, « *Positivism and Fidelity to Law* », *art. cit.*, p. 644-45. See also, L.L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, London, Yale University Press, 1969 (2nd ed.), ch. 2 (identifying eight distinct ways for Rex to fail).

⁵² Kristen Rundle offers such a formulation: “there can be no meaningful concept of law that does not include a meaningful limitation of the lawgiver’s power in favor of the agency of the legal subject. This is not a moral objective that is imposed on the enterprise of lawgiving from without. It is, rather, simply something that flows from the formal distinctiveness of law as the enterprise of subjecting human conduct to the governance of general rules.” K. RUNDLE, *op. cit.*, p. 2.

⁵³ L.L. FULLER, « *Positivism and Fidelity to Law* », *art. cit.*, p. 646.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ That is, it becomes impossible to assert to simply assert that “[u]nder the Nazis there was law, even if it was bad law”, *Id.*

⁵⁶ *Id.* p. 656.

must meet systemic conditions, which are immanent and spontaneous in the sense that they show themselves wherever legality is successfully pursued.

A few years later, Fuller expressed his point as follows: “I embrace and accept what may be called the concept of an institutional or procedural morality.”⁵⁷ Unlike manufacture or production, law is not something done to an object, “a one-way projection of power.”⁵⁸ Unlike violence or threats of violence, law is not imposed on a subject regardless of his or her status as a person. Legal rules must reckon with the individual person’s irreducible autonomy as a moral agent.⁵⁹ Accordingly, laws are subject to norms that are independent of the ends to which any particular law might be directed.⁶⁰ The analogy to a market captures the point: any individual transaction is directed to a particular end, but it is also bound to the laws of the market. A transaction out of sync with those immanent laws will not succeed. Similarly, any particular lawmaking project that is out of sync with the immanent order of law will not succeed.⁶¹

This idea of immanent order sets Fuller to inquire into the pathologies of Nazi law, and not simply into the evil ends of their projects. He mentions four. First, the recurrent use of retroactive statutes; second, reliance on secret legislation; third, secret determinations of the meaning of public law; and fourth, a willingness to use party violence in “disregard even [of] their own enactments.”⁶² These are all systemic pathologies: they undermine the kind of order that is constitutive of law.

Turning to the statutes under which the husband was convicted, Fuller finds the provisions to be hopelessly vague and replete with administrative discretion. In addition, the law was spuriously interpreted, for the section punishing any “public criticisms” was extended to acts that could not reasonably be deemed public. Fuller stops right here; he does not discuss the issue of the statutes’ validity as written or originally intended. If this is natural law, it is also statutory interpretation.⁶³

⁵⁷ L.L. FULLER, « *A Reply to Professors Cohen and Dworkin* », 10 *Vill. L. Rev.* 655, p. 656 (1965).

⁵⁸ *Id.* p. 661.

⁵⁹ See the similar analysis by K.I. WINSTON, « *Three Models for the Study of Law* », in W.J. WITTEVEEN & W. VAN DER BURG (eds.), *Rediscovering Fuller, Essays on Implicit Law and Institutional Design*, Amsterdam, University of Amsterdam Press, 1999, p. 72-77.

⁶⁰ See D. DYSENHAUS, « *The Rule of Law as the Rule of Liberal Principle* », in A. RIPSTEIN (ed.), *Ronald Dworkin*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 74 (Fuller’s eight requirements could be brought down to two – participation and responsiveness in the administration of the law – central to a democratic community). See also K. RUNDLE, *op. cit.*, p. 2-3.

⁶¹ This analogy helps explaining Fuller’s success among other proponents of system, libertarians. See for instance R. BARNETT, *The Structure of Liberty, Justice and the Rule Of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014 (1998).

⁶² L.L. FULLER, « *Positivism and Fidelity to Law* », *art. cit.* p. 650-52. This last point has often been pointed out as the main characteristic of what has been called the National Socialist legal order. See St. PAULSON, *art. cit.*; I. MÜLLER, *Hitler’s Justice. The Courts of the Third Reich*, Cambridge, Harvard University Press, 1991; more recently, see O. JOUANJAN, *Justifier l’injustifiable*, Paris, P.U.F, 2017, especially p. 285-291.

⁶³ Though it does not bear directly on Hart’s position, this reading is much closer to the actual facts of the case than those described by Hart. See H.O. PAPPE, « *On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era* », 23 *Mod. L. Rev.* 260, p. 263 (1960) (“The court held the statutes to be highly iniquitous laws which, especially because of their severe penalties (which offered the possibility of cruel punishment in the particular case), were considered to be terror laws by the

Shortly, we will see that it is just the sort of statutory interpretation pursued and defended by Ronald Dworkin.

Hart grants that justice in the administration of the law is a valuable ideal.⁶⁴ But he believes there are lots of norms – some good, some bad – that could be brought to bear on law. This follows from the idea of law as a distinct project. None of these norms establishes a *necessary* connection of law to morals. “The word ‘ought’ merely reflects the presence of some standard of criticism,” Hart writes, and “one of these standards is a moral standard but not all standards are moral.”⁶⁵

Hart was no less for justice than was Fuller, but he thought it playing with words to deny the possibility of evil laws. Yet some years later, in *The Concept of Law*, his opposition to Fuller softens. Referring to Fuller’s work, he writes, “if this is what the necessary connection of law and morality means, we may accept it. It is unfortunately compatible with very great iniquity.”⁶⁶ In his last reply, Fuller will question Hart and his critics’ sharp separation of efficacy from morality in a legal system. Living in the law should not be understood as an impediment to living a good life, but rather as an important contribution to it.⁶⁷

Fuller thinks Hart missed his deepest critique of the positivist’s approach to law as a social fact. He argues that if law is only a fact, while morality requires a norm, there can be no conflict between the two. This leaves a puzzle: Where does our sense of an obligation of fidelity to law come from, if not from the immanent norms of legal order? In Fuller’s terms, “The fundamental postulate of positivism – that law must be strictly severed from morality – seems to deny the possibility of any bridge between the obligation to obey law and other moral obligations. No mediating principle can measure their respective demands on conscience, for they exist in wholly separate worlds.” The positivist interpretation “never gives any coherent meaning to the moral obligation of fidelity to law.”⁶⁸

Fuller insists that the claim for fidelity to law rests on a necessary internal morality of the legal order. Legislative and judicial projects that fail to satisfy those immanent norms fail as a matter of law. Such rules cannot be part of the system of legal obligation any more than gills can belong on a bird. We cannot have law without a minimal concern for its consistency, coherence, and the means of its realization. We owe no fidelity to law that fails these conditions for the simple reason that it is not law. David Dyzenhaus has underlined the point: “Fuller’s special contribution to the conception of judges doing justice according to law is to point out that the problem of interpreting an unjust law becomes extremely acute for judges when the clash is not simply between moral standards external to the

great majority of the German people. However, they cannot be held to be statutes violating natural law.”).

⁶⁴ H.L.A. HART, « *Positivism and the Separation of Law and Morals* », *art. cit.*, p. 624.

⁶⁵ Hart illustrates the point with a failed attempt at poisoning. In such a case, we might say “the poisoner ought to have doubled the amount,” but surely no one would describe this an effort to identify the “morality of poisoning.” *Id.* p. 613.

⁶⁶ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 207.

⁶⁷ L.L. FULLER, *The Morality of Law*, *op. cit.*, p. 200-224.

⁶⁸ L.L. FULLER, « *Positivism and Fidelity to Law* », *art. cit.* p. 656.

law and the law in question but between the law and the moral standards internal to law—the internal morality of legal order.”⁶⁹

For Fuller, the moral and legal cohabit the same normative space. The immanent order of legality informs the interpretive function. It is already deployed to say what the law is and, conversely, to say what cannot be law. Thus, while the penumbra marks the limits of the legislative project for Hart – the point at which law runs out – for Fuller there is no penumbra. The immanent morality of the law, together with the purposiveness of system, provides an endless resource for interpreting what the law is.

If Hart never quite understood the nature of Fuller’s critique, Fuller never quite grasped the full implications of his idea. Neither Fuller nor Hart fully understand the way in which their legal theories depend upon the conceptual structures they bring to the enterprise: project or system. Because of this, they tend to talk past each other. Dworkin has a better grasp of these structures in his defense of an interpretive approach that builds on Fuller’s contribution.⁷⁰ For that reason, the center of the jurisprudential debate of last decades of the century moves from the debate between Hart–Fuller to that between Hart–Dworkin.

II. DWORKIN: AN AMERICAN SYNTHESIS

Dworkin advances beyond the Hart–Fuller debate by offering a synthesis of project and system. He does so by linking jurisprudence to political theory, a concern absent from both Fuller and Hart. To Fuller’s idea that law has an immanent morality, Dworkin adds that law in a constitutional democracy also has a political morality. Dworkin’s jurisprudence remains deeply bound to system, but his political theory imagines the law as a democratic project. Had his synthesis held, he would have brought two centuries of conflict over the nature of American law to a successful conclusion. Constitutional theory, in the words of a sympathetic commentator, would indeed have found its soul.⁷¹ In the end, however, the synthesis does not hold.

Dworkin draws from the common-law practice of reasoning from precedents to build a theory of interpretation bound to the two primary characteristics of system: immanent order and teleological development. These characteristics were already evident in Fuller’s theory, but Dworkin puts them front and center of an explicit theory of interpretation that is the systemic response to a positivism of project. Dworkin also draws upon America’s revolutionary project of constitutional construction to argue that the political legitimacy of the legal order resides in the citizens’ ability to see themselves as the author. Looking at law from the perspective of the judge, Dworkin sees a system. Looking from the perspective of a citizen, he

⁶⁹ D. DYZENHAUS, « *The Grudge Informer Case Revisited* », *art. cit.* p. 1025.

⁷⁰ See D. DYZENHAUS, « *The Rule of Law as the Rule of Liberal Principle* », *art. cit.* p. 74: “It is [...] worth recalling that Fuller too argued against the positivist account of adjudication and, especially in the 1960s, advanced a theory of adjudication that was in many respects quite similar to Dworkin’s.”

⁷¹ See R. BROWN, « *How Constitutional Theory Found its Soul: The Contributions of Ronald Dworkin* », in S. HERSHOWITZ (ed.), *Exploring Law’s Empire*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2006, p. 41-67.

sees a project. This synthesis of legality and legitimacy is difficult to maintain as a matter of theory; it may be impossible to maintain as a matter of practice.

A. A comprehensive system of Interpretation

1. *Immanent Order: A Demanding Conception of Legality*

Among Dworkin's best-known jurisprudential contributions is the distinction between principles and rules.⁷² The distinction traces back to the writings of the great common-lawyers of medieval England. Mansfield remarked in 1774, "The law of England, which is exclusive of positive law enacted by statute, depends upon principles; and these principles run through all the cases, according as the particular circumstances of each have been found to fall within the one or other of them."⁷³ Even then, this view was not altogether new, but a powerful restatement of the common ground in the classics of Bracton, Fortescue, St German, Coke, Selden and Hale. All thought the law to be informed by maxims, doctrines, definitions, and principles.⁷⁴ All understood the cases to function not as the source of law, but as evidence of law. The common-law judge is not making law as a project, but declaring the immanent principles of the legal system. This idea was carried forward by Blackstone, who did not think legislation to be law by virtue of its enactment: the Parliament can, and often does, get the law wrong.⁷⁵

Dworkin reminds us that this set of tools remains ready-to-hand to the judge.⁷⁶ He uses *Riggs v. Palmer* to make the point. In that case, decided in 1889, the defendant, Elmer, had been named heir in his grandfather's will. Elmer then proceeded to kill his grandfather to gain his inheritance. The court ruled against the claim, reasoning that "all laws as well all contracts may be controlled in their operation and effect by general, *fundamental maxims of the common law*. No one shall be permitted to profit by his own fraud, or to take advantage of his own wrong, or to found any claim upon his own inequity, or to acquire property by his own crime."⁷⁷ The dissent argued that Elmer's claim should be upheld, for it fell within the statutory language and it is not up to the judges to "correct" legislation that they believe to

⁷² R. DWORKIN, « *The Model of Rules* », 35 *U. Chi. L. Rev.* 14 (1967). It was, later known as *The Model of Rules* as republished in R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard university Press, 1977, p. 14-45. The novelty of the distinction should not be overstated. It can be found, for instance, in the legal process school materials. See N. DUXBURY, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 1991, p. 294-297, and *infra* note 74.

⁷³ *Jones v. Randall*, 1 Cowp 37, 98 ER 954 (KB), p. 955 (1774).

⁷⁴ See the lively depiction given by A.W.B. Simpson, or Michael Lobban's account of common law jurisprudence. A.W.B. SIMPSON, « *The Common and Legal Theory* », in A.W.B. SIMPSON (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence, Second Series*, Oxford, Oxford University Press, 1973, p. 77-99; M. LOBBAN, *A History of the Philosophy of Law in the Common Law World, 1600-1900, A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 8, Dordrecht, Springer, 2007.

⁷⁵ SIR W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, W. Prest (ed.), Bk 1, Oxford University Press, 2016 (1765), p. 53.

⁷⁶ Ph. RAYNAUD, « *La justice constitutionnelle: une approche philosophique ?* » in Ph. RAYNAUD, *Le juge et le philosophe, essais sur le nouvel âge du droit*, Paris, Librairie Armand Colin, 2008, p. 133.

⁷⁷ *Riggs v. Palmer*, 115 N.Y. 506, 511 (1889) (Earl J.) (emphasis added); R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, p. 22-31.

be mistaken.⁷⁸ Dworkin seizes on the case to illustrate the meaning of disagreement within legal practice. The judges do not disagree with respect to the relevant statutes or precedents. Nor do they disagree on the facts. Rather, they disagree on what the law is. None of the judges believes he is *making* law; none thinks it a matter of discretion. All seek to apply the law as it is to Elmer's claim.

Dworkin uses *Riggs* to argue that law is system not project. It remains a system even in the face of what seems a clear legislative project, for “the words of the statute of wills that figured in Elmer's case were neither vague nor ambiguous.”⁷⁹ Hart might describe the peculiar circumstances of *Riggs* as setting it within the penumbra of the statute. For him, that would mean that judges must exercise discretion to make law. Dworkin disagrees. The judges are, he argues, interpreting the meaning of the law; they are saying what the law is, not what they think law should be. The words of the statute alone do not capture the meaning of the statute. Nor do we have any reason to think that the authors of the statute had contemplated Elmer's case at the time of enactment. The meaning of the statute is realized over time; it is not established at its origin.

Dworkin is elaborating the idea that “law has always something unsaid about it, something implicit that is still waiting to be unearthed by the judge.”⁸⁰ This is a defining characteristic of the systemic model of order: the law is already there and needs only be set forth clearly by the judge. Thus, Dworkin writes, “the gravitational force of a precedent is defined by the arguments of principle that support the precedent.”⁸¹ Or as Mansfield put it, “precedent, though it be evidence of law, is not law itself, much less the whole of the law.”⁸²

Dworkin's reading of the statute in *Riggs* is, effectively, set against Hart's entire enterprise, which had understood law on the model of legislation. Dworkin rejects any lingering belief that we first read a statute as it is written – a “social fact” – and then evaluate it from a normative perspective. He claims that the first step never happens. The background principles immediately pull the reading of the statute in one direction or another.⁸³ They place the text in the system of law. Dworkin

⁷⁸ 115 N.Y. p. 515-516 (Gray, J., dissenting).

⁷⁹ R. DWORKIN, *Law's Empire*, London, Fontana Press, 1986, p. 16-17.

⁸⁰ R. ZREIK, « *Ronald Dworkin and Duncan Kennedy* », 32 *Canadian J. L. & Juris.* 195, p. 216 (2019). Recall Fuller's comment that “a judicial decision is always an explained thing.” L.L. FULLER, *The anatomy of the law*, *op. cit.*, p. 91.

⁸¹ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, p. 115.

⁸² *Jones v Randall* (1774) Lofft 383, p. 385. Dworkin is moving even further than most of eighteenth-century common lawyers, for whom precedent “could be viewed in two lights” as both positive law and the instantiation of rational principles. See D.J. LIEBERMAN, *The Province of Legislation Determined*, *op. cit.* p. 86-87.

⁸³ This reasoning is a common theme in Dworkin's writings. As Raef Zreik puts it: “the moral principles are there from the first stage of legal reasoning, and if they exercise any constraints it is a constraint from within, not from without, for principles are not external to the practice of legal reasoning. Legal reasoning can't make a first move without resorting to principles.” R. ZREIK, *art. cit.*, p. 202.

presents us with one consequence of this process: “it is a commonplace that lawyers will often misrepresent the rules that a statute enacted if they simply repeat the language that the statute used.”⁸⁴

That Dworkin begins *Laws Empire* with a case from 1889 is no surprise. The end of the 19th century was exactly the moment at which the model of law as a system of immanent principles dominated American jurisprudence, law schools, and judicial practice.⁸⁵ Dworkin’s analysis of the underlying, immanent principles of law, along with his view of the statutory text as not the “real law,” would have fit easily in Langdell’s Harvard law school classroom. They would have agreed with his claim that the text of the statute is not the law; it is rather the occasion for a constructive interpretation of law.

This is just the sort of legal reasoning that the legal realists attacked a few decades later as “transcendental nonsense.”⁸⁶ In their view, claims of immanent principles were ideological imaginings that served only to hide real interests and real parties maneuvering to advance their goals before judges and legislatures. The realists would replace these claims of immanent order, with the analytic approach of the social sciences. In place of false claims of deductive reasoning from first principles, they would ask, for example, about the costs and benefits of the adoption of different rules on inheritance, urge legislative inquiries, professional administration, and everywhere a modern a *project* of reforming common-law rules in light of contemporary social science. To the project imagination, law presents an endless subject of reform. Oliver Wendell Holmes, who had made a name for himself as a scholar of the common law, urged just this sort of reform project in the early decades of the 20th century. That movement from system to project was “the path of the law.” The “man of statistics” was to be the man of the future, while the “black-letter law man” was of the past.⁸⁷

Hart provides an analytic jurisprudence for the world Holmes imaged – a world in which statutes replace the common law as the paradigmatic expression of law. Fuller resisted this attack, placing himself in the common-law tradition. Nevertheless, contemporary readers are more likely to identify him with a natural law position – a label he only reluctantly accepted – suggesting our own failure to understand any longer the worldview of the common law.⁸⁸ That Fuller had less success than Dworkin in his effort to defend systemic reasoning comes in part from Fuller’s reluctance to engage with the work of a newly active, progressive Supreme Court.⁸⁹

⁸⁴ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, p. 76.

⁸⁵ P.W. KAHN, *Origins of Order*, *op. cit.*, part. III.

⁸⁶ F. COHEN, « *Transcendental Nonsense and the Functional Approach* », 35 *Colum. L. Rev.* 809 (1935).

⁸⁷ O.W. HOLMES, Jr., « *The Path of the Law* », 10 *Harv. L. Rev.* 457 (1897).

⁸⁸ “Not only am I not proposing to re-fight the philosophic battles of the American and French Revolutions, but I am not attempting to set myself up as a sponsor for any of the various systems of natural law which have been advocated in the past.” L.L. FULLER, *The Law in Quest of Itself*, *op. cit.*, p. 101. See also L.L. FULLER, *The Morality of Law*, *op. cit.*, p. 96-97.

⁸⁹ See especially L.L. FULLER, « *The Forms and Limits of Adjudication* », 92 *Harv. L. Rev.* 353 (1978). See R. COVER & O. FISS, *The Structure of Procedure*, Mineola, New York, Foundation Press, 1979, p. 508 (“Fuller’s essay circulated for some twenty years but it was never modified to address the challenges posed – both positive and normative – by the litigative experience of the civil rights

Dworkin makes use of one of the great paradoxes of the age: while the Langdellian project of identifying the immanent principles of order in the traditional common-law subjects declined in the face of legal realism and the growth of the regulatory state, constitutional law, despite its origins in the project of writing a constitution, becomes the great redoubt of systemic reasoning.⁹⁰

2. *Telos: The law works itself pure*

A project refers to an external intent; we ask what its author was trying to do. The author precedes and stands apart from the project, whether that project is God's creation, Solon's law, or the people's constitution. A system has a *telos*; we ask about the end toward which it strives. A living organism strives to become itself. It demonstrates, in Kant's words, "purposefulness without a purpose."⁹¹ So does an economy and, more broadly, a society. Dworkin famously describes an imagined society that practices civility, not as a ritual, but as a purposive practice. He extends this teleological approach to law. It too is "working itself pure," that is, it strives fully to realize its immanent order. Such a purposive practice will always raise questions of interpretation as members of the society consider what the practice requires under particular circumstances. This is familiar ground from Fuller's argument against Hart's core/penumbra distinction.⁹²

Dworkin captures his idea of "constructive interpretation" as system, rather than project, in his metaphor of the chain novel, in which each judge is imagined as if he were writing the next chapter in an endless enterprise. The chain novel begins with the arbitrary choice of a participant to write a first chapter. She will introduce certain characters and suggest some lines of possible plot development. Her chapter will contain more possibilities than she can understand. The next chapter is written by another member of the group, again chosen by chance. His task is that of writing a sequel, which means to take seriously that which has already been said in the first chapter. He must continue the *same* story. What it means to be the same, however, will be determined as the chapter develops some possibilities, but not others. Both chapters are then sent along to a third participant who repeats the exercise, and so on.

As the novel develops, some possibilities that were there at the beginning become difficult, if not impossible, to retrieve. Characters cannot be brought back from the dead; they cannot ordinarily change their personalities. Exceptions happen – perhaps the earlier death was a deception – but it takes a good deal of interpretive work to fit the exception into the broader scheme of the novel. If the exception fails to articulate an adequate justification, it will be "dropped" from successive chapters. It will be labelled a bizarre twist that goes nowhere. Each successive writer finds himself in the position of both author and critic: he has to create, yet his chapter cannot betray the story as it existed before he took up the pen.⁹³

era. The essay was published in the late 1970s, but strikingly it always remained a statement of the late 1950s.”).

⁹⁰ Dworkin becomes a public intellectual largely through his columns in the *New York Review of Books*, which are a running commentary on the Court's constitutional jurisprudence.

⁹¹ E. KANT, *Critique of Judgment*, Werner S. Pluhar (trans.), Indianapolis, Hackett Publishing, 1987, p. 65.

⁹² See above section I. 2.

⁹³ R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 158-62.

The ambition of each writer is to make a lasting contribution, which means to leave the novel more secure in its plot and character development than it was before.

The chain novel, at any moment, contains an indeterminate number of possibilities. It is not destined to become one thing, even as its development is purposive. Each author will have a different sense of what the novel is about; none can control its future by eliminating all other possible readings. Its movement is bound to the past, even as it realizes possibilities not quite imagined in that past. The story has a *telos*, but not one that can be identified apart from the interpretations offered by the authors. When they disagree, they are arguing over the meaning of the story; they are not expressing subjective feelings. Any particular author may disagree, as a matter of personal values, with that which she nevertheless believes to be the point of the story. Each author is free to write his or her own chapter according to beliefs about what is best. This is not a freedom to do whatever they want. The space for each author is neither wholly free nor wholly determined. She has a responsibility toward all the other authors – past and future – who share in the work, but they will not do her work for her.

The judge, Dworkin tells us, is like this one-time novelist. Both have to grasp the principles that underlie their practice before adding the next chapter. Novelist and judge both follow the same regulative ideal, for they aim to produce the best sequel to the story.⁹⁴ Their responsibility is always to make a single story of all of the different chapters/opinions. It is to maintain the purposive unity of the whole as a system advancing on its own terms. Dworkin refers to this quality of coherence as “integrity.” The law should have the integrity of a good novel. It should have that integrity even as it is written by different hands. These are all systemic virtues. To the project-minded, the correct measure has been established at the moment of legal production. On this view, there is no virtue in maintaining a subsequent error of interpretation or sustaining a direction of legal development, even if it means abandoning many chapters of the law.⁹⁵

In law and literature, it matters who the author is, but not because each is free to say whatever he or she likes. Each is trying to “get it right,” even as they disagree over what is right. Their disagreement is not a matter of rejecting what came before; it is rather an interpretive disagreement over the meaning of past contributions. To take on this interpretive task, one must suppose that there is a “right answer” to how the story/law should proceed.⁹⁶ The right answer is that which best

⁹⁴ For any given judge, the right answer “to the various questions he encounters [...] are the answers [he] now think[s] best. But law as integrity consists in an approach, in questions rather than answers, and other lawyers and judges who accept it would give different answers from his to the questions it asks.” R. DWORKIN, *Law's Empire*, *op. cit.*, p. 239.

⁹⁵ Committed to a jurisprudence of project, Justice Thomas, for example, rejects doctrinal developments that cannot be justified on those terms, regardless of how well established they are or how well they fit into a systemic whole. “[Justice Thomas] does not consider the Court to be an institution that authoritatively sets forth the meaning of the law to which he, like everyone else, is bound. He thinks that his authority flows from his appointment. He can, therefore, continue to insist that everyone else is wrong. Like the traditional British judge, Justice Thomas thinks that the law is fixed in place and time, independently of the courts: each judge’s role is to discern its content and announce what it is that he sees.” P.W. KAHN, *Making the Case*, New Haven, London, Yale University Press, 2016, p. 2-3.

⁹⁶ R. DWORKIN, « *No Right Answer?* » 53 *N.Y.U. L. Rev.* 1 1978, republished in R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, *op. cit.* p. 119-145.

advances the purposiveness of the whole; it is that which maintains the integrity of the system. This claim is at the core of Dworkin's approach. As he wrote in the concluding pages of *Law's Empire*, “[l]aw as integrity (we might say) is the idea of law worked pure.”⁹⁷ Working itself pure is the language of system.

The chain novel is the best metaphor we have for understanding the hermeneutics of constitutional adjudication in the second half of the 20th century. Consider the two most famous cases, *Brown v. Board of Education* and *Roe v. Wade*. In neither does the argument rely on text, original intent, or original public meaning. Both decisions rely on ideas of growth and law's self-realization. Both are concerned with the integrity of a legal system committed to principles of equality and liberty.

While *Roe* begins with a rapid canvas of the history of abortion practices, that account has nothing to do with identifying a lawmaking project. The history, instead, begins with the ancient Greeks; it is designed to illustrate changing social attitudes rather than to clarify a specific project of law making. The opinion elaborates an idea of privacy, as a principle that has been developing through the case law.⁹⁸ Privacy is not mentioned in the constitutional text and the Court seems quite indifferent to the choice of textual hooks upon which the argument might hang.⁹⁹ At work in the opinion, although not yet explicitly given voice, is an idea of dignity: for the state to intrude upon the private decision whether or not to have a child is to treat someone as less than an autonomous agent capable of deciding for herself.¹⁰⁰ This idea will, in turn, grow through the subsequent cases on gay rights until it reaches a sort of crescendo in Justice Kennedy's opinion for the court in *Obergefell*, recognizing a constitutional right to gay marriage. Justice Kennedy speaks explicitly of the Justices learning the full meaning of the constitutional ideal of freedom only as the cases develop – a direct expression of the hermeneutics of system.¹⁰¹

This approach was not a novelty in 1973. We see much the same imagination of system in *Brown* and its successor cases. *Brown* begins with a frank admission that the history of the 14th Amendment's creation – the project of drafting and enacting – can contribute little to resolution of the contemporary problem of school desegregation. After reviewing the historical sources, the Court concludes, “[a]t best, they are inconclusive”.¹⁰² As in *Roe*, the relevant history is not that of law making

⁹⁷ R. DWORKIN, *Law's Empire*, *op. cit.* p. 400 (emphasis in original). Ten years later, he will write more casually about it: “It is in the nature of legal interpretation [...] to aim at happy endings”. R. DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford, New York, Oxford University Press, 1996, p. 38.

⁹⁸ 410 U.S. at 152 (1973).

⁹⁹ “This right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment's concept of personal liberty and restrictions upon state action, as we feel it is, or, as the District Court determined, in the Ninth Amendment's reservation of rights to the people, is broad enough . . .” *Roe*, 410 U.S. p. 153.

¹⁰⁰ J. RUBENFELD, « *The Right to Privacy* », 102 *Harv. L. Rev.* 737 (1989).

¹⁰¹ “[C]hanged understandings of marriage are characteristic of a Nation where new dimensions of freedom become apparent to new generations, often through perspectives that begin in pleas or protests and then are considered in the political sphere and the judicial process.” *Obergefell v. Hodges*, 576 U. S. 644 (2015) p. 660. See also “The nature of injustice is that we may not always see it in our own times.” *id.* p. 664.

¹⁰² *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483, p. 489 (1954).

– drafting and enactment – but that of practices of social citizenship that change through time. It is history as the context within which a constitutional norm develops and must make sense. The Court sees equality as a principle immanent in diverse forms of social, economic, cultural, and political life. The constitutional meaning of equality shows itself – presses for recognition – in all of these phenomena.¹⁰³

The modern Court approached constitutional law as the interpretation of principles immanent in society. This was judicial practice across the diverse range of constitutional rights and institutional structures. Indeed, there are many opinions in which no mention of the constitutional text or its original history occurs at all. A case about free speech, for example, rarely looked to 18th century practices. Instead, it understood the doctrine to be developing the “right” idea of the role of speech in a democratic polity.¹⁰⁴ Or consider the most famous opinion on executive authority over national security: Justice Jackson’s tripartite distinction in *Youngstown*.¹⁰⁵ He offers a systemic analysis, looking at the way in which executive and congressional power interact in reciprocally supporting ways to maintain the integrity and purposiveness of the whole.

This interpretive approach – a hermeneutics of system – is behind the most important progressive decisions of the modern Supreme Court, including decisions on race, gender, religion, speech, privacy, and criminal procedure.¹⁰⁶ Nevertheless, the method is not essentially tied to progressive outcomes. The same method characterized the opinions of the *Lochner* court early in the century.¹⁰⁷ The Court’s recent decision to invalidate the most important provision of the Voting Rights Act elaborated an immanent principle of state equality.¹⁰⁸ In law, method is tied to outcomes rhetorically not deductively.

¹⁰³ Compare *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 485 (citations omitted) (“We have had many controversies over these penumbral rights of “privacy and repose. These cases bear witness that the right of privacy which presses for recognition here is a legitimate one.”).

¹⁰⁴ R. POST, *Democracy, Expertise, Academic Freedom, A First Amendment Jurisprudence for the Modern State*, New Haven, London, Yale University Press, 2012.

¹⁰⁵ *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, p. 634 (1952), (Jackson, J. concurring). Importantly, Chief Justice Vinson’s dissent, takes a similar approach, even as it reads the history of the cases to support a different interpretation of executive authority. For an analysis of the framing of Youngstown, see P.W. KAHN, *Making the Case*, *op. cit.* p. 140-147.

¹⁰⁶ See also, Th. GREY, « *Do We Have an Unwritten Constitution?* », 27 *Stan L. Rev.* 703, p. 706 (1975) (“Where the broader view of judicial review diverges from the pure interpretive model is in its acceptance of the courts’ additional role as the expounder of basic national ideals of individual liberty and fair treatment, even when the content of these ideals is not expressed as a matter of positive law in the written Constitution.”).

¹⁰⁷ This has been a long-standing observation made by conservative scholars. See B. SIEGAN, *Economic Liberties and the Constitution*, New Brunswick, London, Transaction publishers, 2009 (1980); D. BERNSTEIN, *Rehabilitating Lochner: Defending Individual Rights against Progressive Reform*, Chicago, University of Chicago Press, 2012.

¹⁰⁸ *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013).

B. The community of equals

Dworkin often writes of his work as aiming to build “*bridges*” between jurisprudence, on the one hand, and moral and political philosophy, on the other.¹⁰⁹ That bridge might also be characterized as one between system and project. His writings on interpretation are mainly concerned with showing jurisprudence to be a philosophical exposition of the systemic character – immanent principles and teleological movement – of the legal order in a community of principle. His work on democratic theory tackles the different task of identifying the grounds of political legitimacy of such a legal order. In the latter task, Dworkin appeals to a narrative of project. We can best approach this argument by first examining his early criticism of Rawls. That critique leads Dworkin to reject the traditional way in which liberal political thought relied upon a narrative of project – the social contract – and to look for a better metaphor. Instead of imagining a social contract, he proposes imagining self-authorship.

1. Metaphors of liberalism

Rawls’ idea of a social contract, formed behind the veil of ignorance, is the most famous modern iteration of a long tradition of liberal thought relying on ideas of project – a tradition that extends back to Hobbes. Rational individuals in the original position would join in this project. Dworkin responds that the veil alone will not guarantee the outcome Rawls describes: agreement on the equal liberty principle and on the difference principle.¹¹⁰ To get there, Dworkin argues, requires a sort of precommitment among the citizen participants. The Rawlsian outcome requires “as a condition of admission to the original position” that everyone recognize that each participant is entitled to equal respect.¹¹¹

If we imagine the social contract as the original project, Dworkin argues, it cannot arise from a blank slate. It can arise only within a community that already has an immanent principle of order: mutual recognition of a right to equal respect among its members. Indeed, Dworkin’s point is even stronger: given the premise of equal respect, the community will self-organize liberally. The participants are

¹⁰⁹ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, p. 13. For a much later and more elaborate pronouncement, R. DWORKIN, « *Hart’s Postscript and the Character of Political Philosophy* », 24 *Oxford J. L. Stud.* 1, p. 36-37 (2004).

¹¹⁰ Rawls’ first principle demands “each person is to have an equal right to the most extensive total system of equal basic liberties compatible with a similar system of liberty for all”. This principle of equal liberty admits social and economic inequalities – differences – to the extent that they are “to the greatest benefit of the least advantaged”, and attached to positions obtained under conditions of “fair equality opportunity”. See J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1999 (revised ed.), p. 266 §. 46.

¹¹¹ “[T]he right to equal respect is not, on his account, a product of the contract but a condition of admission to the original position. This right, [Rawls] says, is ‘owed to human beings as moral persons’, and follows from the moral personality that distinguishes humans from animals. It is possessed by all men who can give justice, and only such men can contract. This is one right, therefore, that does not emerge from the contract, but is assumed, as the fundamental right must be, in its design.” R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, p. 181.

not free to establish some other order based upon their particular circumstances. That would be to deviate from their political DNA.¹¹²

The priority of community over consent is even sharper in *Law's Empire*. There, Dworkin detaches political obligation from any foundation in the mutual consent of the parties. He reconceives it as an associative or communal obligation, akin to that which one owes to friends or family. We are bound to them, before we take up any projects. "We have friends to whom we owe obligations in virtue of a shared history, but it would be perverse to describe this as a history of assuming obligations. On the contrary, it is a history of events and acts that attract obligations. We are rarely even aware that we are entering upon any special status as the story unfolds."¹¹³ Such communities have a *telos*.

Consent lacks sufficient explanatory power to ground our most basic moral experiences of family and polity. In place of consent, Dworkin speaks of fraternity – an idea that tightens the social fabric among citizens, while rejecting the binary of compulsion or consent. A family may have projects, but it is not itself a project. The same is true of the democratic polity. A legitimate legal order is the project of a special kind of community: one that understands legal form as the means by which it realizes itself. While adding an egalitarian twist, Dworkin is taking us back from contract to status.

2. *Self-Authorship of Law*

Dworkin works toward a theory of collective agency as the source of law. He refuses the primacy of the democratic synecdoche according to which the part – the majority or legislators – stands for the whole – the people.¹¹⁴ We make the law our own when we affirm it as our project. That must be a collective affirmation. It depends upon the whole of the people seeing the whole of the law, and seeing it as their own. At that moment of affirmation, Hercules moves from ideal judge to popular sovereign. In classic terms, popular sovereignty and the rule of law become the same. This is not a matter of taking particular steps to advance an agenda, but of imagining the nature of the political. It is not an argument for new constitutional conventions or popular referenda; rather, it is an interpretation of the history of our law as a sort of national autobiography. Writing the law, we have realized ourselves.

Dworkin, thus, shifts the concern with democratic projects from legislation proposed by a majority of the voters, to a sense of collective responsibility for the legal order as such. "When we insist that a genuine democracy must treat everyone with equal concern," says Dworkin, "we take a decisive step towards a deeper form of collective action in which 'we the people' is understood to comprise not a majority but everyone acting communally."¹¹⁵ This "everyone acting communally" imagines the sovereign people as the author of the law.

¹¹² That liberal theory cannot account for the necessary conditions of its own success is a theme of P.W. KAHN, *Putting Liberalism in its Place*, Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2005.

¹¹³ R. DWORKIN, *Law's Empire*, *op. cit.*, p. 197 (emphasis in original).

¹¹⁴ This point is most clearly put forward by D. MINEUR, *Le pouvoir de la majorité. Fondements et limites*, Paris, Classiques Garnier, 2017, p. 237. See generally on Dworkin, p. 229-53.

¹¹⁵ R. DWORKIN, « *Equality, Democracy and the Constitution: We the People in Court* », 28 *Alberta L. Rev.* 324, p. 340 (1990).

To achieve this ideal of collective agency, Dworkin argues that integrity – the systemic virtue of constructive interpretation – is essential. A legal order without integrity is only a collection of laws and legal acts that exhibit no internal consistency. Absent an immanent order, different laws would be read as favoring different groups. The whole of the legal order, in that case, would be no one's project, let alone the project of all. Integrity, accordingly, is both a quality of system and a condition of project. It is what allows the purposiveness of system to become the purpose of a project. The community of principle that satisfies integrity is also a free community because its citizens imagine themselves as the authors of law.

Dworkin's account of the project of law as one of collective self-authorship gives little space to ordinary political representation, just as it gives little space to voting as the paradigmatic, democratic act.¹¹⁶ The primary site of the democratic project shifts from the legislature to the courts, from legislative texts to judicial opinions. The Supreme Court – or maybe the figure of Hercules – becomes the icon of democracy as simultaneously a project of collective authorship and a system of legal order. From the Court, we are to learn who we are, by learning what it is that we have done together.

Like the Christian God, Dworkin's sovereign people are both transcendent and immanent. Law is their project even as they find themselves within the system of law. Thus, Dworkin's concern for a “deeper form of collective action” bridges the gap between system and project. The immanent order of a community of principle makes it possible to affirm law as the product of a project of self-legislation. He has achieved a synthesis of the duck and rabbit of our social imaginations.

3. Modern Syntheses

Efforts to reconcile project and system are as old as the Republic itself. Consider the ideal of making “a machine that would go of itself.” The most common synthetic efforts, however, appeal to space and time. Project and system can be assigned different spaces.¹¹⁷ Alternatively, they can be assigned different times – revolutionary versus ordinary times.¹¹⁸ Before Dworkin, the most successful effort at reconciliation had been offered by Alexander Bickel. Bickel took from Eugene Rostow the idea that the Supreme Court conducts a national seminar on the meaning of constitutional principles.¹¹⁹ Like professors, Rostow argued, judges have the luxury of time to read deeply and investigate thoroughly. They are above the partisan fray

¹¹⁶ This is not merely an implicit consequence but a point Dworkin himself insists upon: “Equal voting power is not an inevitable, or even a likely, feature of a dependent conception of democracy.” R. DWORKIN, *Sovereign Virtue, The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, London, Harvard University Press, 2002, p. 190.

¹¹⁷ In a forthcoming volume, this point will be illustrated with an analysis of the Insular Cases, which set forth a project idea of constitutional order in the states, but a systemic idea in the unincorporated territories.

¹¹⁸ This theme is elaborated in P.W. KAHN, *The Reign of Law, Marbury v. Madison and the Construction of America*, New Haven, London, Yale University Press, 1997, p. 23 (“The people establish what the law then maintains. Law holds forth -represents- this original action of the sovereign people.”).

¹¹⁹ E.V. ROSTOW, « *The Democratic Character of Judicial Review* », 66 *Harv. L. Rev.* 193, p. 208 (1952).

and, therefore, able to concern themselves with fundamental principles. Their opinions constitute the school of the nation. They are to identify and elaborate those principles that constitute the immanent order of our society. They deliberate and argue in order to hash out those principles necessary to, and embodied by, our constitutional traditions.

Bickel couples Rostow's idea of the professorial judge to an idea of democratic legitimacy. The task of the Justices is to persuade citizens to approve the principles set forth in the opinions. With this move, Bickel recasts the Court as a representative body. It does not exactly stand for election, but it does stand before a continuing referendum on its work. Its political authority comes not from getting the law right, but from persuading the electorate to support its work. If the principles expressed in the opinions do not gain popular support, Bickel thought the Justices must retreat. They have no warrant to rule absent the success of their claims to represent. Accordingly, they "labor under an obligation to succeed."¹²⁰

Bickel's description of the Supreme Court "at the bar of politics" links legality to legitimacy. He thinks of legality as a matter of principle and of democratic legitimacy as a matter of consent. His theory of reconciliation captures the Warren Court's idea of "deliberate speed:" the speed at which the Court can persuade voters to support the principles it expresses.¹²¹ This ideology extends deep into the beliefs of the Burger Court, and one finds it even at a defining moment of the Rehnquist court, at the heart of the majority opinion in *Casey*:

Like the character of an individual, the legitimacy of the Court must be earned over time. So, indeed, must be the character of a Nation of people who aspire to live according to the rule of law. Their belief in themselves as such a people is not readily separable from their understanding of the Court invested with the authority to decide their constitutional cases and speak before all others for their constitutional ideals. If the Court's legitimacy should be undermined, then, so would the country be in its very ability *to see itself* through its constitutional ideals. The Court's concern with legitimacy is not for the sake of the Court, but for the sake of the Nation to which it is responsible.¹²²

Dworkin offers a more sophisticated version of the Bickelian theory of the Court's role. He moves from a theory of reconciliation to synthesis. For him, the distinction between legality and legitimacy turns not on where we look, but on the question that we ask. Authorship provides legitimacy; system provides legality. He frees the idea of democratic legitimacy from Bickel's commitment to the project of electoral politics, tying it instead to the imagination of self-authorship. That in turn requires a theorizing of the agency of a temporally extended collective subject.¹²³ With that, Dworkin also escapes Bickel's worry that the Court is a countermajoritarian institution.

Dworkin's work stands not only as a tour de force in constitutional theory; it also lays bare the conscience of the age. He was the theorist of the progressive opinions of the Warren and Burger Court. The last years of his life, however, were

¹²⁰ A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch, The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, London, 1986, p. 239.

¹²¹ On this, see the account by L.A. POWE JR., *The Warren Court in American Politics*, Cambridge, London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2000, p. 50-74.

¹²² *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, p. 868 (1992).

¹²³ This theme is given full expression in P.W. KAHN, *Making the Case, op. cit.*

an increasingly lonely protest against the direction of American law. By the end of his life, he was read more in political philosophy classes than jurisprudence classes. The judgement in the law schools was that Hart won the debate. Those progressive opinions relying on an idea of systemic integrity were attacked as exceedingly thin; unable to stand up against the weight of historical evidence marshalled by the new originalists.

III. THE ORIGINS OF ORIGINALISM: SYSTEM IN AN AGE OF DISTRUST

If Dworkin was so successful in theory, why did he fail? Rather than constructive interpretation, the dominant approach on the courts is now originalism. In our law schools, scholars debate variations of originalism and its close ally, textualism. In theory and practice, we have moved from system to project. Dworkin fades from view; Fuller is out of sight completely. Hart remains. Some contemporary originalists are even picking up *The Concept of Law* as if it contained the jurisprudential truth against which their own theories must be measured.¹²⁴ They find there a theoretically sophisticated presentation of law as project that they seek to harness to their unsophisticated critique of the progressive decisions of the Warren and Burger courts.

A. From *Brown* to *Roe*

Dworkin's legal and political theory can appear to belong to an age long past. Political polarization and the general lack of trust in authority had, by the end of the last century, taken on a particular jurisprudential form: systemic legality confronted accusations of an illegitimate exercise of judicial discretion. Thus, *Casey* invoked a furious dissent from Justice Scalia.¹²⁵ Barely able to contain his anger at the majority's reliance on "reasoned judgment" in its refusal to overturn *Roe*, he accuses them of exercising discretion unbound by law. He could see no reason to think that such an exercise of judicial will can – or should – persuade the general public to see the law as a product of citizen self-authorship. The judge-made regime simply reflected the social and political values of those Justices who joined the majority. He predicted – and encouraged – a backlash of distrust in the Court, for the Justices were no longer doing "lawyer's work."¹²⁶ Nor was this critique confined to the cenacles of the Supreme Court. The social conservative journal *First Things*, for

¹²⁴ "We assume in this Article something like Hartian positivism," W. BAUDE & S.E. SACHS, « *The Law of Interpretation* », 130 *Harv. L. Rev.* 1079, p. 1116 (2017).

¹²⁵ 505 U.S. 883, p. 979-1002 (1992).

¹²⁶ "As long as this Court thought (and the people thought) that we Justices were doing essentially lawyers' work up here--reading text and discerning our society's traditional understanding of that text--the public pretty much left us alone. Texts and traditions are facts to study, not convictions to demonstrate about. But if in reality our process of constitutional adjudication consists primarily of making value judgments; if we can ignore a long and clear tradition clarifying an ambiguous text, [...] then a free and intelligent people's attitude towards us can be expected to be (ought to be) quite different. The people know that their value judgments are quite as good as those taught in any law school--maybe better. If, indeed, the 'liberties' protected by the Constitution are, as the Court says, undefined and unbounded, then the people should demonstrate, to protest that we do not implement their values instead of ours." *Id.* p. 1000-01.

example, took up the invitation in a symposium accordingly titled “*The End of Democracy*”. As Keith Whittington reports, “[c]ontributors to the issue pondered whether a US government dominated by an unrestrained Court had lost legitimacy. For many on the right, ‘the Court’s continuing injection of its power into so-called culture war issues’ was the primary concern, and this had not abated with the appointment of more conservative justices.”¹²⁷

Almost 25 years later, the Chief Justice would express a similar anger, accusing the majority in *Obergefell* of acting without regard for law: “The majority’s decision is an act of will, not legal judgment. The right [to gay marriage] it announces has no basis in the Constitution or this Court’s precedent. The majority expressly disclaims judicial ‘caution’ . . . openly relying on its desire to remake society according to its own ‘new insight’ into the ‘nature of injustice.’”¹²⁸ The difference between *Obergefell* and *Casey* is that, by 2015, the dissenters had substantially won the battle. Unsurprisingly, Justice Kennedy’s retirement in 2017 unleashed what was arguably the most bitter, politically polarized debate ever fought over an appointment. By now, the dispute over a method of interpretation – originalism – has come to be fully identified with a partisan takeover of the Court.

Could the Court and its academic supporters have sustained a belief in a judicial role of identifying the immanent principles of constitutional order? Those who rejected this role saw in it a repeat of the jurisprudential errors of the *Lochner* Court. Those who defended the systemic constitutionalism of *Brown* and *Roe*, accordingly, had the burden of explaining how *Lochner* had been wrong, but this time, the Court was right in its pursuit of a systemic jurisprudence. That was a difficult – probably impossible – burden to bear by the end of the century.

In the post-War era, there had been a hopeful belief that the nation was united in its underlying moral principles. We were all liberals according to Hartz.¹²⁹ Or, all republicans, according to Pocock.¹³⁰ The Supreme Court, following Bickel and other constitutional scholars, had the task of identifying and expressing the common principles to which the national community was committed.¹³¹ This belief in

¹²⁷ K.M. WHITTINGTON, *Repugnant Laws, Judicial Review of Acts of Congress from the Founding to the Present*, Lawrence: University Press of Kansas, 2019 p. 235 (quoting from *The End of Democracy*, First Things (Nov. 1996), <https://www.firstthings.com/article/1996/11/the-end-of-democracy-the-judicial-usurpation-of-politics>).

¹²⁸ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 687 (2015) (Roberts, C.J., dissenting).

¹²⁹ L. HARTZ, *The Liberal Tradition in America, An Interpretation of American Political Thought Since the Revolution*, San Diego, New York, London, Harcourt Brace and Co., 1955. See also G. MYRDAL, *An American Dilemma, The Negro Problem and Modern Democracy*, New York, London, Harper & Brothers Publishers, 1944, a book given center place by its quotation in footnote 11 in *Brown*.

¹³⁰ J.G.A. POCOCK, *The Machiavellian Moment, Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton, Oxford, Princeton University Press, 1975.

¹³¹ Hartz indeed thought such a homogeneity to be an essential condition for the exercise of judicial review. See L. HARTZ, *op. cit.*, p. 9 (“[A fixed, dogmatic liberalism] is the secret root from which have sprung many of the most puzzling of American cultural phenomena. Take the unusual power of the Supreme Court and the cult of constitution worship on which it rests. Federal factors apart, judicial review as it has worked in America would be inconceivable without the national acceptance of the Lockian creed, ultimately enshrined in the Constitution, since the removal of high policy to the realm of adjudication implies a prior recognition of the principles to be legally interpreted.”).

the Union, as simultaneously legal, moral, and political, was inspired by changing attitudes toward race. America was finally addressing its race problem and few were willing to defend publicly the racism expressed in policies of segregation and subordination. Resistance would be overcome by the Court's deliberate expression – as in “all deliberate speed” – of the full range of constitutionally guaranteed equality. That began with schools, moved through commerce and public institutions, to end at the ballot box. Explicit opposition, it was hoped, would become more and more exceptional as the nation accepted politically what the Court held legally.¹³²

For a generation, *Brown* was the model of the possibility of melding legality and legitimacy. What theorists such as Bickel and Dworkin would imagine at an abstract level was given concrete political expression in passage of the *Civil Rights Acts*. At the start of the sixties, “all deliberate speed” would turn out to be the ten years between *Brown* and congressional action. The ideal of an intersection of legality and legitimacy, made visible with race, was thought to be a model for other forms of progressive liberation from traditional restraints on full and equal citizenship of women, gays, and other disfavored minorities. The system would work itself pure. Such was the “integrity” of the liberal vision. Though only grudgingly accepted in some quarters, it crashed into the politics of abortion.

The conservative critics of the work of the Court moved the paradigm case from *Brown* to *Roe*. The former announced a norm that could plausibly be put forward as one toward which public opinion was moving.¹³³ Such a systemic narrative was at hand. The Court's decisions were just one element in a two-hundred-year political effort to affirm equality as the organizing norm of American law and politics. That effort began with the *Declaration of Independence*, moved through the Civil War and Reconstruction, and then was reconstituted and reaffirmed in the Civil Rights Movement. About *Roe*, however, no similar narrative was available.¹³⁴ The very history reviewed in *Roe* demonstrated no single trend, but rather a diversity of views. There had been a recent liberalizing trend among elite professional organizations – doctors and lawyers – but there was no indication that those who disagreed were commonly held to be violating a moral norm. They were not the equivalent of segregationists.

With *Roe*, liberals learned that a Dworkinian synthesis cannot hold when the constructive interpretations offered by the Court rest on moral principles rejected by a substantial portion of the nation. If I believe abortion to be murder, can I find an expression of my political identity in *Roe*? But if I believe access to abortion to be an issue of liberty and women's political equality, how can I accept the reversal of *Roe* as an expression of my political identity? If constructive interpretation relies

¹³² “The South's foremost social scientist, Howard Odum, said: “The South is likely to surprise itself and the nation and do an excellent job of readjustment. We might want to delay a little, so we can get ready, but in my opinion, the South for the most part will take it in stride.” Quoted in R. KLUGER, *Simple Justice. The history of brown v. Board of Education and Black America's struggle for equality*, New York, Vintage Books, 1975 (1977), p. 711.

¹³³ This has been forcefully argued in Michael Klarman's scholarship. See M. KLARMAN, *From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and The Struggle for Racial Equality*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2004.

¹³⁴ On the central role of a publicly available narrative see P.W. KAHN, *Making the Case, op. cit.*, ch. 1.

upon our deepest moral values, it will head toward a legitimacy crisis in the face of a deeply divided community. Efforts at constructive interpretation are likely to exacerbate the crisis by claiming to express a moral consensus that does not exist, for that suggests that the views of the dissenters do not merit recognition. This is exactly what happened.

That abortion would be the pivot around which opposition to the entire range of progressive decisions would mobilize was not obvious before the fact. The right to life did not drive the conservative reaction to the Court; rather, the opposition drove the political commitment to the right to life.¹³⁵ The conservatives had found their point of political leverage. Abortion became the symbolic point at which multiple strands of conservative reaction against liberalism could converge.¹³⁶ The right to life fed into wider claims of family values, religious values, and cultural values, finally pushing toward an embrace of white nationalism. It provided a nexus around which several distinct sensibilities could hope to unify.

In this deeply polarized political environment, persuasion is impossible. Today, once an issue attains political salience, no one believes that persuasion can resolve the differences. Political division exceeds the capacity of the courts to heal, which means that the courts become nothing more than another site of political contestation. The conditions for an imaginary of system disappear from view.

B. Discretion as an Issue in Jurisprudence and Constitutional Theory

Beginning in the late 1970s with the work of Raoul Berger, the assault on the Court's integrity took aim at the exercise of judicial discretion. This attack was not explicitly political. Berger was, after all, a liberal hero after his scholarship was credited with some success in Nixon's impeachment. Berger's strictures against modern fourteenth amendment doctrine were jurisprudential. He appealed to lessons learned in the earlier confrontation with the systemic reasoning of the Lochner court.¹³⁷ Berger was not alone among lawyers, judges, and scholars who had learned their constitutional law from those shaped by the New Deal experience. They had all been taught to fear judicial law making and were quick to identify that project with expansive applications of the due process clause. For many of them, the race cases posed less of a problem because black equality was at the core of the 14th amendment. The liberty provision of the due process clause was a different matter.¹³⁸

¹³⁵ That *Roe* was not originally a deeply divisive decision is on display in Blackmun's conciliatory opinion, and the breadth of the other six justices who joined. Only Rehnquist and White dissented. See R.B. SIEGEL & L. GREENHOUSE, *Before Roe v. Wade, Voices That Shaped the Abortion Debate Before the Supreme Court's Rulings*, Kaplan Trade, 2012.

¹³⁶ See for instance P. SCHLAFLY, « ERA means abortion and population shrinkage », in *The Phyllis Schlafly Report*, December 1974, Schlesinger Library archives. See also R.B. SIEGEL & L. GREENHOUSE, « The Unfinished Story of *Roe v. Wade* », in M. MURRAY, K. SHAW & R.B. SIEGEL (eds.), *Reproductive Rights and Justice Stories*, Mineola, New York, Foundation Press, 2019.

¹³⁷ R. BERGER, *Government by Judiciary, The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Cambridge, London, Harvard University Press, 1977; on Berger, see chapter 5 of J. O'NEILL, *Originalism in American Law and Politics, A Constitutional History*, Baltimore, London, The Johns Hopkins University Press, 2005.

¹³⁸ Consider the skepticism expressed in *Griswold* by Justices Stewart and Black, or in *Roe* by Justice White. This is also displayed in J. HARTELY, « *The Wages of Crying Wolf, A Comment on*

While Hart had not imagined such an assault on the Court, and even though the early originalist literature kept its distance from any specific legal theory, his theory of discretion nevertheless provided the jurisprudential background for the assault.¹³⁹ Once the distinction between core and penumbra is accepted, it is hard to avoid seeing discretion everywhere in constitutional law. Every dissent to a majority opinion announces that it could have been otherwise. Justices make choices among the available legal materials that are themselves indeterminate. The very fact that appellate decisions are made by multimember courts suggests discretion: we do not do science by committee votes.

Indeed, the Court itself quite explicitly deploys the idea of a penumbra at the very start of the line of cases that would lead to *Roe*. In *Griswold v. Connecticut*, Justice Douglas writes that the text of various constitutional provisions creates penumbrae to which the norms extend because otherwise those norms would fail to achieve their purposes.¹⁴⁰ This is not quite Hart's use, but it is close. It distinguishes a core from a penumbra, and it links decision in the latter to the purpose of the norm. Those who would limit the reach of the norms will have to cabin the language of the text within a core. As Hart wrote, however, it is a feature of all legal texts that they create a core and a penumbra: "No vehicles in the park." The originalists intervene just here: they attempt to limit the open feature of a text by binding the meaning to a determinate project. What text cannot do alone, history will accomplish.

Absent an idea of system, claims to reasoned judgement looks like nothing more than post-hoc justifications of an exercise of judicial discretion. From his earliest papers, Dworkin's response had been to deny that judicial discretion exists at all. Yet, this is a losing battle in our skeptical age. Discretion seems obvious to ordinary perception; constructive interpretation is not obvious.¹⁴¹ Judicial majorities appear to exercise political power, which they can align with one political faction or another. This appearance is maintained by constant accusations by critics on and off

Roe v. Wade », 82 *Yale L.J.* 920 (1973). Even Bickel expressed increasing skepticism in his latest works. A.M. BICKEL, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, New York, Harper & Row, 1970.

¹³⁹ Passing references to Hart aside, the originalist movement effectively unfolded apart from engagement with the debate on indeterminacy. For an unusual but disappointing encounter, see A. SCALIA & B. GARNER, *Reading Law, The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul, Thompson West, 2012, p. 36-38 (addressing the no vehicles in the park case). Some recent works are more inclined towards legal theory. See L.B. SOLUM, « *We Are All Originalist Now* », p. 22, and L.B. SOLUM, « *A Response by Lawrence B. Solum* », p. 145-47, in R.W. BENNETT & L.B. SOLUM (eds.), *Constitutional Originalism*, Ithaca, London, Cornell University Press, 2011. In the latest, Solum uses an account of open texture that he borrows directly from Friedrich Waismann, the philosopher most associated with Hart's account of discretion. This absence of concern with Hart may be changing now. Professors Baude and Sachs recently claimed to ground originalism in Hart's positivism. W. BAUDE & St. SACHS, « *Grounding Originalism* », 113 *NY. U. L. Rev.* 1455 (2019). For a critical discussion, See Ch. BARZUN, « *The Positive U-Turn* », 69 *Stan. L. Rev.* 1323 (2017).

¹⁴⁰ In *Griswold*, Justice Douglas argued that "specific guarantees in the Bill of Rights have penumbrae, formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance", *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, p. 484 (1965).

¹⁴¹ Moreover, interpretive claims must bear the burden of post-modern critique, which has taught that claims to "reasoned judgment" are facades behind which inequalities of power continue.

the bench. The Court will not convince its opponents that the Justices have Herculean insight into the immanent order of the legal system, if they cannot even convince their colleagues.

When Hart takes up directly the argument with Dworkin, he sees that judicial discretion is at the heart of their dispute:

The sharpest direct conflict between the legal theory of [positivism] and Dworkin's theory arises from my contention that in any legal system there will always be certain legally unregulated cases in which . . . no decision either way is dictated by the law and the law is accordingly partly indeterminate or incomplete. If in such cases the judge is to reach a decision . . . he must exercise his *discretion* and make law for the case . . .¹⁴²

Hart fails to see why this issue of judge-made law is of overriding importance in the American context. He thinks of discretion as raising an issue of retroactive law making by judges who happen to fall into the penumbra in a particular case. But Dworkin's position on discretion does not arise out of a concern with the justice of *ex post facto* laws. It is a concern with self-government. The discussion is not only jurisprudential but also political. This is why Hart can reasonably express some frustration at Dworkin's criticism, for one might argue that he simply changed the topic.¹⁴³

Hart seems to think that a mature democracy should be able to tolerate a bit of judicial discretion because it is "convenient" to have controversies disposed of by judges, without going back to the legislature.¹⁴⁴ This may be British common sense, but theorizing discretion in the face of American constitutional adjudication is an invitation to a legitimacy crisis. It hardly passes unnoticed that the right answer theorized by Dworkin seems inevitably to reject the beliefs and values of Evangelicals, cultural conservatives, and traditional, white rural America. They are not persuaded that the work of the Court corresponds to their own political project. It appears, rather, as something done to them, as if they are being subordinated to an elite project of lawmaking.¹⁴⁵ This is, indeed, what their leaders tell them.

¹⁴² H.L.A. HART, *The Concept of Law*, *op. cit.* p. 272.

¹⁴³ "Legal theory conceived [...] as both descriptive and general is a radically different enterprise from Dworkin's conception of legal theory. [...] It is not obvious why there should be or indeed could be any significant conflict between enterprises so different as my own and Dworkin's conceptions of legal theory." H.L.A. HART, *id.* p. 240-241. See also, B. LEITER, « *Beyond the Hart/Dworkin Debate, The Methodology Problem in Jurisprudence* », 48 *Am. J. Juris.* 17 (2003) p. 24 ("Dworkin, by limiting his account of law only to those cases where the exercise of coercive power in accordance with law can be morally justified, has, plainly, changed the topic.").

¹⁴⁴ "That judges should be entrusted with law-making powers to deal with disputes which the law fails to regulate may be regarded as a necessary price to pay for avoiding the inconvenience of alternative methods of regulating them such as reference to the legislature; and the price may seem small if judges are constrained in the exercise of these powers and cannot fashion codes or wide reforms but only rules to deal with the specific issues thrown up by particular cases." H.L.A. HART, *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 275.

¹⁴⁵ Blackmun's words in *Roe* – "[t]his right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment's concept of personal liberty and restrictions upon state action, as we feel it is, or, [...] in the Ninth Amendment's reservation of rights to the people, is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy" – retrospectively appears just such an exercise of discretion. See *Roe v. Wade*, 410 U.S. 153.

We might describe the situation in terms of a difference between an English context of production and an American context of reception of the positivist's thesis. Positivists defend the separation thesis as their first principle. The argument within their ranks is between inclusive and exclusive interpretations of the thesis: Can the social facts of law include reference to normative standards?¹⁴⁶ But American judges, public intellectuals, and political leaders took from positivism a different lesson: judges are exercising discretion. The distinction between core and penumbra, which generates the need for discretion, sounds to the American legal ear as if were framed with the Constitution in mind. Originalism is the response to the legitimacy crisis triggered by judicial discretion in a nation committed to the idea that law is authored by the people acting within democratic institutions. To speak of judicial discretion called forth by the penumbral quality of constitutional norms is only another way of describing the counter-majoritarian difficulty of American constitutionalism.

Recognition of a penumbra in which law is indeterminate creates a legitimacy problem, then, that rises in prominence in proportion to the importance of the substantive issue. After *Brown*, the Court was deciding issues of overwhelming political importance to the nation, meaning that the legitimacy issue had to be addressed. The major figures of constitutional theory, all tried to address the issue: Bickel, Ely, Ackerman, and Dworkin.¹⁴⁷ None could withstand the tide of opposition from a rising culture of disbelief. Decisions of the Court no longer settle issues; rather, they identify the lines of political battle. This is explicitly suggested in the sharp dissents in our most visible constitutional cases: they assert that the majority decision is not law, but politics.¹⁴⁸ For that reason, the dissenters do not think they are bound by the majority decision. But if not them, why us?

C. The Originalist Way Out

Once a democratic skepticism about the operation of judicial discretion takes hold, three responses are imaginable. All are hallmarks of the constitutionalism of project, for discretion only appears as *the* problem to the project imagination. Each has been tried out in constitutional history. First, we can try to impose electoral controls, as if judges should be treated like other officials exercising delegated, law-making authority. This is a move from Bickel's metaphorical, popular referendum

¹⁴⁶ See, for example, J. COLEMAN, « Negative and Positive Positivism », *The Journal of Legal Studies*, vol. 11, n° 1, 1982, p.139.

¹⁴⁷ J.H. ELY, *Democracy and Distrust*, Cambridge, London, Harvard University Press, 1980; B. ACKERMAN, *We the People*, vol. 1, *Foundations*, Cambridge, London, The Belknap Press of Harvard University Press, 1991. For Dworkin, see *supra* notes 72, 79, 93, and Bickel, see *supra* notes 120 and 138.

¹⁴⁸ “It is of overwhelming importance [...] who it is that rules me. Today’s decree says that my Ruler, and the Ruler of 320 million Americans coast-to-coast, is a majority of the nine lawyers on the Supreme Court. The opinion in these cases is the furthest extension in fact — and the furthest extension one can even imagine — of the Court’s claimed power to create “liberties” that the Constitution and its Amendments neglect to mention. This practice of constitutional revision by an unelected committee of nine, always accompanied (as it is today) by extravagant praise of liberty, robs the People of the most important liberty they asserted in the Declaration of Independence and won in the Revolution of 1776: the freedom to govern themselves”. *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 713 (2015) (Scalia, J., dissenting). See also Chief Justice Roberts’ dissent, *supra* note 137.

to the thing itself. The Progressives responded to judicial discretion in this way at the beginning of the 20th century.¹⁴⁹ Remnants of that movement remain in a dozen states. In some, judges are directly elected for a term of office; in others, they are subject to democratic recall or retention election.¹⁵⁰ This approach is also embraced by those who would fight political battles over appointments.¹⁵¹ If discretion cannot be limited, the question to the judge will inexorably be “which side are you on?”

Second, we can try to limit the jurisdiction of the Court. If we cannot eliminate discretion, we can reduce the occasions upon which the courts will have authority to exercise judgment. Congress might strip jurisdiction directly.¹⁵² Similar reductions might be accomplished by changing the voting rules on the Court or devising something like Thayer’s “clear mistake rule” in order to keep judges out of the legislative business. Those ideas are gaining new support today.¹⁵³

The third option has been the most popular recently. It tries to limit discretion by appealing to an objective measure. Outside the United States, this response has taken the form of proportionality review.¹⁵⁴ Judges are treated as experts in applying this method of measuring costs and benefits. The metaphor of quantification becomes ubiquitous. Its defenders speak of a new legal science. Not the systemic science of the common law, but a science closer to the calculations imagined by Bentham. American courts and lawyers, however, have been exceptional in their skeptical attitude toward proportionality review. For them, the balancing of costs and benefits looks like a legislative project. It is, after all, just the sort of reasoning that a well-functioning legislature or an administrative agency would pursue. As a universal technique of governmental reasoning, it makes no contact with the idea

¹⁴⁹ J.H. SHUGERMAN, *The People’s Courts Pursuing Judicial Independence in America*, Cambridge, London, Harvard University Press, 2012, p. 159-76.

¹⁵⁰ This is the case in California or Wisconsin, for instance.

¹⁵¹ *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, p. 1001 (1992) (Scalia, J., dissenting) (“If, indeed, the ‘liberties’ protected by the Constitution are, as the Court says, undefined and unbounded, then [...] confirmation hearings for new Justices should deteriorate into question-and-answer sessions in which Senators go through a list of their constituents’ most favored and most disfavored alleged constitutional rights, and seek the nominee’s commitment to support or oppose them. Value judgments, after all, should be voted on, not dictated; and if our Constitution has somehow accidentally committed them to the Supreme Court, at least we can have a sort of plebiscite each time a new nominee to that body is put forward.”).

¹⁵² See, e.g., *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996*, Pub. L. n° 104-132, 110 Stat. 1214 (preventing the Supreme Court from reviewing an appellate review panel’s denial of leave to file second habeas petition).

¹⁵³ J.B. THAYER, « *The Origins and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law* », 7 *Harv. L. Rev.* 129 (1894). See also the hypothesis of altogether suppressing judicial review in M. TUSHNET, *Taking the Constitution Away from the Courts* 154 (1999), and the resources recently gathered by students from the Yale Law School at <https://www.scotusreform.com/>.

¹⁵⁴ M. ANTAKI, « *The Rationalism of Proportionality’s Culture of Justification* », in G. HUSCROFT, G.C.N. WEBBER, B.S. MILLER (eds.), *Proportionality and the Rule of Law, Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 284-308; A. STONE SWEET & J. MATHEWS, *Proportionality Balancing and Constitutional Governance: A Comparative and Global Approach*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

that American law is a project of self-authorship by the people.¹⁵⁵ Instead of turning to proportionality to control discretion, Americans turned to originalism. Like proportionality review, originalism purports to be neutral with respect to content and formal with respect to method. It promised to revitalize formalism while removing its negative overtones.¹⁵⁶

For originalists, judges are bound to remain at the core meaning of the legal text. The core is established at the moment of origin of the law. This idea, too, has support from Hart, who argued that the core was a necessary condition to linguistic intelligibility: a legal project must have a core. Predictably, however, there has always been some hesitation among originalists over the exact content of the core. Different accounts of intention and meaning have been tried.¹⁵⁷ Much of the internal debate among originalists has concerned the means of specifying the core to which judges are bound. Text meets history, opening a space of some indeterminacy. An earlier generation of originalists focused on the intent of the framers or of the ratifiers; a new generation mostly believes that the original public meaning of the text controls the inquiry.

Originalists fight an unending battle against their critics to show that these sources can produce a determinate core. Sometimes, they fight among themselves. Because even the public meaning of a text that uses broad, normative terms can be open ended – and thus introduce a space for discretion¹⁵⁸ – originalists seek to reduce abstract terms to particular usages. Thus, we find an increasing reliance on contemporary dictionaries and a tendency to collapse the meaning of text into its original expected applications.¹⁵⁹ These techniques express an idea of law making

¹⁵⁵ P.W. KAHN, « *Comparative Constitutionalism in a New Key* », 101 *Mich. L. Rev.* 2677 (2003).

¹⁵⁶ A. SCALIA, « *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws* », in A. GUTTMAN (ed.), *A Matter of Interpretation, Federal Courts and The Law*, Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2018 (1997), p. 25 (“Of all the criticisms leveled against textualism, the most mindless is that it is formalistic.’ The answer to that is, of course it’s formalistic! The rule of law is about form. [...] Long live formalism. It is what makes a government a government of laws and not of men.”).

¹⁵⁷ We won’t delve into the claims of a jurisprudence of original intent. If it was originally defended, notably by Attorney General Edwin Meese, Raoul Berger, and Robert Bork, it was soon replaced by the idea of original public meaning. Compare R.H. BORK, « *Original Intent: The Only Legitimate Basis for Constitutional Decision Making* », 26 *Judges J.* 13 (1987) (asserting that “a judge should consider himself or herself bound by the original intentions of those who framed, proposed, and ratified the Constitution”) with R.H. BORK, *The Tempting of America, The Political Seduction of the Law*, New-York, Sinclair-Stevenson, 1990, p. 144 (referring to his previous formula of the ratifiers’ understanding as “shorthand formulation” for the “meaning understood at the time of the law’s enactment” and insisting that “[t]he search is not for a subjective intention”).

¹⁵⁸ This was shown by early critics, although some refrained from using the vocabulary of “discretion”. See R. DWORKIN, « *Comment* », in *A Matter of Interpretation*, op. cit., p. 115-127 (distinguishing between “semantic” and “expectation” originalism), which foreshadows the argument offered for a “soft” originalism in J.M. BALKIN, *Living Originalism*, Cambridge, London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

¹⁵⁹ Turning from the generality of meaning to the specificity of intent can indeed be another way to cabin discretion, which is why it has remained one avenue for originalist thinking. See for instance J.O. MCGINNIS and M. RAPPAPORT, « *Original Interpretive Principles as the Core of*

as a project of specifiable dimensions to which judges are bound.¹⁶⁰ A project without such specification is like a project of housebuilding that fails to specify the layout of the rooms. That would be either an incoherent project or no project at all.

Originalism has shown itself to be a powerful contender against Dworkin's theory of constructive interpretation. Both find the idea that judges exercise discretion in hard cases to be democratically intolerable. Both believe in a "right answer" to a legal controversy. Both see an identity between judges and scholars, although each imagines scholarship differently.¹⁶¹ Both believe that there must be a convergence of legality and democratic legitimacy. Both believe that the right legal answer must find its ground in popular sovereignty, for the legitimacy of the rule of law depends upon its intersection with rule of the people. Dworkin finds that convergence in and through the systemic idea of integrity; originalists through an idea of the public meaning of the law at the moment that it emerges from a democratic project of law making. The key jurisprudential difference between the two approaches reflects different attitudes toward time: for the originalists, the meaning of a constitutional provision is established at its enactment, while for Dworkin, the meaning of the text emerges over time as the law realizes itself. This is a characteristic difference of projects and systems. It is as old as the account of Creation; it haunted Christian theology; it is a theme of American history. Surely, it can be no surprise that it is at the root of jurisprudential controversy today.

D. The Originalist Grounding for Political Obligation

At the heart of the originalist enterprise one finds an idea of the project of self-government. Originalism identifies popular sovereignty with specific iterations of electoral politics. The project of law creation legitimately binds citizens because it is the output of a democratic political process – either the extraordinary politics of the founding or the ordinary operation of legislative majorities. What else could democracy mean in America? Only in this way, they believe, can legality and legitimacy coincide. To the originalist these propositions have the self-evidence of a high-school civics class. This explains the tendency of some originalist history to find the roots of their movement directly at the Founding, long before Edwin Meese

Originalism », 24 *Const. Comment.* 371, (2007); for a powerful critical discussion, see St.M. GRIFFIN, « *Optimistic Originalism and the Reconstruction Amendments* », 95 *Tul. L. Rev.* 281 (2021); see also J. BALKIN, *Living Originalism*, *ibid.* p. 100-108.

¹⁶⁰ "With its pressing need to find determinate meanings at a fixed historical moment, the strict theory of originalism cannot capture everything that was dynamic and creative – and thus uncertain or problematic – in Revolutionary constitutionalism; nor can it accommodate the diversity of views, that, after all best explains why the debates of this era were so lively." J. RAKOVE, « *Parchment Barriers and the Politics of Rights* », in *A Culture of Rights*, M.J. LACEY & K. HAAKONSEN (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 1991, p. 100-101 quoted in L. KALMAN, *The strange Career of Legal Liberalism*, New Haven, London, Yale University Press, 1996, p. 134. Stephen Griffin reports that in a lecture at Harvard, "Scalia contended that given that historians of the founding period were in disagreement, lawyers with their training in interpreting texts were well qualified to adjudicate among them" St.M. GRIFFIN, « *Justice Scalia: Affirmative or Negative?* », 101 *Minn. L. Rev. Headnotes* 52 (2016), p. 61. See also *supra* note 170.

¹⁶¹ "Jurisprudence is the general part of adjudication, silent prologue to any decision in law." R. DWORKIN, *Law's Empire*, *op. cit.*, p. 90.

and the conservative revival of the seventies.¹⁶² Originalism has, for them a place in a decadent narrative in which Progressives, giving shape to a “living constitution” at the end of the nineteenth century, stray away from an original design that has now to be restored. Originalism is the way for such a restoration.

This aspect of originalist belief is displayed in the recent, so-called “Oath controversy.” That controversy begins from the claim that the text of Article VI, requiring an oath to “support *this* constitution,” entails a commitment to originalism as an interpretive method. By referring to “this Constitution,” the argument goes, the words must assume an unchanging text whose identity remains the same for us as it was for eighteenth century readers. The argument discards the possibility of swearing an oath to an evolving constitution. That idea is taken to be contradictory, for the content of an evolving constitution is precisely not what “this” constitution was at the founding. This is hardly an argument to those not already committed to originalism. It sets forth a *petitio principi*: it simply assumes that this constitution would have changed if it were to be interpreted in a non-originalist fashion.¹⁶³ The argument effectively discards any other way of interpretation as self-evidently illegitimate.¹⁶⁴ The alternatives substitute rule through judicial discretion – an elite project – for the project of democratic self-government.

Originalists believe that their jurisprudential aim of eliminating discretion coincides with their political theory of the conditions of democratic legitimacy. To solve the problem of discretion, however, they adopt an under-theorized view of democratic governance. Originalists have no answer to the most fundamental question of legitimacy in a democracy: why are citizens bound by past political decisions in which they did not participate? Not participating, they did not consent.¹⁶⁵ Recourse to implicit consent will not work, if the mechanisms for withdrawing consent are not themselves democratic. Constitutional amendment is

¹⁶² “It seems difficult, in American political-legal culture, to make a persuasive case for non-originalism. That difficulty helps to explain why it is so hard to locate a real, live nonoriginalist, whether judge or, even academic theorist.” M.J. PERRY, « *The Legitimacy of Particular Conceptions of Constitutional Interpretation* », 77 *Va. L. Rev.* 669 at 687 (1991). For histories of originalism looking for deep roots in the American constitutional tradition, see H. GILLMAN, « *The Collapse of Constitutional Originalism and the Rise of the Notion of the "Living Constitution" in the Course of American State-Building* », *Studies in American Political Development*, 11, 191 (1997), and O’NEILL, *op. cit.*

¹⁶³ E.D. BERNICK and Ch. R GREEN, « *What is the Object of the Constitutional Oath?* » (August 22, 2019). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3441234> Most of the conversation has been on blogs. See for some criticism A. VERMEULE, « *On “Common-Good Originalism”* » *Mirror of Justice* (May, 9, 2020), <https://mirrorofjustice.blogs.com/mirrorofjustice/2020/05/common-good-originalism.html>; Ch. BARZUN, « *The Oath Argument* », Balkinization (May 19, 2020), <https://balkin.blogspot.com/2020/05/the-oath-argument.html>.

¹⁶⁴ See G. LAWSON, « *On Reading Recipes... and Constitutions* », 85 *Geo. L.J.* 1823, at 1834 (1997): “Other approaches to interpretation are simply wrong.” Or R. BORK, *The Tempting Of America*, *op. cit.* p. 143: “In truth, only the approach of original understanding meets the criteria that any theory of constitutional adjudication must meet in order to possess democratic legitimacy. Only that approach is consonant with the design of the American Republic.”

¹⁶⁵ R. POST, « *Theories of Constitutional Interpretation* », 30 *Representations*, 13, p. 21-23 (1990).

about as counter-majoritarian a process as can be imagined. Even ordinary legislation, however, fails this test, for the status quo is easily sustained by a determined minority.¹⁶⁶

Jefferson and Madison argued over the same issue. Jefferson defended democracy, which meant no constitution could legitimately bind more than a single generation. Madison responded that only chaos lies in that direction.¹⁶⁷ A polity, it seemed to them, could be democratic or it could be stable. Hart addresses the problem of time early in *The Concept of Law*, when he takes up the issue of succession to the reign of Rex.¹⁶⁸ For Hart, orderly succession illustrates his basic idea that law is a practice of recognizing rules, not of complying with orders from a particular sovereign. To say there is a rule, even a rule of recognition, however, does little more than restate the problem: how is the legitimacy of such a rule imagined in a democratic order? Hart fails to see Jefferson's problem of assuring that it remains the people's project.¹⁶⁹ Hart, of course, is doing jurisprudence, not political theory. In America, however, we have a hard time keeping them apart. On this, originalists and Dworkin agree.

Jefferson's problem of reconciling a project idea of legality and a democratic idea of legitimacy reappears over the course of the career of Robert Bork, an early leader of the originalist movement. His commitment to originalism as the proper form of legality eventually came into conflict with his attachment to democratic legitimacy. As long as he was an academic preaching originalism as a weapon against the Warren Court, he promised both judicial restraint and fidelity to the constitution's original public meaning.¹⁷⁰ Over the course of the next decades, as originalists gained positions on the bench, it became clear that this formula was, at best, unstable. Bork now confronted the problem of the dead hand of the past. As one sympathetic commentator writes, "consistent adherence to originalism would often require judges to impose more constraints on democratic government rather

¹⁶⁶ "Constitutional law, even when it is democratic, is a mechanism generating oligarchies, oligarchic processes, so long as their legitimacy is secured by other means." D. BARANGER, « *Théorie et pratique du principe de majorité dans les droits constitutionnels européens* », 15 *Jus Politicum*, p. 19 (2016) [<http://juspoliticum.com/article/Theorie-et-pratique-du-principe-de-majorite-dans-les-droits-constitutionnels-europeens-1054.html>].

¹⁶⁷ See the letter from Thomas Jefferson to James Madison (Sept. 6, 1789), and the latter's reply (Feb. 4, 1790).

¹⁶⁸ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, *op. cit.* p. 52-78.

¹⁶⁹ Randy Barnett, a leading originalist, made a similar point against Hart. R.E. BARNETT, *Restoring the Lost Constitution*, Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2004, p. 22-23.

¹⁷⁰ According to Bork, the Constitution set up the framework of a mostly majoritarian democracy: "The orthodoxy of our civil religion, which the Constitution has aptly been called, holds that we govern ourselves democratically, except on those occasions, few in number though crucially important, when the Constitution places a topic beyond the reach of majorities." R.H. BORK, *The Tempting of America*, *op. cit.*, p. 153.

than fewer.”¹⁷¹ Bork’s originalism of project ran into a problem of democratic legitimacy: whose project is it? In the end, he chose deference to the democratic process over fidelity to the original constitution.¹⁷²

Bork stood with Jefferson against Madison, in choosing democratic legitimacy over legality. Later originalists would embrace legality over legitimacy, adhering to the original meaning against current majorities, even to the point of abandoning judicial restraint.¹⁷³ For them, we are bound to the project until and unless there is a formal change. This is hardly a self-evident proposition. Indeed, without addressing the question of whose project it is, we are left with a gap between legality and legitimacy.

As Robert Cover wrote years ago, we live in a *nomos*.¹⁷⁴ We experience the social order, including law, as fully within a meaningful world – a world in which justification is not added on, but built in. The originalists are right to see that, in the American *nomos*, claims of law are tightly related to a narrative of a democratic project; they are right again to see that law is bound to history. Because these are common features of the American *nomos*, there has been a widening of originalism toward embrace of even its opponents: we are, in some sense, all originalists.¹⁷⁵

We may all be originalists, yet we are not just originalists. For this reason, the seeds of the movement’s failure have been present from the beginning. They reside

¹⁷¹ I.M. SOMIN, « *The Borkian Dilemma: Robert Bork and the Tension between Originalism and Democracy* », 80 *U. Chic. L. Rev. Dialogue* 243 (2013).

¹⁷² “There appears to be only one means by which the federal courts, including the Supreme Court, can be brought back to constitutional legitimacy. That would be a constitutional amendment making any federal or state court decision subject to being overruled by a majority vote of each House of Congress. The mere suggestion of such a remedy is certain to bring down cries that this would endanger our freedoms. To the contrary, as already noted, it is the courts that are not merely endangering our freedoms but actually depriving us of them, particularly our most precious freedom, the freedom to govern ourselves democratically unless the Constitution actually says otherwise.” R.H. BORK, *Slouching Toward Gomorrah, Modern Liberalism and American Decline*, New-York, Regan Books, 1996, p. 117.

¹⁷³ K.M. WHITTINGTON, « *Originalism: A Critical Introduction* », 82 *Fordham L. Rev.* 375, p. 391 (2013) (explaining that most of the recent originalist literature has loosened its commitment to judicial restraint). Randy Barnett’s work advocates a vigorous exercise of judicial review to warrant what he calls a “presumption of liberty” against the acts of Congress grounded on the Nineteenth Amendment and its provision for unenumerated rights. See R. BARNETT, *Restoring the Lost Constitution*, *op. cit.* For Bork’s clear disapproval of earlier versions of this argument, see R.H. BORK, *The Tempting of America*, *op. cit.*, at ch. 10.

¹⁷⁴ R.M. COVER, « *The Supreme Court 1982 Term: Foreword: Nomos and Narrative* », 97 *Harv. L. Rev.* 4 (1984).

¹⁷⁵ “[S]ometimes [the Framers] laid down very specific rules. Sometimes they laid down broad principles. Either way we apply what they say, what they meant to do. So in that sense, we are all originalists.” *The Nomination of Elena Kagan To Be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States: Hearing Before the S. Comm. on the Judiciary*, 111th Cong. 62 (2010) (statement of Elena Kagan, Solicitor General). This has given an easy point to the critics of those various forms of “inclusive originalism”: “So just as law professors in the 1950s gaily declared, “We’re all realists now,” scholars today might declare that “we’re all originalists too. Originalism has become a blanket term describing constitutional interpretation, rather than a distinctive form of a generic practice.” P.S. KARLAN, « *Constitutional Law as Trademark* », 43 *U.C. Davis L. Rev.* 385, p. 400-01 (2009). For a detailed study of those stages of progress, see T. COLBY, « *The Sacrifice of the New Originalism* », 99 *Geo. L.J.* 713 (2011). See also J.M. BALKIN, *Living Originalism*, *op. cit.*

in its failure convincingly to connect the present to the past in a way that justifies the authority the past exercises upon us through law. To address that, there must be a turn to systemic, immanent order, and to a collective, transgenerational subject: We the People. Historians do not believe the lawyer's accounts that pass for history in briefs and opinions. They do not believe that there is such a thing as history stripped of interpretation. Similarly, political philosophers do not believe that binding the present to archaic meanings has a democratic warrant. Without integrity, America's constitutional project cannot answer the question of its own legitimacy.

CONCLUSION: THE MEANING OF A “CONSTITUTION IN EXILE”

In the account we have offered of late 20th century jurisprudence, Ronald Dworkin has occupied the center. His career begins with a critique of Hartian positivism and ends with the critique of the originalist turn in constitutional law. Our argument has been that there is a connection between Dworkin's enemies: each relies upon an idea of law as project. Dworkin is the last great theorist of law as system. Revealing the underlying tension between system and project gives a new perspective on the nature and origins of originalism, which dominates so much of legal thought today.

By putting these developments in their proper conceptual context, we have tried also to put them in their historical place. History is more than a succession of moments of partisan politics. There is also a history of ideas within which partisan battles proceed. Understanding originalism as the project response to a constitutional law of system allows one to connect the movement with other moments in American history. It reminds us as well that despite the claims of its supporters, not only is originalism not self-evident, but there have been moments in American constitutional history when the originalism project was not evident at all. There is no project of originalism, for example, in an era in which the dominant constitutional narrative speaks of an evolving, unwritten constitution.¹⁷⁶

American constitutional theory is often dominated by narratives of restoration and redemption. It proceeds according to a “dynamic of eternal return” to the promises concealed in the fundamental law.¹⁷⁷ Today it may seem that originalists have the better position in the contest of constitutional redemption. We have argued that originalism's success finds its origins in deeper patterns of American legal thought: the contest of project and system. Viewed from that perspective, the rise of modern positivism and the rise of originalism point toward a single swing in the pendulum. Riding together on the opposite swing were Fuller and Dworkin.

¹⁷⁶ See P.W. KAHN, *Origins of Order*, *op. cit.*

¹⁷⁷ K.I. KERSCH, « *Beyond Originalism: Conservative Declarationism and Constitutional Redemption* », 71 *Md. L. Rev.* 229 (2011), p. 71-72. See J.M. BALKIN, *Constitutional redemption: Political Faith in an Unjust World*, Cambridge, London, Harvard University Press, 2011. This cultural dynamic was wonderfully captured by the words of Henry Jaffa: “The lapse of the American people from the faith of their fathers, like that of the people led by Moses, was a lapse from a truth immediately accessible.” H. JAFFA, *Crisis of the House Divided, An Interpretation of the Issues in the Lincoln-Douglas Debates*, Gerden City, New York, Doubleday co., 1959, p. 230.

Swinging this way and that have been the decisions of the Court. That, we suspect, will never change.

As a remedy to judicial discretion, originalism confronts insuperable difficulties. It is theoretically unstable; it cannot deliver determinate answers in hard cases. Moreover, it rests on an incoherent identification of popular sovereignty with past political decisions that were themselves unlikely to have had much of a democratic warrant given America's history of discrimination. Absent resolution of these problems, originalism becomes a sort of test of one's political commitment; it becomes a rallying cry or an article of faith. For a conservative movement with such strange bedfellows as social conservatives and libertarians, those unresolved disagreements on a core doctrine can provide what Jack Balkin calls a "platform for persuasion."¹⁷⁸ Originalism filled the role of a lingua franca for the conservative legal movement, allowing its different contenders each to imagine the realization of their own distinctive ideologies through direct access to the constitution.¹⁷⁹ Simultaneously, affirmation of originalism became a sort of mantra among those seeking to fill the Bench with partisans. Thus, by the time Trump arrived, originalism had itself become a cultural marker as much as a doctrine of legal interpretation.

The country now finds itself in an unusual situation. What started out as a response to an "undemocratic" exercise of judicial discretion has become a partisan position. To the degree that professors of law embrace originalism, the teaching of law has itself become a partisan activity. One has to wonder whether the law school belongs in the university any longer.¹⁸⁰

Did law schools ever really belong in the university? They obtained entry in the late 19th century by casting law as a science of system. Yet, law is not a science; it is a practice of persuasion in which claims to system compete with those of project. There is no single, enduring truth of the matter. By the beginning of the 21st century, the claim of system no longer persuaded. One way or another, the opposition was going to organize under the idea of project. For reasons that we have traced, originalism was the product of that effort. The response, when it comes, will no doubt take the form of system. This will then be the path for the next narrative of constitutional restoration. This can already be observed in some contemporary variants of originalism. There are renewed signs, in the conservative legal movement, of impatience with originalism itself.

The tension between these two formations of order, and the commitment to both as elements of our law and legal history, means that there are always arguments available to the opposition. This is the real meaning of a "constitution in exile."¹⁸¹ It belongs to neither conservatives nor progressives. There are always constitutional arguments waiting for some political movement to make use of them. Today, there may seem to be little space for the re-emergence of a constitution of system, but to think that we are at the end of history is as short-sighted as

¹⁷⁸ See J.M. BALKIN, *Living Originalism*, *op. cit.*, p. 129-137.

¹⁷⁹ J.M. BALKIN, « *The Great Debate in the Conservative Legal Movement* », *Balkinization* (June 18, 2020), *art. cit.*; see also K.I. KERSCH, « *The Talking Cure How Constitutional Argument Drives Constitutional Development* », *B. U. L. Rev.* 94 (2014) 1083.

¹⁸⁰ P.W. KAHN, *The Cultural Study of Law, Reconstructing Legal Scholarship*, Chicago, The University of Chicago Press, 1999.

¹⁸¹ D.H. GINSBURG, « *Delegation Running Riot* », *1 Reg.* 83, p. 84 (1995) (reviewing D. SCHOENBROD, *Power Without Responsibility: How Congress Abuses the People Through Delegation* (1993)).

thinking that history will give us determinate answers to our constitutional arguments.

Paul W. Kahn

Robert W. Winner Professor of Law and Humanities at Yale Law School, and Director of the Orville H. Schell Center for Human Rights. He earned his Ph.D. in Philosophy from Yale University, and his Juris Doctor (JD) from Yale Law School. From 1980 to 1982, he clerked for Justice White on the U.S. Supreme Court. Before joining Yale in 1985, he practiced law in Washington, D.C., during which time he was on the legal team representing Nicaragua before the International Court of Justice. He teaches in the areas of constitutional law and theory, international law, cultural theory and philosophy. He has written many books in the fields of constitutional law, political theory, and cultural studies. His latest books are *Origins of Order: Project and System in the American Legal Imagination* (Yale University Press, 2019), *Testimony* (Cascade Books, 2021), and *Democracy in America 2020* (Yale University Press, forthcoming 2022).

Aurélien de Travy

PhD student in Public law at the University of Paris II, Panthéon-Assas, Institut Michel Villey.

Denis Baranger

Une science de l'ordre politique ?
À propos de Paul W. Kahn, *Origins of Order. Project and System in the American Legal Imagination*, New Haven & London, Yale University Press, 2019

Il n'est probablement pas habituel pour les spécialistes de sciences exactes ou des sciences de la nature de considérer que le droit relève de la science. Les juristes parlent (parfois) d'une « science du droit », et par commodité on classe (en France en tout cas) le droit au nombre des sciences sociales. Mais très peu de nos contemporains seraient tentés de prendre vraiment au sérieux de telles formules, avant tout parce qu'on pense très peu au droit sinon pour des buts pragmatiques (les aspects juridiques de notre vie quotidienne) ou politiques (la composante juridique des grands débats de société : faut-il une nouvelle loi pour réformer l'assurance santé, ou une nouvelle décision de justice sur la question de la légalité de l'avortement ou de l'euthanasie ?). Pourtant, le lien entre le droit et les idées scientifiques est profond et c'est sur cette connexion culturelle étroite que porte le dernier livre de Paul Kahn. Le livre surprendra – et donc intéressera – autant les scientifiques « classiques » ou les lecteurs d'ouvrages historiques que les personnes s'intéressant au droit.

HISTOIRE DES SCIENCES ET HISTOIRE DU DROIT

Les idées qui dominent l'histoire des sciences sont importantes s'agissant de comprendre nos projets d'organisation sociale. Telle est la leçon simple de ce livre. La question de l'ordre, au sens de la cohérence d'une construction intellectuelle autant qu'au sens de la production concrète d'un monde social non-chaotique et humainement vivable, occupe une importance centrale en droit. Le livre est un hommage à l'histoire des représentations humaines comprise comme histoire des idées, à l'histoire des idées comprises comme histoire conceptuelle, et à l'histoire de la pensée entendue comme voie privilégiée d'accès aux constructions conceptuelles qui occupent et structurent l'esprit des individus vivant à une certaine époque. Rien de tout cela ne va de soi, ni n'est spécialement à la mode. De toute façon, une telle histoire conceptuelle reposant sur la lecture des auteurs, et plus précisément des grands auteurs (même si Paul Kahn en sort quelques-uns de l'oubli où ils étaient tombés) ne vaut que par les fruits qu'elle porte. La montagne d'objections méthodologiques qu'on pourrait éléver contre cette manière de procéder tombe alors d'elle-même, du moment que le travail a été fécond et que l'on a gagné en compréhension. C'est le cas avec ce livre, disons-le sans tarder. Paul Kahn met un vaste savoir – allant des philosophies de l'antiquité jusqu'aux diverses branches du droit, privé comme public, aux États-Unis – au service d'une démonstration simple, gravitant autour de deux mots : « projet » et « système ». Toutefois, et ce

n'est pas toujours le cas de ce qui se publie en matière d'histoire des idées, cet exercice de simplification conceptuelle est ici mis au service d'une pensée réellement profonde sur les fondements et les limites de la modernité et sur la capacité qu'ont les hommes de décider collectivement de leur propre destin. Si Kahn admet en commençant son livre que dans notre monde la philosophie a « perdu sa place » (p. 2) et connaît par-là le sort de la théologie avant elle, son enquête est, pour sa part, fondamentalement philosophique. L'histoire des idées, y compris d'idées non immédiatement philosophiques comme celles des juristes, est pour lui une forme que prend l'investigation philosophique. Kahn offre de celle-ci une définition très particulière : « étudier la généalogie et l'architecture conceptuelle de [...] l'imaginaire social de la modernité. Projet et système sont des catégories de cette sorte » (p. 3). De ce point de vue, Kahn identifie un « changement général dans la manière de penser le droit – particulièrement le droit constitutionnel – comme le produit d'un projet vers la pensée du droit comme le produit d'un système immanent » (p. ix). « Avant la guerre de sécession, le droit était envisagé au prisme du projet : la constitution écrite était un projet. Après la guerre, le droit a été vu au prisme du système : la constitution vraie ou réelle était non-écrite et coïncidait en large part avec la *common law* » (p. 7).

Pour qu'une entreprise comme celle-ci réussisse, son auteur doit parvenir à nous persuader que certaines grandes articulations conceptuelles, certains modes de pensée humains répandus et significatifs, s'appliquent aussi au domaine qu'il envisage, c'est-à-dire en l'occasion celui du droit. Paradoxalement, cela commence par le fait d'insérer ce domaine du savoir et de l'action – le droit est avant tout une science pratique – dans le reste des formes de connaissance et des formes d'action humaines. Paul Kahn est à la hauteur de la tâche : il met en relation le discours sur le droit – et le droit comme discours – avec la théologie, la philosophie morale, les sciences sociales, mais avant tout avec les grands paradigmes scientifiques généraux de chaque époque. Le domaine envisagé par Paul Kahn est celui la « raison pratique », c'est-à-dire le territoire des actions humaines et des formes de raisonnement qui lui sont propres (la réponse à la question « que faire ? »). Mais Kahn est intimement conscient des liens entre cette sphère de la raison pratique et celle de la raison dite « théorique », celle qui prend pour objet la connaissance du monde tel qu'il est. Ainsi, un fil rouge de son livre consiste dans l'insistance sur le fait que la physique newtonienne, puis l'évolutionnisme darwinien ont été des modèles et des références centrales dans la production intellectuelle des juristes. Comme Kahn le montre lui-même, la nature de telles références ou de tels modèles doit être appréhendée avec prudence. Le newtonisme des hommes de l'époque des Lumières était parfois au mieux un simple vernis verbal, la traduction d'une vision simplifiée du monde comme étant gouverné par des lois mathématiques rapprochant certains phénomènes les uns des autres par des constantes quantifiables. Mais la référence à Newton était avant tout importante du point de vue d'une sorte de parti pris métaphysique premier : comme Newton, les philosophes, savants, mais aussi juristes voire législateurs des Lumières avaient admis de « ne pas faire d'hypothèses » (*hypotheses non fingo*), comme l'avait proclamé Newton dans ses *Principia Mathematica* c'est-à-dire de ne pas prendre position sur l'essence des choses à titre d'explication des phénomènes naturels. De la même manière, comme le montre Paul Kahn, l'évolutionnisme de beaucoup d'hommes du dix-neuvième siècle ne signifiait pas un ralliement profond aux idées de l'auteur de l'*Origine des espèces*.

Le fil rouge du livre est le suivant : la période allant de la fondation de la République américaine (1776-1787) au début du vingtième siècle (l'arrêt *Lochner* de la

Cour suprême des États-Unis datant de 1905) est dominée par un grand changement : on passe d'une conception du droit en tant que « projet » à une conception du droit en tant que « système immanent ». Kahn nous avertit qu'il ne s'agit pas pour lui d'examiner la relation concrète du droit avec la pratique politique mais d'envisager comment cette relation « a été imaginée ». *Origins of Order* se présente donc comme une exploration de « l'imaginaire social » propre à la modernité (p. x). L'auteur ne devrait pas prendre de telles précautions : la contribution de l'histoire moderne des idées juridiques a été de nous faire comprendre que les idées sur le droit, la représentation imaginaire de l'État, de la souveraineté, de l'action du législateur ou du juge, *constituent* ces objets, qui n'existent pas ailleurs que dans cette sphère imaginaire, mais qui y existent de manière opérationnelle : ils sont aussi réels pour nous (selon la formule canonique de Marx) que les dieux de l'Olympe l'étaient pour les Grecs de l'Antiquité. C'est à ce prix – consistant dans le fait d'être des constructions imaginaires « opérationnelles » – qu'ils existent et opèrent des changements dans le monde concret. Rien n'est plus imaginaire que le droit, mais en même temps rien n'est plus effectif et concret. Posez la question à votre avocate, votre notaire ou votre députée.

Le recours à certaines oppositions conceptuelles simples et connues de tous peut sembler décevant, en tout cas moins intellectuellement « brillant » qu'une nouvelle théorisation ou que la « création de concept » qui est, on le sait, l'activité en laquelle consistait la philosophie aux yeux de Gilles Deleuze. L'historien des idées ne peut justement pas créer de concepts, ou du moins les concepts qu'il crée doivent dévoiler la présence d'une structure de signification préexistante. Sinon ce qu'il ferait ne relèverait pas de la discipline historique. En la matière, ce qui compte est que l'exploration porte ses fruits. Ce que montre celle à laquelle nous a invité Paul Kahn est la grande fécondité du couple projet/système dans l'histoire politique occidentale de longue durée (de la Bible à l'Amérique du dix-neuvième siècle, avec des incursions jusqu'à notre temps) et dans les constructions juridiques. Nous sommes donc, dit Kahn à la suite de Wittgenstein, « captifs » de deux idées : celle du modèle et celle du système. Une bonne partie du livre est consacrée à l'exploration conceptuelle de ces deux paradigmes. Kahn consacre beaucoup d'énergie à explorer ce qu'il appelle lui-même les « structures normatives » inhérentes aux concepts de projet et de système. Cela lui donne l'occasion de livrer parmi les analyses et les formules les plus remarquables du livre, du moins pour les lectrices et lecteurs qui ont conservé un minimum de tolérance pour cette forme de l'analyse philosophique. Le modèle du projet est celui de la construction volontariste du monde par un sujet conscient de soi : Dieu ou l'homme de la modernité, autonome et actif, créateur de son propre environnement. C'est un modèle volontariste. Le modèle du système est « immanent » : le système fonctionne sans avoir nécessairement été créé, ou du moins sans intérêt particulier pour son ou ses créateurs. Il est animé par des lois intelligibles. C'est un modèle rationnel. L'opposition entre raison et volonté s'est donc déplacée de la théologie médiévale où elle a prospéré dans le domaine des constructions sociales et en particulier du droit. Ce que Saint Thomas d'Aquin ou Duns Scot se demandaient à propos de Dieu, les modernes vont se le demander à propos du législateur étatique : est-il totalement libre et sa volonté est-elle sans bornes, ou bien peut-on apprécier son action (la création et le « gouvernement » du monde) selon des lois de raison ? Avec les Lumières, la représentation en termes de projet domine, car il s'agit d'imposer l'idée d'un homme et d'un corps social capables de créer leur propre environnement par des actes de volonté. C'est ce qui explique la popularité des théories du contrat social à partir du dix-septième siècle, puis celle de l'idée de constitution au siècle suivant. Lorsque s'impose, entre la fin du dix-huitième siècle et la période couverte par le livre, l'idée

d'une « science sociale », celle-ci voit au contraire le droit comme « un ordre [...] qui ne résulte de l'intention de personne » (p. xii). La Constitution américaine de 1787, grand modèle de Constitution écrite, est animée, dit Kahn, par le modèle du projet. Elle est au fondement de notre désir politique d'autonomie, et en particulier de l'idée de « self-government » : la liberté comme aptitude à se gouverner soi-même. La *common law*, c'est-à-dire le droit coutumier et jurisprudentiel d'origine anglaise, est compréhensible sur le registre du système. La pensée du système, dit Kahn, est intrinsèquement organique : l'organisme est mû par un principe d'ordre immanent qui détermine l'existence et le rôle de ses parties constitutives. Kahn aurait pu citer ici la définition que donne Kant de l'organisme : un système dans lequel « chaque membre existe pour tous les autres et tous pour [lui] »¹. Pour Kant, l'organisme est un système dans lequel le tout est le résultat de l'agencement des parties ; et en retour les parties dépendent du tout pour leur fonctionnement et leur existence. Prétendre du droit qu'il prend la forme d'un corps organisé, selon une définition aussi précise et exigeante, revient à mettre, si on nous pardonne l'expression, « la barre assez haut » : la vision ordinaire du droit, souvent partagée par les juristes eux-mêmes, est plutôt celle d'un ensemble désordonné, fruit d'un bricolage et dépourvu de cohérence. C'est le droit comme « science sans lois » dont parle le poète anglais Tennyson :

The lawless science of our law,
That codeless myriad of precedent,
That wilderness of single instances².

Il ne va donc pas de soi que les grandes conceptualisations juridiques se prêtent aisément aux représentations dominantes de la science, et en particulier à l'idée de système. La science sociale peut bien envisager la société comme un dispositif systématique, animé par des lois générales et éventuellement quantifiables. C'est le règne de la statistique qui commence avec l'appel du théoricien anglais Jeremy Bentham à accumuler « plus de données » (« *we need more data* »). Face à cette vision déterministe des choses, la vision en termes de projet revendique la possibilité de l'action libre, ce qui au niveau collectif peut impliquer les idées de réforme ou de révolution.

Le modèle ainsi proposé par le livre est très largement convaincant. Cela ne signifie pas qu'on puisse suivre l'auteur dans toutes les conséquences qu'il en tire. Par exemple, s'il faut admettre que « la révolution est [...] la logique du projet conduite à son point politique ultime », il semble alors difficile de ranger comme le fait Kahn les marxistes, sans complément d'information ou plaidoirie supplémentaire, du côté du paradigme du système³. Le fait est que le marxisme, de par le matérialisme historique à prétention scientifique qui le caractérise, prétend identifier des lois scientifiques de l'histoire et expliquer par-là le caractère inévitable de la révolution sociale.

¹ E. KANT, *Critique de la raison pure*, préface, in *Œuvres* (Paris, éditions de la Pléiade, 1998), I, p. 744.

² Alfred, Lord TENNYSON, *Aylmer's Field*, Londres, Macmillan, 1891, p. 14.

³ P.W. KAHN, *Origins of Order: Project and System in the American Legal Imagination*, Yale University Press, 2019, p. 43.

LES CONTRADICTIONS CRÉATIVES DU DROIT AMÉRICAIN

Paul Kahn fait de l'histoire *du droit*. Il en fait au moyen du dispositif complexe précédemment décrit : une histoire des idées au sens le plus large, d'inspiration conceptuelle, mais tournée en même temps vers des constructions sociales « positives », c'est-à-dire gouvernant la vie réelle des hommes à travers des institutions sociales légitimes ou prétendant l'être. Paul Kahn fait avant tout l'histoire du droit *américain*. Mais il faut noter que son cadre conceptuel serait applicable de manière féconde à d'autres terrains. Ainsi, la problématique du projet et du système s'appliquerait très efficacement aux théories européennes de l'État. En Allemagne et en France, ont émergé à la même période que celle couverte par *Origins of Order* des « Théories Générales de l'État » qui relevaient purement et simplement du paradigme kahnien du « système ». Mais elles s'inséraient dans le cadre d'un constitutionnalisme écrit, spécialement en France, qui était lui intelligible dans le cadre du paradigme du « projet ». Reste que le cadre américain est suffisamment fécond pour que le livre puisse s'y consacrer entièrement, peut-être parce qu'il est au carrefour de la perspective « systémique » anglaise (la *common law*) et de la perspective constitutionnaliste continentale. « Le droit américain moderne, écrit Kahn [...] contient en lui un élément persistant de projet » (p. 77). Le livre contient des développements fascinants sur la nature de la constitution américaine. Commencée sous la forme d'un « projet » de « textualisation de la politique » (p. 82), l'aventure constitutionnelle américaine a toutefois été exposée à la grave crise que constitue la Guerre de Sécession. Celle-ci a fait plus que vaciller le « projet » collectif américain en faisant apparaître ses profondes ambiguïtés morales. L'ouvrage décrit ensuite comment la thématique du système a remplacé celle du projet dans « l'imagination publique de la politique » et comment cela impliquait nécessairement que soit « cassée l'identification de la Constitution avec [un] texte écrit » (p. 191). Se trouve ainsi esquissée l'importance croissante prise par le contrôle de constitutionnalité des lois et par l'organe qui l'assure, la Cour suprême. On voit aussi derrière la formule qu'on vient de citer se dessiner le triomphe d'une vision du droit dans laquelle il n'y a plus de différence entre la Constitution et l'interprétation qu'en donne le juge constitutionnel. Cette vision s'imposera aux États-Unis avec l'arrêt *Cooper v. Aaron* de la Cour suprême en 1958, et en France avec la doctrine contemporaine du « bloc de constitutionnalité ».

Les juristes, après avoir été pendant des siècles des hommes de l'ordre naturel, de la « raison artificielle » (c'est-à-dire d'un savoir inductif portant sur un droit d'origine coutumière et jurisprudentiel), donc dans la typologie kahnienne des hommes du « système » et non du « projet », ont en quelque sorte changé de camp, au moins en partie et dans un premier temps. Avec le développement des sciences sociales et en particulier de la pensée utilitariste, une partie des juristes sont devenus des « *social ingeneers* » qui se pensèrent comme les opérateurs d'un projet de réforme sociale de grande ampleur. Bentham lui-même ne s'était-il pas présenté, très tôt dans sa carrière, comme un *projector*, un homme de projets ? La dernière partie du livre contient une impressionnante galerie de portraits allant de Blackstone, l'éminent juriste anglais du dix-huitième siècle à Oliver W. Holmes, le grand juge de la Cour suprême (1809-1894). Là encore, on pourrait marquer quelques divergences avec le tableau présenté par Kahn. Par exemple, à ma connaissance, Blackstone ne met guère l'accent, contrairement à l'intuition courante, sur les décisions jurisprudentielles comme sources du droit (cf. Kahn, p. 173). Il cite très peu de décisions de justice dans ses *Commentaries of the Laws of England*. Par contre, il cite une quantité importante de lois, et son histoire schématique du déve-

loppelement du droit anglais prend la forme d'une succession de grands rois législateurs et de grandes lois parlementaires. Mais ce ne sont là que des détails et le tableau d'ensemble proposé par Kahn inspire l'admiration. *Origins of Order* est une belle illustration de l'importance de l'histoire des idées juridiques pour la pensée sociale et politique en général.

RÉPUBLICANISME ET RATIONALITÉ

The people and reason are two forms of expression of the general nature of the legal project⁴.

Si le titre n'avait pas déjà été utilisé fameusement par Eric Voegelin, le livre de Paul Kahn, ou du moins une partie significative de celui-ci, pourrait s'appeler « la Nouvelle Science du Politique ». Le titre en question pourrait ainsi renvoyer à deux choses. D'une part, il viserait la prétention des hommes des Lumières, exprimée par cette formule qui se trouve dans les *Lettres du Fédéraliste*, de fonder à nouveaux frais la politique avec le statut de science. Et, au passage, de faire de cette science le socle d'un nouveau dispositif institutionnel gravitant autour de la Constitution écrite.

Mais il y a d'autre part dans l'ouvrage les linéaments d'une nouvelle science du politique tournée cette fois vers l'avenir⁵. On trouve dans le livre de Paul Kahn une méditation sur ce qu'on pourrait appeler les voies et moyens d'un républicanisme raisonnable. Le livre est traversé de part en part par une réflexion sur l'autogouvernement républicain par le droit, ce projet au terme duquel « le peuple s'impose le droit à lui-même » (p. 101). La combinaison des idées de projet et de système est montrée dans son déploiement historique et donc dans un réseau de contradictions, voire d'échecs, mais aussi de réalisations sociales positives ayant effectivement gouverné la vie des hommes – par exemple les grandes lois sociales ou les jurisprudences décisives de la Cour suprême des États-Unis dont il est question à la fin du livre. Le livre transcende donc l'opposition entre le pessimisme usuel des conservateurs sur les possibilités de l'auto-gouvernement humain, le scepticisme des libertariens qui pensent que l'État est un obstacle (ou un prix trop élevé à payer) pour la liberté là où le marché suffit à coordonner les activités, et les positions hyperautonomistes (si on nous pardonne ce terme assez peu élégant) et hypersubjectivistes de la gauche intellectuelle qui ne supporte pas l'idée que quoi que ce soit puisse venir entraver le gouvernement des hommes par eux-mêmes. Kahn ne livre pas les clés d'un tel réinvestissement. Ce n'est pas le « projet » de son livre. Mais en analysant finement le passé – notre passé – il indique la possibilité même de

⁴ P.W. KAHN, *Origins of order*, *op. cit.*, p. 123.

⁵ Par exemple, *ibid.*, p. 114 : « a belief in political science is necessary if we are to imagine constitutional constructions as a project that is not simply a negotiation among competing parties » ; p. 248 : « we should rely on political science to construct a legal order ». Et enfin p. 307 (note 10) lorsque Kahn énonce que « les départements de science politique sont toujours divisés entre ceux qui font de la théorie politique classique et ceux qui s'adonnent à une science empirique » (nous traduisons), il n'ignore peut-être pas qu'en Europe, et certainement en France, l'éviction totale des premiers par les seconds, et la suppression systématique de toute idée d'une science politique au sens classique sont déjà très avancées... On peut supposer que Paul Kahn pense que les facultés de droit seraient un bon endroit pour poursuivre ce projet qui était celui de la science politique classique, et il est permis de penser comme lui.

penser la politique comme logique de projet, l'histoire comme intervention signifiante des communautés humaines sur elles-mêmes. L'ouvrage se conclut (presque) sur l'affirmation que la Déclaration d'Indépendance américaine de 1776 comportait la promesse de « faire venir à l'existence quelque chose de nouveau qui était la création des citoyens eux-mêmes » et à ce titre « non pas la restauration de quelque chose de perdu » mais « la réalisation d'une nouvelle possibilité ». Si cet horizon n'est pas fermé pour notre temps, on peut répondre à la question que pose la conclusion d'*Origins of Order*, à savoir « le dix-neuvième siècle est-il terminé ? ». On peut répondre qu'il ne l'est pas.

Denis Baranger

Denis Baranger est Professeur de droit public à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2).

Mathilde Laporte

Présentation *

Duncan Kennedy a consacré la majeure partie de sa carrière à enseigner le droit privé et l'histoire de la pensée juridique à Harvard, où il a participé à fonder le mouvement des *Critical Legal Studies* (ci-après *CLS*) à partir des années 1970¹. Par leur insistance sur les faiblesses des théories défendant l'image d'un droit neutre, rationnel et cohérent, les positions théoriques des *CLS* ont profondément influencé la manière américaine de penser et de dire le droit, en offrant une critique construite de la pensée libérale. Dans cette perspective, Duncan Kennedy a cherché à révéler la manière dont l'indétermination des doctrines et des concepts accordait aux acteurs une marge de liberté pour poursuivre leurs intérêts et leurs objectifs. Obtenant le poste prestigieux *Carter Professor of General Jurisprudence* à l'école de droit de Harvard en 1996, le professeur Kennedy a consacré une large partie de son œuvre à l'évolution de la pensée juridique américaine, qu'il commença à examiner en tant qu'étudiant à Yale à la fin des années 1960. À la suite d'une formation pluridisciplinaire habituelle aux États-Unis au cours de ses premières années à l'Université de Harvard², Duncan Kennedy rejoint la *CIA* pour deux années puis l'école de droit de Yale en 1967, pour un cursus en droit de trois ans. Il suit alors les enseignements de Harry Wellington, ancien élève et disciple du processualiste Henry M. Hart Jr. À cette occasion, il rédige une dissertation (*paper*) sur *The Legal Process* de Hart et Sacks, dont un extrait est aujourd'hui publié dans *Droit & Philosophie*.

Le *legal process* fait référence à un mouvement intellectuel dominant à Harvard à la suite de la Seconde Guerre mondiale. Ce courant tient son nom du *casebook* rédigé par deux professeurs de Harvard, Henry M. Hart Jr. et Albert Sacks³. Pre-

* Nous remercions chaleureusement D. Kennedy pour la transmission de ces fragments de l'histoire non écrite de la pensée juridique américaine et pour le temps accordé à nos échanges. Nos remerciements sont ensuite adressés à M. Xifaras et D. Baranger pour avoir rendu possible cette publication.

¹ Aux côtés entre autres de R. Unger, M. Tushnet, R. Gordon, K. Klare, D. Trubek et M. Horwitz.

² D. Kennedy se spécialise en économie et suit des enseignements consacrés à l'anthropologie africaine et à la sociologie politique. Pour le détail, voir D. KENNEDY, « My Path to Law and Modernization at Yale, 1968-1970 : A Memoir of Radicalization », *Journal of Institutional Studies*, 2021, vol. 7, n° 2, p. 753-767.

³ D. Kennedy se focalise sur ce *casebook*. Le projet de Hart et Sacks s'inscrit dans la continuité de la perspective adoptée par Hart au début des années 1940 dans son cours sur la législation à Harvard. Il rédige un ouvrage à destination des étudiants, *Materials on Legislation*, avec les professeurs A. Feller et W. Gellhorn. Celui-ci ne sera jamais publié. Il poursuit ses recherches dans la même voie, en publiant en 1953 avec H. WECHSLER, *The Federal Courts and the Federal System*.

nant en compte leur statut de chef de file du *legal process*, Duncan Kennedy se focalise sur ce *casebook*, pour expliquer l'architecture de leur pensée, tout en refusant à raison d'imputer à ces derniers la volonté de créer une école de pensée cohérente⁴. Il s'avère en effet que dans ses gènes, le *legal process* est avant tout une réponse critique adressée par la communauté scientifique de Harvard à l'encontre du réalisme juridique⁵. Plus précisément, les auteurs du *legal process* participent à une double révolte : ils s'allient aux réalistes, en prolongeant le mouvement de contestation contre le « formalisme » et l'ère *Lochner*, qui incarnait, aux yeux de Roscoe Pound, les travers de la *mechanical jurisprudence*⁶. Ils s'inscrivent ensuite en nette opposition vis-à-vis du réalisme juridique, ce pourquoi Duncan Kennedy les considère être « avant tout les *leaders* de la “révolte contre le Réalisme” »⁷. Mais ils n'affichent pas le souhait de systématiser une théorie qui rallierait les auteurs qui en partageraient les présupposés et les principes analytiques : la méthode du *legal process* est à l'époque enseignée sans que ne soit mentionné le réalisme juridique.

Le *casebook* de Hart et Sacks apparaîtra néanmoins aux yeux de la doctrine postérieure comme une synthèse de la pensée juridique américaine au milieu du XX^e siècle, qui réunirait la pensée juridique classique de la fin du XIX^e siècle, le réalisme et la *sociological jurisprudence*. En premier lieu, les processualistes ne remettent pas entièrement en cause la proposition du réalisme juridique et de la *sociological jurisprudence* de Roscoe Pound : la production et l'application du droit sont orientées vers la société, de sorte que le droit a pour objectif premier de « maximiser la satisfaction des besoins et désirs humains valides »⁸. L'étude du droit ne peut pas se satisfaire d'un examen de sa structure logique et de ses principes ordonnateurs : le droit est avant tout tourné vers son environnement social. À leurs yeux – comme le rappelle Duncan Kennedy – le droit est entièrement traversé par des politiques destinées à agir directement sur la vie en société (*social policies*)⁹. Cependant, les processualistes s'émancipent de la proposition réaliste : ils ambitionnent de restaurer la foi des juristes classiques dans la rationalité du droit et le *rule of law*, en

Puis, entre 1953 et 1958, il élabore le polycopié *The Legal Process : Basic Problems in the Making and Application of law*, avec A. Sacks, l'un de ses anciens étudiants tout juste recruté à l'école de droit de Harvard. Celui-ci devait être publié au cours de l'année 1958-1959. Pour le détail, voir W. ESKRIDGE Jr. and P. FRICKEY, « The Making of the “Legal Process” », *Harvard Law Review*, 1994, vol. 107, n° 8, p. 2031-2055.

⁴ D. KENNEDY, « Utopian Rationalism in American Legal Thought », *infra*, p. 114-115.

⁵ Pour une présentation du *legal process*, voir notamment G. PELLER, « Neutral Principles in the 1950s », *University of Michigan Journal of Law Reform*, 1987-1988, vol. 21, n° 4, p. 561-622 ; W. ESKRIDGE Jr. and P. FRICKEY, « An Historical and Critical Introduction to *The Legal Process* », in H.M. HART Jr. and A. SACKS, *The Legal Process : Basic Problems in the Making and Application of Law*, ed. W. Eskridge and P. Frickey, The Foundation Press, 1994, p. li-cxxxvi ; A. SEBOK, « Reading “The Legal Process” », *Michigan Law Review*, 1996, vol. 94, n° 6, p. 1571-1595.

⁶ R. POUND, « Mechanical Jurisprudence », *Columbia Law Review*, 1908, vol. 8, n° 8, p. 605-623.

⁷ D. KENNEDY, « Utopian Rationalism in American Legal Thought », *infra*, p. 111 : « [Hart and Sacks] are enthusiastic participants in the “revolt against formalism” and “mechanical jurisprudence” [and] [...] above all leaders in a “revolt against Realism” ».

⁸ H.M. HART Jr. and A. SACKS, *The Legal Process : Basic Problems in the Making and Application of Law*, ed. W. Eskridge Jr. and P. Frickey, The Foundation Press, 1994, p. 104 : « to maximize the total satisfactions of valid human wants ».

⁹ D. KENNEDY, « Utopian Rationalism in American Legal Thought », *infra*, p. 111 : « For Hart & Sacks, every legal question is a question of social policy ».

refusant d'admettre que le droit soit dépendant de la subjectivité des juges. L'originalité de la perspective processualiste réside sur ce point dans leur focalisation sur les processus de formation et d'application du droit. Les acteurs ne sont pas nécessairement contraints par le contenu du droit, qui peut s'avérer lacunaire et ambigu. Ils le sont plutôt par les contraintes qui pèsent sur leur processus de raisonnement. Suivre les processus établis est une démarche vertueuse à plusieurs égards : elle permet, tout d'abord, de s'assurer que les acteurs exercent uniquement leurs fonctions sans empiéter sur les fonctions des institutions concurrentes ; et ensuite, d'opter pour la solution « correcte » au problème de droit, c'est-à-dire celle qui garantit la maximisation de la satisfaction des besoins sociaux¹⁰.

Dans les années 1950 et 1960, le *legal process* exerce une influence profonde et diffuse sur l'enseignement du droit aux États-Unis. L'Université de Harvard constitue à l'époque le vivier principal des futurs professeurs de droit. Certains élèves de Hart suivent cette voie et emploient à leur tour la méthode processualiste, comme Abram Chayes à Harvard en droit international¹¹ ou Harry Wellington à Yale en droit privé¹². Wellington utilise le polycopié rédigé par Hart et Sacks pour ses enseignements : ce dernier circule de manière informelle dans les universités américaines dès la fin des années 1950 et devient le socle de la formation de toute une génération de juristes¹³. Dans ce contexte, Duncan Kennedy suit les cours du professeur Wellington à Yale et enseignera à son tour le polycopié de Hart et Sacks lorsqu'il rejoindra l'école de droit de Harvard en tant que professeur assistant en 1971.

Éduqué dans le cadre du *legal process*, Duncan Kennedy propose néanmoins une critique construite de ce *casebook* dès 1970, alors qu'il n'était encore qu'étudiant à la *Yale Law School*. Le *paper* de Duncan Kennedy rendu au professeur Wellington est surprenant rétrospectivement : il constitue un moment de transition dans l'histoire de la pensée juridique américaine, bien qu'il ne soit alors pas publié et qu'il propose une critique d'une source elle aussi non publiée. Ce *paper* d'étudiant apparaît pourtant primordial pour comprendre l'évolution de la pensée américaine : il a conduit au recrutement de Duncan Kennedy comme professeur assistant à Harvard en 1971¹⁴ et a été décrit comme l'une des causes de la marginalisation du *legal*

¹⁰ D. KENNEDY, « Utopian Rationalism in American Legal Thought », *infra*, p. 99.

¹¹ Dans ce sens, voir par exemple A. CHAYES, T. EHRLICH et A. LOWENFELD, *International Legal Process. Materials for an Introductory Course*, Little Brown & Co, 1968.

¹² Dans ce sens, voir H. WELLINGTON, *Labor and the Legal Process*, Yale University Press, 1968.

¹³ La publication de ce polycopié en 1994 par W. Eskridge et P. Frickey est sur ce point remarquable, parce qu'elle a participé à rendre publique l'une des grandes contributions à l'enseignement du droit aux États-Unis.

¹⁴ Il sera titulaire de la chaire de droit à Harvard en 1976 grâce à deux autres contributions : le manuscrit de *The Rise and Fall of Classical Legal Thought* et l'article « Legal Formality », *The Journal of Legal Studies*, 1973, vol. 2, n° 2, p. 351-398.

process à l'université¹⁵. Sur ce point, ce *paper* tend d'abord à identifier le *legal process* comme un courant intellectuel, dont il clarifie la structure¹⁶. Il fait ensuite office de trait d'union, parce qu'il contient les ferment de la critique *CLS* adressée au *legal process*. La publication dans ce numéro de *Droit & Philosophie* de cet article inédit est dès lors indéniablement opportune.

Elle l'est, en premier lieu, parce que Duncan Kennedy y identifie les deux principales thèses de Hart et Sacks, qui sont supposées permettre aux institutions d'agir de manière compétente, c'est-à-dire d'avancer vers ce que ces derniers désignent comme la « maximisation de la satisfaction des besoins humains valides ». La première thèse est celle de la « spécialisation fonctionnelle » : chaque institution est censée demeurer dans le cadre de ses fonctions et ne traiter que les questions qui relèvent de son giron¹⁷. La seconde thèse, que Duncan Kennedy présente comme l'apport central de la pensée de Hart et Sacks, porte quant à elle sur les « mécanismes de contrôle »¹⁸, qui sont « adaptés pour susciter l'excellence particulière »¹⁹ de chaque institution. Dès lors, pour Duncan Kennedy, Hart et Sacks préconisent que les « jurisdictions [soient] spécialisées dans l'élaboration [raisonnée du droit] et contrôlées par les normes professionnelles » et que la « législature [soit] spécialisée dans l'adaptation libre [du droit] et soumise au contrôle direct de l'élection populaire »²⁰. À chacun sa fonction spécifique, à chacun sa discipline.

En second lieu, cette publication illustre la manière dont Duncan Kennedy se positionne en tant que meneur de la dissidence des *CLS* à l'encontre du *casebook* de Hart et Sacks.

D'une part, dans les années 1970, Duncan Kennedy affine sa méthode historique, en collaborant avec Morton Horwitz pour proposer une histoire critique de la pensée juridique (*legal thought*)²¹. Le premier préfère néanmoins traiter la « pensée juridique » pour ce qu'elle est, sans nécessairement la faire dépendre de considérations extra-juridiques ou de théories générales²². Il souhaite ainsi analyser « l'appareil conceptuel, les techniques de raisonnement, les idéaux juridiques et les représentations clés que l'élite juridique, qui inclut les juges, les auteurs de traités

¹⁵ Ce *paper* est souvent mentionné aux côtés d'une dissertation de R. Unger rendue à A. Sacks à Harvard en 1969, consacrée elle aussi au *legal process*. Tous deux seront recrutés en tant que professeurs à Harvard alors que A. Sacks en était le doyen. Sur ce point, voir W. ESKRIDGE Jr. et P. FRICKY, « An Historical and Critical Introduction... », *loc. cit.*, p. cxxi.

¹⁶ Le livre de Hart et Sacks est un *casebook* destiné aux étudiants, de sorte qu'il contient de nombreux exercices. Les questions posées encouragent la postérité de la méthodologie processuelle, voir A. AMAR, « Law Story », *Harvard Law Review*, 1989, vol. 102, p. 711.

¹⁷ D. KENNEDY, « Utopian Rationalism in American Legal Thought », *infra*, p. 103.

¹⁸ *Ibid.*, p. 103-105.

¹⁹ *Ibid.*, p. 105 : « each specialized institution must have a control mechanism adapted to eliciting its peculiar excellence ».

²⁰ *Ibid.*, p. 105 : « The results are courts specialized in elaboration and controlled by professional norms, and a legislature specialized in free adaptation and controlled by the direct check of popular election ».

²¹ Voir M. HORWITZ, *The Transformation of American Law : 1780-1860*, Harvard University Press, 1977, t. 1, *The Transformation of American Law : 1870-1960, The Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford University Press, 1992, t. 2.

²² D. KENNEDY, « Thirty years later », *loc. cit.*, p. xxvii.

et les juristes importants, déploient quand ils présentent des arguments, transmettent leurs opinions ou font des déclarations sur ce que le droit “est” ou devrait être »²³. Il a recours à ce point de vue historique dans la perspective d’en tirer des leçons sur l’état actuel de la pensée juridique. Ce *paper* dès lors dans un projet plus général, celui d’étudier l’évolution progressive des représentations mentales des juristes à l’œuvre dès lors qu’ils pensent et disent le droit.

D’autre part, le professeur Kennedy ambitionne de mettre au jour l’indétermination structurelle de la proposition de Hart et Sacks²⁴. La structure qu’ils proposent contiendrait deux propositions incompatibles : la thèse de la spécialisation fonctionnelle et l’impératif de la maximisation de la satisfaction des besoins sociaux²⁵. Dans ce cadre, la publication du *paper* de Duncan Kennedy est essentielle, parce que c’est la première fois qu’il formule cette thèse originale : la contradiction intégrée dans la structure offre un choix à l’acteur, qui pourra opter pour l’une des propositions en défendant l’apparence d’une cohérence du système pourtant largement indéterminé. Cette dénonciation n’est pas anodine : la théorie de Hart et Sacks illustre un phénomène plus général, celle-ci devenant un outil que les juges stratèges peuvent employer pour justifier leurs décisions, sans être contraints par ce schéma théorique dans lequel ils s’inscrivent pourtant²⁶. Cette indétermination offre un « choix »²⁷ au juge et un moyen de justifier systématiquement sa décision, sans être *ab initio* constraint. Cet article nous invite dès lors à évaluer l’indétermination « omniprésente » du droit et des théories juridiques²⁸. Ce thème sera récurrent dans l’œuvre de Duncan Kennedy²⁹, qui ne cessera de dénoncer la « mauvaise

²³ *Ibid.*, p. ix : « Legal thought, for the purposes of the Rise and Fall, is the conceptual apparatus, the reasoning techniques, the legal ideals and the key images that the elite bar, including judges, treatise writers and important lawyers, deploy when they make legal arguments or give opinions or declarations about what the law “is” or ought to be ». De manière générale, voir D. KENNEDY, « Form and Substance in Private Law Adjudication », *Harvard Law Review*, 1976, vol. 89, n° 8, p. 1685-1778 : « The Structure of Blackstone’s Commentaries », *Buffalo Law Review*, 1979, vol. 28, n° 2, p. 205-382 ; « The Stakes of Law, or Hale and Foucault ! », *Legal Studies Forum*, 1991, vol. 15, n° 4, p. 327-366 ; « From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy : Lon Fuller’s “Consideration and Form” », *Columbia Law Review*, 2000, vol. 100, n° 1, p. 94-175 ; *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*, Beard Books, 2006 ; « Three Globalizations of Law and Legal Thought : 1850–2000 », in *The New Law and Economic Development*, ed. D. Trubek, A. Santos, Cambridge University Press, 2006.

²⁴ Le problème de l’indétermination structure la pensée de D. Kennedy, voir F. MICHAUT, *Le mouvement des critical legal studies. De la modernité à la postmodernité en théorie du droit*, Presses universitaires de Laval, 2014, p. 45 et s.

²⁵ D. KENNEDY, « Utopian Rationalism in American Legal Thought », *infra*, p. 107-109.

²⁶ *Ibid.*, p. 109, 114, 116. Sur ces questions, voir notamment D. KENNEDY, *A Critique of Adjudication. Fin de siècle*, Harvard University Press, 1998 ; « The Critique of Rights in Critical Legal Studies », in W. BROWN, J. HALLEY J. (dir.), *Left Legalism/Left Critique*, Duke University Press, 2002. En langue française, voir aussi D. KENNEDY, « Une alternative phénoménologique de gauche à la théorie de l’interprétation juridique Hart/Kelsen », trad. V. Forray et A. Guigue, *Jurisprudence. Revue critique*, 2010, Presses Universitaires Savoie Mont Blanc, p. 19-32.

²⁷ D. KENNEDY, « Utopian Rationalism in American Legal Thought », *infra*, p. 109 : « The existence of an inconsistency of this kind affords the judge [...] attempting to apply the theory a choice ».

²⁸ *Ibid.*, p. 113 : « I think such conflicts pervasive ».

²⁹ Dans ce sens, voir notamment D. KENNEDY, « Form and Substance... », *loc. cit.* ; « The Structure of Blackstone’s Commentaries », *loc. cit.*

foi » des juges, qui omettent d'admettre que leur raisonnement est largement l'objet d'arbitrages contingents³⁰.

Mathilde Laporte

Mathilde Laporte est enseignante-chercheuse contractuelle en droit public à la CY Cergy Paris Université. Elle a soutenu sa thèse à l'Université Paris II Panthéon-Assas en 2020 sous la direction du Pr Denis Baranger, intitulée *La distinction public-privé aux États-Unis et la tradition doctrinale du legal process*. Cette thèse vient de recevoir le prix solennel de thèse de la Chancellerie des Universités de Paris (2021) dans la mention « droit ».

³⁰ Ce thème de la « mauvaise foi » (*bad faith*) sera approfondi à l'occasion de la critique du déni général des juges, qui refusent de reconnaître la dimension idéologique de leurs décisions, voir D. KENNEDY, *A Critique of Adjudication*, *op. cit.*, notamment p. 195-196.

Duncan Kennedy

Utopian Rationalism in American Legal Thought *

It would not be strictly accurate to say that we take up here for the first time the question of the role and functioning of specialized institutions within a legal system. Hart & Sacks¹ quite properly treat private “orderers” as composing the most important of law making institutions; they treat issues raised by the relations of courts with private law makers as analytically identical with those raised by the relations of courts with administrative agencies and legislatures. It is thus possible to regard the preceding section of this paper as an essay on an institutional “system,” one composed of an official and an unofficial element. The problem, which Hart & Sacks discuss with regard to this system – what relationship of the elements will maximize human satisfactions? – is the same as that which confronts us when we attempt to break down the official element into its part and treat it as a system in its own right.

Yet there is an important non-analytical difference between the detailed inquiry into the organization of officialdom and the attempt to define the proper border between public and private spheres. In short, it is that when Hart & Sacks discuss “government regulation,” they can place themselves within a three hundred year old tradition of political and economic thought.

The issues as between “individualism” and “collectivism,” capitalism and socialism, have been rendered familiar if not clear by public debate. The logical coherence of the utilitarian approach to the economic aspect of the problem has been fully demonstrated by economists², and the close parallel between legal constraints and “prices” was first perceived and exploited by Bentham himself. The value and implications of “freedom of contract” was perhaps the central theme of nineteenth century jurisprudence.

Seen in this light, the indeterminacy (and therefore in Hart and Sacks’ terms the unhelpfulness) of a utilitarian analysis of the relationship of private to public ordering is not surprising, nor, it must be said, is the attempt of any very great intrinsic interest. By contrast, the attempt at a theory of official legal institutions is

* *Droit & Philosophie* is very grateful to Pr Duncan Kennedy for granting permission to reproduce this excerpt from a much larger text, written at Harvard in june, 1970. Transcribed by Mrs Isabel Bourg (Institut Michel Villey, Université Panthéon-Assas).

¹ NdR : Duncan Kennedy is referring to the *casebook* of Pr Henry M. Hart Jr. and Albert M. Sacks, *The Legal Process. Basic Problems in the Making and Application of Law*. Hoewever, this *casebook* was not published in 1970. Its first edition was released in 1994, thanks to Pr William N. Eskridge Jr. and Philip Frickey. This is the reason why the following footnotes refers to this first edition: H.M. HART Jr. and A. SACKS, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, ed. W. Eskridge Jr. and P. Frickey, The Foundation Press, 1994.

² O. LANGE, *On the Economic Theory of Socialism*, University of Minnesota Press, 1938.

both more ambitious and more promising, for here we are in the open field of the sociology of organizations, where the tradition is a short one and large systems are rare. It is also in this area that Hart & Sacks have been most influential. Although their theory is no more determinate, nor even more suggestive, in this area than in that of private ordering, it has become one of the principal bulwarks of judges and legal scholars who favor a “passive” role for the judiciary in its relations with other branches of government. But before raising this “ideological” problem, I will try to lay out in some detail the logical structure of the Hart & Sacks theory.

A.

Let us imagine that our planner, Hart & Sacks has somehow brought into being a complete body of substantive and remedial law designed to maximize the valid human satisfactions of their society. Further assume that this body of law is widely accepted by the population – that is, that in general people are willing to abide by its directives; where it is directive, and to pay the “administered” prices of actions which the planner has decided would be incorrectly valued in a system of purely private ordering. Assume that in constructing the body of substantive and remedial law the planner has decided in favor of a regime friendly to private ordering; among the various presumptions about the optimality of free choices which he might have adopted, he has tended to reject those that would lead to large scale direct official action to create welfare (e.g. nationalized industry) and to disfavor those which require detailed regulation of transactions. In short, with little problem of “law and order” and a benign view of the capacities and intentions of the citizenry, the planner has been able to avoid taking a large role. Nonetheless, a system of official institutions will be required in order to administer the legal order.

As compared with the apparatus which would be necessary in a more “collectivist” state, the planner’s institutions can be organized to *respond* to legal problems rather than to initiate action. At the base of the official machine there will be a mechanism for the referral of private disputes. The official structure can also be relatively decentralized and unarticulated as a system, since it will rarely be necessary to mobilize *all* official resources for concerted, massive attack on any aspect of the society. Yet the importance of official institutions is not for that reason to be denigrated: unless the three functions of “creative order” are performed, the planner is quite clear that nothing like a maximum of satisfactions will be achieved.

The two most important functions are *elaboration* (adjudication) of the existing legal arrangements to cover particular circumstances and the *free adaptation* (legislation) of the legal system to changed circumstances. The third function is subsidiary to the first two; it is the development of factual information and technical knowledge in order to reduce the degree of objective uncertainty under which the other functions must be performed.

Both principal functions are directly related to the goal of maximization – that is, whoever performs them will take this ultimate rather than some intermediate goal as the criterion of the success or failure of his official activity. The functions are conceived as differing in that they are made necessary by two distinct kinds of private disputes requiring resolution in order for the legal order to operate optimally. Elaboration meets the need to resolve disputes between parties who *accept* the validity of the existing legal system but do not agree as to its proper application to their relationship.

Abstracting from the problem of determining the facts (as I will do throughout), the function of the elaborator is to resolve an uncertainty about what legal rule the goal of maximization requires in a particular situation. The result of elaboration is that “law is made” in some sense, but the law making is (in some sense) “interstitial”. What this means is that the premises to be used in reaching a decision are fixed in advance: they are the elements of the *existing* body of substantive and remedial law. The correct decision is that which is in “harmony” with existing law in the sense that it will lead to welfare maximization through elaboration of the prescriptions for attaining that end which are implicit in existing law.

Free adaptation meets the need to resolve disputes as to whether existing legal arrangements actually serve to maximize human satisfactions. Again abstracting from the problem of determining the facts, the free adapter is like the elaborator in that his function is to resolve an uncertainty about which rule will maximize, and he too “makes law.” But in adding to or changing existing law, he is not restricted to the premises embodied in that existing law: his decision must be the result of an open-ended consideration of all aspects of the situation which are arguably relevant to maximization. In short, he behaves much as did the planner himself in establishing a legal regime.

The “elaborator” and the “free adaptor” have been described as though they were two different people. There is nothing in the argument thus far that leads to the conclusion that this must be so. It might be argued that while institutional specialization by function is of course not required by the mere existence of two functions, it is, in the United States, compelled by the elemental commitment to “democracy.” The sovereignty of the people may be taken to mean ultimate control of the content of substantive and remedial law by elected officials, and the rule of law to mean the existence of another, independent body of officials charged with administering that law. Hart & Sacks do not take this tack (in fact the argument from “democracy” as a simple value premise or article of faith is barely mentioned in the whole materials). Instead, they develop a three part rationale for specialization based solely on arguments about institutional “effectiveness” in achieving the goal of maximization. The result is a position that goes beyond what “democracy” alone will support: the argument sketched above does not preclude a system in which courts behave exactly as legislators, as long as the legislature had the last word about law making, and in which legislatures behave exactly as courts, so long as courts have the last word about adjudication. In the system sketched below, the rules properly require each institution to keep its own specialized function and actively to reject attempts to involve it in doing the work of other bodies.

The first argument for functional specialization (and the least compelling) is that while any dispute may combine an element of uncertainty about the application of existing law with an element of challenge to that law, cases tend in practice to cluster. A good many disputes are basically about elaboration, with little element of challenge; a good many are basically the opposite. Consequently functional specialization is convenient, if nothing more.

The second argument for specialization is a very important one, and in one form or another it is implicit in most American post-realist legal thought: it is asserted that the skills that are required in order to resolve disputes over elaboration in such a way as to maximize welfare are fundamentally different from those necessary for optimal handling of disputes over the free adaptation of the law. Institutions which are organized (“organization” includes methods of recruiting personnel, obtaining information and enforcing decisions as well as the details of administration) to per-

form one function “competently” will be “incompetent” to perform the other function. The argument thus supports the strong form of specialization: not only should there be distinct institutions, but they should stick to the tasks which, as Hart & Sacks put it, “they are good for.”

Disputes which are primarily over elaboration, according to the argument, are likely to be conceived by the participants as involving individual interests and past conduct. The area of dispute is likely to be limited, by which is meant that however momentous the principles and interests involved, there will exist a broad area of agreement about values and about law. By definition, elaboration is concerned with the meaning and implications of accepted existing legal arrangements. Yet while the area of dispute may be limited, the parties are likely to find the uncertainty particularly difficult to tolerate. Just because the great body of existing law is accepted as relevant, there is a feeling that there must be a “correct” solution to the question posed, and that a party is in some sense “entitled” to the benefit of application of that correct solution.

According to the theory, these expectations and emotions of the parties are quite justified. If we take the word “correct” to signify not some mechanical sort of precision but “amenability to reason,” then it is true that there are “correct” decisions. The interstitial making of law involves “judgment” and “craft” (i.e. it is unlike natural science) yet there is a determinate method by which the elaborator can best go about attempting to maximize welfare, and the method provides sufficient criteria for evaluating, and controlling, the results reached so that it is reasonable to demand “right” decisions and to criticize “wrong” ones.

The method itself – called “reasoned elaboration” by Hart & Sacks – follows from the nature of the dispute. First, the dispute is by definition one over the meaning of legal directives aimed at the maximization of welfare. If the law made interstitially by the elaborator is to further this large goal, it must be “consistent” with existing law, in the sense that it treats similar cases similarly. To take an example from the text, if a motorcycle is treated as a “motor vehicle” for purposes of a speed statute, but a motorcycle with a side-car is not, the conclusion is inescapable that a mistake in elaboration has been made. Second,

Underlying every rule and standard . . . is at least a policy and in most cases a principle. This principle or policy is always available to guide judgement in resolving uncertainties about the arrangement’s meaning. The uncertainties cannot be intelligently resolved – without reference to it . . .

Not only does every particular legal arrangement have its own particular purpose, but that purpose is always a subordinate one in aid of the more general and thus more nearly ultimate purposes of the law. Doubts about the purposes of particular statutes or decisional doctrines, it would seem to follow, must be resolved, if possible, so as to harmonize them with more general principles and policies. The organizing and rationalizing power of the idea is inestimable.³

If the law is conceived in this way, neither apparent inconsistency nor uncertainty nor confusion at the level of specific legal rules should shake the faith of the parties and the elaborator in the existence of a correct solution. In ascending the hierarchy from the specific (e.g. an inheritance statute) to the more general (e.g. the principle that no man should profit from his own wrong) toward the ultimate end

³ H.M. HART Jr. and A. SACKS, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, *op. cit.*, p. 148.

of law (maximization of valid human satisfactions), inconsistency, uncertainty and confusion will sooner or later disappear.

The technique of reasoned elaboration bears an interesting resemblance to systems analysis in a system in which goals are given and ranked (by existing legal doctrine). The method requires both technical proficiency of a highly specialized kind (logical distinction of aspects of the problem; ability to relate instances at one level to goals at another, and so forth) and creativity (sense of the coherence of the large system; ability to isolate semi-intuitively the essentially important aspects from large masses of apparently undifferentiated facts, and so forth). It follows readily that the institutional organization of the application of the method should ideally avoid both the “chain of command” model of bureaucracy and the “interest group” model of collegial decision. The number of people making a given decision should be small, conditions of work should favor intense devotion to the development of expertise, written justifications are appropriate, and internal control is best achieved by “review,” that is the reapplication of the identical method by the supervisor.

The nature of the disputes dealt with also has its organizational consequences: since uncertainty over the application of accepted existing arrangements will inevitably be frequent and compose a large proportion of all the disputes the legal system must deal with, they must be dealt with quickly and as simply as possible; there must be “finality” since these disputes involve individual interests and past acts, the procedures for obtaining information should be oriented toward probing the particular historical incident rather than the broad social trend.

In short, the elaborator should be a judge and the specialized institution a court.

Before passing on to the function of free adaptation, it seems well to underline an aspect of this theory of courts which Hart & Sacks tend to blur. It was remarked earlier that parties to disputes about elaboration tend to limit the area of conflict but to feel very strongly about authoritative resolution of that conflict. Hart & Sacks themselves point out that parties are also likely to feel strongly that the requirement of consistency – that like case be treated alike – is a moral one: it is a demand they make of the system without regard to any notion about maximization of social welfare. Nonetheless, *neither* the technique of reasoned elaboration *nor* the peculiar organization of judicial institutions is justified in terms of popular demands or expectations. The first is referred to the function of law and the second to the function of official institutions in a system designed by the planner for the maximization of valid human satisfactions through private action.

The justification of specialized institutions of free adaptation is similar to that of courts: the demand for “democracy” plays no greater role than that for “justice,” yet the social character of disputes about free adaptation is important. First, such disputes are likely to involve interests conceived as those of groups rather than of individuals, and they focus on future rather than past conduct. The area of conflict between disputants may be broad and deep: basic philosophical or ideological notions come into play and the elemental organization of the society may be questioned. Yet in contrast to disputes over elaboration, the tolerance of uncertainty or ambiguity in the resolution of questions is likely to be relatively great. The parties feel “entitled” not to a correct solution which vindicates their position but to a chance to influence the course of action, to the consideration of interests for which they claim immediacy rather than universality.

As with elaboration, these expectations are in accord with the intrinsic possibilities of the situation; it is a key tenet of the theory of institutions that questions

of free adaptation are in general “not amenable to reason.” By this it is meant that the methods available for solution of such problems in the interest of maximizing social welfare do not provide sufficiently precise criteria of evaluation so that it is meaningful, within broad limits, to criticize the results as either “right” or “wrong”. An institution which laid claim to ability to do “justice” in such cases would be inherently unstable because unable to fulfill its promise. Still within broad limits, legitimacy in free adaptation must be based on procedures rather than on the conformity of the results to an ideal.

The fact that we lack a single determinate method for reaching correct decisions does not mean that we are without means to evaluate procedures. We refer first to the ultimate goal of welfare maximization. In an open-ended process designed to this end it is clearly of the utmost importance that the subjective consequences of legal action be communicated as forcefully as possible to the decision makers. The nature and the intensity of the feelings of all individuals and groups affected by proposed action should therefore be fed in. Since the result of decision is to be in change in what has heretofore been the accepted existing legal order, it is important not only that these opinions be known, but that they receive sufficient recognition in fact so that there is a probability that the change will be in turn accepted and complied with. Flexibility of this kind can be bought at some significant cost in “consistency,” since by definition we are adding to the premises of legal argument rather than attempting to act “in harmony” with them.

In contrast with the practitioner of reasoned elaboration, the free adaptor is less the creative specialist than the master of compromise and the “art of the possible.” He must have intuition about the subjectivities of social groups combined with the manipulative ability to fashion law which has a chance of acceptance by heterogeneous interests. It would seem to follow that the institutional organization of the application of these skills should be collegial. Since there will be many relevant interests, there should be many decision makers; conditions of work should favor the development of fine sensitivity to the trend of social feeling; the method of decision should be such as to favor compromise and coalition rather than the consistent imposition of a single point of view; a requirement of formal written justification for action would be unreasonable; internal control can be achieved only by the wide dispersal of power within the institution – hierarchy is impracticable.

Since it is assumed that there is a full, accepted legal system in operation, the function of free adaptation is practically by definition one of “backstopping”, sporadic intervention designed to adapt the system to change and correct past mistakes. This is fortunate: it permits the full development of the procedures necessary to achieve the representation of interests, in spite of the inefficiency of such procedures as rapid dispute solvers. Large collegial bodies with dispersed power and unable to proliferate bureaucratic hierarchies of officials controlled by rules could not possibly perform the front-line work of dispute resolution which falls to the courts. They must operate under rules which strictly limit the number of disputes which can be resolved over a given time period.

In short, the free adaptor should be a politician and the specialized institution a legislature.

Courts and legislatures established according to the theory described above should, according to the theory, refrain from trying to perform functions not allocated to them for the simple reason that they are “competent” only in their own areas. Yet even an observer (or back-seat planner) who recognized that this argu-

ment has force and will often be determining might hesitate to accept it as conclusive in every case. Will there not be occasions when the results of an appeal to the legislature are highly predictable? Or when legislative procedures are quite evidently failing to function as they ought? The answer of the theory is the third argument for a strong form of institutional specialization: the necessity of "responsibility."

Thus far we have treated our specialized institutions as though they were to be autonomous – that is, not subject to any form of control by other institutions. Yet a basic problem for the planner is to ensure that his officials, however competent they may be, are committed in practice to achievement of the ultimate goal of welfare maximization. In order to satisfy himself that they will indeed be faithful to his purposes., the planner will certainly subject them to various kinds of pressure; he will attempt to induce in them a sense of responsibility, either in the form of commitment to internal standards, such as "rationality" or "craft," or in the form of direct checks, such as popular election, veto, or review. The theory asserts that for each specialized institution, a particular set of checks is desirable in the sense of maximizing control with a minimum sacrifice of efficiency in dispute resolution. Once these specialized control systems are installed, the planner can have some confidence that *when it is performing its allocated function* the institution will do as well as is humanly possible.

It will be obvious to the planner that such specialized controls should in fact be set up. From his point of view a situation in which all institutions perform their functions as well as possible is ideal by definition. But it follows that he must institute a firm rule that specialization by function shall be complete. Since elaborators are controlled by a mechanism geared only to elaboration, it will be disastrous for them to engage in free adaptation, regardless of how competent they may be to do so. And vice versa. The argument from responsibility thus reinforces that from competence and allegedly renders the case for full specialization conclusive.

A catalogue of control mechanisms is one of the more interesting contributions of the Legal Process materials. Hart & Sacks categorize the means to assure the responsibility of officials as "affirmative" and "negative;" the two groups might be more precisely labelled as *cultural and professional norms and institutional checks*.

In the broadest sense, a system of control through norms depends for its effectiveness on the existence of a high degree of consensus about the values to be furthered through the controlled activity, on a process by which the official "internalizes" the normative prescription and so controls himself (through conscience, a sense of "craft," or whatever), and on the existence of the social practice of criticism. Hart & Sacks speak often, but exceedingly vaguely, about instilling a general norm of fair dealing in all who participate in the legal process, and the book itself contains many exhortations to this purpose. The more concrete institution of professionalism plays, however, a much more important role in the theory than do more diffuse cultural patterns.

Systems of professional norms are characterized by an ideal of "service" to "clients," by the independent (non-employee or "tenured") status of the practitioner, by the existence of an organized body of colleagues consistently engaged in criticizing one another's work according to the criteria of the method. The planner is likely to consider it self-evident that a norm system of this type is an appropriate mechanism for the control of institutions designed to specialize in the reasoned elaboration of legal arrangements.

First, the nature of the disputes in question suits them to professional resolution: the area of conflict is limited by acceptance of the existing legal order; that order provides the defined body of premises for the application of a single, determinate technique – that of reasoned elaboration – which provides adequate criteria for criticism by a body of colleagues (and academics). Popular expectations that judges should be independent experts rendering “correct” results are in fact expectations of professionalism. Second, institutional organization designed to assure competence in elaboration will be highly compatible with control through professional norms: decision making by individuals or small groups and the requirement of written justification make criticism easy and favor internalization of the norm system: hierarchic structure and the practice of review guarantee full scrutiny of decisions according to the criteria of the method; the absence of means for the gathering of general knowledge about objective and subjective aspects of the society as a society may be an advantage, since it keeps the body of premises available limited, reduces the likelihood of extreme conflict of point of view among practitioners, and thereby preserves the determinate character of the method, its ability to specify “right” answers.

In the terms of the theory, the compatibility of professionalism with institutions of elaboration is so strong that one is tempted to say that professionalism will significantly increase competence as well as guaranteeing responsibility. In any case, it is a tenet of the theory that the effectiveness of control through norms is so great as to reduce to a minimum the necessity of controlling courts through institutional checks. And this, like so many other aspects of the theory, works out for the best, since checks – powers of other institutions to review, redetermine or veto decisions, or to replace decision makers – are *not* highly compatible with the function of elaboration.

Since all institutions are specialized, the checking institution will inevitably make its decisions by some method other than that of reasoned elaboration; the result is likely to be the introduction of inconsistencies and anomalies into a system of elaboration which takes consistency and reference to the large purposes of law as the very definition of correctness. Moreover, a system of professional norms, if it is to be effective, must be supreme in the consciousness of the body of practitioners: they must regard the duty to serve and to act correctly in conformity with their method as the highest obligation. If they are subject to check by other institutions operating according to other methods, their responsibility will be endangered. A desire to please, or the necessity of pleasing the checking institution may subvert the independence of the checked.

Yet professionalism has its drawbacks and the direct check its virtues. First, the system of professional norms is a closed one: the practitioners themselves control the body of knowledge and are committed to their method. Since they are unlikely to be more than a small group within the society, and will tend to be isolated by their very devotion to calling, there is a danger that they will be insensitive to change and inexpert in sounding the intensities of the preferences their decisions affect. As objective knowledge becomes more complex, more like professional knowledge in its own right, practitioners of a given discipline are likely to become intellectually isolated. Second, the norm system is overwhelmingly effective only in so far as it is internalized; the process of collegial criticism taken by itself has obvious weaknesses as a control mechanism if the premises of criticism are not accepted. The professional system is therefore vulnerable to bad faith manipulation by those who acquire its skills without acquiring its ideals.

Institutional checks are likely to be strong exactly where professionalism is weak. The checking institution can be relied upon to feed into the decision process of the checked its concerns and its ways of seeing things where the coherence of the professional method and the static quality of “bodies of knowledge” tend to mask change and conflict, the checking institution can be expected to bring them to the surface and force them on the attention of the checked. And of course, powers of redetermination, veto or election of officials may be effective against the bad faith manipulator, the usurper, where criticism cannot be. Checks provide a kind of safety where norms are weak.

These considerations are likely to lead the planner to the conclusion that even his specialized institution for the professional resolution disputes through reasoned elaboration should be subject to *some* direct institutional checks. The problem is easily solved: the legislature has in any case the function of free adaptation of the law. It can check the judges by changing the interstitial law they make (a power of redetermination). The organization of the legislature – the inherent limits on the amount of business it can transact and the difficulty it must have in dealing with individual cases – make it highly unlikely that this check can ever be so extensive as to seriously interfere with the professionalism of the courts. (The power of executive appointment of judges is a further institutional check.)

The problems presented by the necessity of ensuring legislative responsibility are the inverse of those presented by the courts. It should be apparent that professionalism is unlikely to be effective in controlling an institution dealing with the broadest sorts of problems, in areas where cleavages over values and norms are profound and there is no determinate technique which offers an assurance that answers are “correct.” Further, a legislature organized to be competent at free adaptation cannot hope to be professional: decisions are the product of compromise in a numerous body; the allocation of individual responsibility is enormously difficult; information gathering techniques which allow sensitive response to a vast number of interests and to all aspects of a situation relevant to welfare maximization will be ill-adapted to the creation of finite bodies of knowledge methodically organized.

Conversely, direct institutional checks in the form of popular election of legislators seem appropriate. Sensitivity to the distribution and intensity of the interests of the citizenry is of the essence of the legislator’s art. And the safety provided by checks is particularly important where the decision maker has a mandate to change the law but cannot be effectively restrained by norms.

The planner’s institutional system can now be described in summary form. In order that the functions of official institutions may be performed as competently as possible, they must be specialized: organized so as to perform one function only. In order that officials may be effectively induced to commit themselves wholeheartedly to the proper performance of their duties, each specialized institution must have a control mechanism adapted to eliciting its peculiar excellence. The results are courts specialized in elaboration and controlled by professional norms, and a legislature specialized in free adaptation and controlled by the direct check of popular election. In theory, so long as each institution sticks to its appointed tasks, each function will be performed as well as is humanly possible in the circumstances; the planner will have constructed the most accurate of possible watches.

But how well is “as well as humanly possible in the circumstances?” It has already been pointed out that The Legal Process is an ambiguous mixture of utopian

social theory and description of social reality. Hart & Sacks not surprisingly have something to say about what is “humanly possible” in the United States:

The Constitution of the United States and the various state constitutions commit American society, as a formal matter, to the goal of the general welfare, judged on the basis that every human being counts one – which seems only another way of expressing the objective of maximizing the total satisfactions of valid human wants, and its corollary of a presently fair division. But these constitutions do more than this. They distribute power in such a way as to insure a steady pressure for the continued acceptance and the active pursuit of these objectives. Institutional systems are relatively inflexible. Steps of this kind, once taken, are hard to retreat from. Thus, in American society all the forces bath of vested interest and institutional inertia which are on the side of maintenance of existing institutions are on the side of steadily more effective use of the institutions toward the achievement of their settled objectives⁴.

A planner capable of crediting this quotation as an accurate description of the social situation he confronted (and one may ask whether anyone but a fool could so credit it, or could have credited it in 1957, 1937, 1917 or 1897) would have little difficulty in resolving the final question raised in this section. He would institute forthwith a rule of jurisdiction forbidding courts to perform legislative (or administrative or private ordering) functions, and secure, perhaps by constitutional provision, the elaborative (adjudicative) function from legislative interference. The strong form of specialization would be clearly optimal, and nothing short of it acceptable.

B.

In its own terms, the theory set forth above is an attempted resolution through the technique of reasoned elaboration of a set of particularly disturbing legal uncertainties: those which confront officials, and especially judges, when asked to resolve disputes which arguably fall on the borderline of their appropriate institutional sphere. In the case of the judge, such cases involve arguments about “jurisdiction.” A party asks the court simply to refuse to decide an uncertainty on the ground that it is better left to the legislature, an administrative agency, or private law making institutions. Where another institution has already taken legal action arguably determinative of the uncertainty, the problem of reasoned elaboration may be put in terms of “interpretation” (of a statute, administrative rule or private contract), but this is not necessarily the case. Since courts are “front-line” dispute resolvers (“general jurisdiction”) they will be presented with uncertainties not colorably resolvable by reference to the will of other law makers, but nonetheless presenting the question of what is “in harmony” with the accepted body of existing legal doctrine (e.g. is there a common law right of privacy?).

The theory itself is proposed as “law,” that is, as a body of rules designed to resolve particular kinds of disputes in such a way as to maximize valid human satisfactions. As such, it seems to me that it can be criticized on two levels. One may ask whether the theory is “right” in the sense of offering a set of consistent propositions adapted to achieving the specified goal. And one may ask whether it is ad-

⁴ H.M. HART Jr. and A. SACKS, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, *op. cit.*, p. 105-106.

equate specifically as “law,” that is whether it offers a method of decision sufficiently determinate to meet the theory’s own demand that courts behave professionally. The two questions are related. If judges are not convinced that the theory is “right,” then to ask them to apply it would be inconsistent with the professional ethic. If, on the other hand, the theory is not sufficiently determinate to provide a useful basis for control through internalized norms and collegial criticism, then its employment by courts controlled in this way would be inconsistent in the theory’s own terms.

Both suggested questions are posed on the assumption that it is meaningful to speak of a legal system as a purposive enterprise designed to maximize welfare the therefore useful to formulate rules for official conduct to that end.

If it turns out that the theory is inadequate in these terms (e.g. is logically inconsistent or assumes so much contrary to fact as to be useless), then our hypothetical planner has failed: he must begin again to construct a better theory. Yet it should be kept in mind that there are other possible approaches. A social theorist less committed to the working out of “reasoned” solutions to social problems might consider a finding that the theory is inconsistent to be of little interest: a far more important question to him might be “Would the use of an internally inconsistent theory of this type cause the legal system to have a different impact on welfare than it would have if a different theory were in use?” A theorist claiming no interest whatever in concepts like “welfare” might ask: “Is the use of an internally inconsistent theory of this particular type likely to be associated with other social traits? Norms? Technologies?”

After attempting to show that in fact the theory is neither “right” in terms of the maximization objective nor adequate as law appropriate for administration by courts, I will suggest an answer to one extra-systemic question of this sort. How, given its inconsistency, can the theory be brought to bear so as to *appear* to resolve uncertainties about the jurisdictions of institutions?

The message of the theory to the judge can be summed up in three propositions:

- (a) “Each individual deciding officer [is] to reach what *he* thinks is *the* right answer.” (italics in original). *The* right answer is defined as that most conducive to the maximization of valid human satisfactions.
- (b) In this frame of mind, the judge is to distinguish those questions which are appropriate to resolution through the technique of reasoned elaboration from those which are not.
- (c) The judge is to decide those questions appropriate to reasoned elaboration, and to refer the others to other institutions.

Assume for the moment that the judge is in fact capable of performing the operation described in step (b), that is, that he can make the required distinction in a way which is satisfactory to his sense of obligation to decide correctly, and that there are available criteria of criticism sufficiently precise so that the judge can be effectively controlled by his colleagues (and academics). The question is then: Are proposition (a) and proposition (c) consistent with one another?

The following case can be used to test the matter. Suppose a judge confronted with what is to him clearly a “legislative question,” but a judge who is certain, on reflection, that if he refuses to decide, the legislature will reach a result opposite to that which he would reach were he to set himself the task of maximizing human satisfactions in the particular dispute. Suppose that he then goes on to consider the following: (a) the evil to the present and to future parties of the legislative rule; (b)

the evil likely to result through other judges than himself misapplying a decision by him to usurp the legislative function in the case at hand; (c) the evil of a diminution of the prestige and effective of the judiciary resulting from such a usurpation; (d) the likelihood of legislative overruling of the usurpation; (e) the likely ill effects and good effects on legislative process in general resulting from usurpation in the particular case, including the indirect effects on the legislature of actions of other judges and private parties influenced by the decision. Finally, let us suppose that with a full and solemn sense of his obligation to render *the* correct decision, defined as that which maximizes human satisfactions, the judge concludes that the institutional ill effects will be minimal, while the strictly law-making effects will be large and positive: the balance lies quite clearly in his own mind with usurpation, and the rule of functional specialization is in conflict with the norm of welfare maximization.

One possible way of disposing of this case should be dealt with at the outset: a critic might be convinced that as a matter of fact each body of officials inevitably performed its function *in every case* as well as it was humanly possible to perform that function. For such a critic, the conclusion would be inescapable that any judge who found himself in the dilemma described above was mistaken in his calculations: it would be logically impossible for his resolution of the dispute to be preferable as law to that of the legislature, no matter how special the particular circumstances might appear to him to be. While it might be difficult to persuade the judge that his perplexity was the product of mere error, the body of critics should have no hesitation in condemning the practice of usurpation whenever and wherever it occurred.

This reasoning seems accurate enough, but it is trivial. Neither Hart & Sacks nor any other commentator I know of would argue that the result of strong specialization will be better *in every case* than would be the result of specialization seasoned with usurpation. The argument is rather that *over the long run* fully specialized institutions will perform better than specialized institutions regarding themselves as free to make ad hoc exceptions to the rule.

The problem posed by this sort of interpretation of the rule of specialization is perhaps best understood in the context of the philosophical debate over “extreme” versus “restricted” utilitarianism. The extreme utilitarian position is that if a decision is to be justified as “right” in terms of the goal of maximizing welfare, the decision maker must proceed exactly as the judge in our hypothetical: he must examine in detail the utility consequences of alternative dispositions of the specific case at hand. An appeal to a rule, without more, is never an adequate justification. As put by Professor Wasserstrom, the answer of the restricted utilitarian is that:

there are *utilitarian* arguments which support the thesis that one ought not attempt to justify particular moral decisions by appealing directly to the utilitarian factors of those decisions. In other words, there may be a *utilitarian* justification for a moral decision procedure which does not itself consist in direct appeals to the principle of utility as a justification for particular decisions. When the merits of extreme and restricted utilitarianism are contrasted, so the argument runs, it is discovered that if a restricted utilitarianism is consistently employed, it will produce a greater quantum of particular decisions, themselves justifiable on utilitarian grounds, than will any other possible justificatory procedure. The point of the argument is this: If one is consistently a restricted utilitarian, then a greater number of particular results which are themselves justifiable on utilitarian grounds will be achieved than would be achieved were any other procedure

of justification to be consistently employed.⁵

It may appear that restricted utilitarianism offers an exit from the impasse in which we placed our hypothetical judge: he is to sacrifice the maximizing result in the particular case to the rule which maximizes over the long run. The problem, as Wasserstrom points out, is that such a procedure implies an inquiry into the utilitarian virtues of the general rule itself. More specifically, if that rule could be changed so as to exclude the class of cases of which our particularly difficult case is a member (for example by the addition to the rule of a more or less narrow exception), then in order to reach *the correct*, maximizing result, the judge must make the change and decide the particular case contrary to the old rule. Given the great flexibility of rules, it is practically impossible to imagine a case in which the judge would be required to sacrifice the particular result because unable to reformulate.⁶ It now appears that far from requiring the sacrifice of *the correct* maximizing result to *the maximizing rule*, the restricted utilitarian position does just the opposite: there is not much left of a rule of specialization which the judge is free to refashion in order to satisfy his notion of the best result on all the circumstances of the particular case.

If the analysis thus far is accepted, it should be clear that there *is* a serious inconsistency in the Hart & Sacks theory of institutional specialization. The requirement that the official behave as a maximizing utilitarian is simply not compatible with the setting up of any “absolute” rule of specialization. The existence of an inconsistency of this kind affords the judge or critic attempting to apply the theory a choice; he can emphasize the obligation of the official to behave as an extreme utilitarian – with all that implies about the legitimacy of “activism” – or he can bear down hard on the virtues of the rule of specialization as an instance where restricted utilitarianism is appropriate – with all *that* implies about the judicial role. The uses of this “fertile ambiguity” will be discussed in the last part of this section.

At the risk of making the argument over-elaborate, it seems well to consider a final defense for the theory. It might be argued that the inconsistency discussed above would disappear *as far as it affects courts* if the planner simply defined any change in the rule of complete specialization as “free adaptation” and required such changes to be made by the legislature. The judge confronted with a situation in which a change (say by addition of a narrow exception) in the specialization rule appeared desirable on extreme utilitarian grounds would be obliged to leave the question of whether such a change should be made to the legislature. It should be apparent that this argument involves a *petitio principii*. Before the judge can accept the rule of legislative decision about the rule of specialization, he must justify that rule, and this involves him again in all the problems discussed above.

The argument thus far can be stated in another way, and thereby summarized. Suppose a system in which a particular value will be maximized if each element in the system behave in a specified way. If all elements in the system but one are behaving as specified, it is obviously desirable in aid of maximization that the final element be required to behave as specified as well. If, on the other hand, *two* elements deviate from the norm, but only one can be controlled by the maximizer, it does *not* necessarily make sense to force that one to conform. Given that the system

⁵ R.A. WASSERSTROM, *The Judicial Decision. Toward A Theory Of Legal Justification*, Stanford, Stanford University Press, 1961, p. 132 (emphasis in original).

⁶ *Ibid.*, 132-37.

cannot be made to reach a maximum (there is one element which cannot be controlled), the maximizer must make a detailed ad hoc inquiry as to what behavior by the next to last element will be optimal in the circumstances. This is, once again, what economists call the “problem of the second best.” A judge required to define his own jurisdiction in a situation in which other institutions cannot be relied upon (or compelled) to act in conformity with what he considers ideal institutional arrangements faces the second best problem in a particularly acute form. Hart & Sacks are no help to him. Like the neo-classical economists who elaborated the concept of “perfect competition,” Hart & Sacks base their system on a utopia. Their prescription of full specialization is in the end no more convincing than the economists’ argument for unmitigated laissez-faire.

Thus far our analysis has been based on the assumption that the judge faced with a difficult question of jurisdiction (using the term in its widest sense) is able to distinguish in the terms of the theory between “legislative” and “judicial” questions, so that he need only deal with the problem of whether or not to “usurp.” We will now reverse perspective and ask what guidance the theory offers to the judge who is quite convinced that usurpation is undesirable (he accepts a restricted utilitarian approach to the rule of institutional specialization). The question is whether the theoretical distinction between legislative and judicial questions can be applied in practice with sufficient precision so that the judge is subject to some kind of meaningful control, either by his own desire to reach the “right” result or by consensus among professional critics as to what is required in particular cases.

The first difficulty is semantic: a great deal of mischief has been done by calling the classes to be defined legislative and judicial “questions.” The distinction between usurpation and proper exercise of the judicial role lies, according to the theory, not in the nature of the question asked of the court, but in the answer given. When that answer cannot in good faith be reached by application of the method of reasoned elaboration, then there has been usurpation. The judge must have used some other method, in the application of which he is neither peculiarly competent nor made responsible by effective control mechanisms, and this is the evil at which the theory is directed. The question posed in the first paragraph can therefore be made more precise: does the technique of reasoned elaboration provide sufficiently precise answers to uncertainties about legal arrangements so that it will be clear to the judge and to his critics that he has or has not applied the method in good faith in reaching his result?

If the answer to this question is, No, then the distinction between legislative and judicial functions collapses in practice, and the theory will be useless as a means of maintaining institutional specialization, even assuming that all officials believe specialization to be desirable and usurpation to be a vice.

When the problem is formulated in these terms, it becomes apparent that a number of common interpretations of the distinction between legislative and judicial questions are inconsistent with the theory. I will attempt to dispose summarily with three such interpretations before meeting the theory on its own ground. First, it cannot be that a dispute is “judicial” *because* it is pressed by individual parties, concerns past acts, is argued in terms of existing legal order and evokes a demand for “justice.” Nor do contrary characteristics in the dispute indicate that it is “legislative.” Judges, according to the theory, “make law,” if only interstitially, and their decisions may therefore always affect future interests of groups. A doctrine of jurisdiction which rested on the ability of these groups to mobilize themselves and their willingness to “politicize” the issue would be doctrine at all: the same case might be “judicial” one day and “legislative” the next. No judge could be expected

to do the research necessary to make up his mind about the sociological and psychological questions implied in every jurisdictional question – even supposing that social science offers adequate frameworks for such research in the first place.

Second, it is quite obviously not the individual judge's frame of mind in hearing the dispute – his effort to find *the* right result or even his belief that he is applying the method – which defines a judicial question. The theory requires him to adopt this attitude in *all* cases he hears. His problem is to decide when a proposed line of argument would involve him in a departure from the method (reasoned elaboration) which *defines* the “right” result. If he makes a mistake, and accepts jurisdiction in a case not amenable to resolution through the method, or reaches a result the method does not justify, then he should be criticized, no matter what the frame of mind in which he erred.

Third, it cannot be that *because* a dispute is argued in whole or in part in terms of “social policy” it is therefore “legislative.” Nor can it be that because in order to reach a particular result the judge must make arguments from social policy, that result represents usurpation. The technique of reasoned elaboration – the only technique appropriate for judicial use – is itself nothing more than the technique of arguing from the “principles and policies” underlying the particular elements of the legal order. A judge who refused to work his way upward, from the rule to its reason, from that reason on toward the ultimate purpose of law, would be incapable of properly fulfilling his specifically judicial function. For Hart & Sacks, every legal question is a question of social policy.

We are left, then, with compatibility with the method of reasoned elaboration as the sole criterion of a “judicial” resolution of an uncertainty. When in a given case there is no resolution possible which is consistent with the method, then the subject matter is “non-justiciable;” when there is a single result consistent with the method, to reach a different result is, to use one of Hart & Sacks’ favorite phrases, “pure *fiat*” – a bald assertion of an usurped legislative power. Our problem is to evaluate the method in terms of certainty.

It seems best to exclude at the outset two meanings of certainty clearly not intended by Hart & Sacks. They do not mean to suggest that reasoned elaboration provides “answers” to uncertainties in the same manner that logico-deductive method provides answers in mathematics or symbolic logic. The complexity of the social reality with which the planner must deal, and the consequent imprecision in the process of formation of concepts and premises for argument, are fully apparent to them: they are enthusiastic participants in the “revolt against formalism” and “mechanical jurisprudence.” On the other hand, they are equally opposed to the notion that certainty can be reduced to a “high probability that courts will decide a particular question in a particular way.” Their method is to be applied self-consciously by judges and critics striving to find *the* right answer in the particular case. Its utility depends not on statistical regularity in results, but on the conviction of the planner and the participants that one can reach right answers sufficiently often to make it legitimate to use the method to police the borders of institutional domains. Hart & Sacks are above all leaders in a “revolt against Realism.”

They appeal, then, to our sense of the social possibilities of the use of Reason in human affairs: they suggest the delimitation of the sphere of judicial action in terms of our notions of how far we can get in the resolution of disputes through the working out of widely shared purposes based on the ultimate shared purposes of maximizing valid human satisfactions through law. Without challenging, for the moment, the larger view of American society implicit in this approach, one can

criticize Hart & Sacks' view of reasoned elaboration as over-sanguine in two respects.

First, let us suppose most favorably to the theory, that most disputes involve the reconciliation of conflicting purposes far more specific than "maximization of human satisfactions." Take the instance of an inheritance statute which directs the disposition of property in accordance with the desires of the deceased as expressed in a written will, but says nothing about the case of a murderer inheriting by will from his victim. Hart & Sacks argue that an asserted uncertainty in the meaning of the statute as to murderers can be resolved by appeal to the legal principle that "no man shall profit by his own wrong." This principle outweighs in this case the countervailing utilitarian principle that "every alienation imports advantage" because we cannot presume that the testator was aware of the murderer's intentions at the time he wrote the will. Resort to the purposes of the law as embodied in its unifying principles thus assertedly resolves the uncertainty at a level of abstraction far short of the ultimate purpose of maximization.

There is something fishy here. The utilitarian purpose lying behind the principle that "no man shall profit by his own wrong" is that "the law should not increase the frequency of socially undesirable actions by rewarding them." Yet we have no more than the most imprecise and intuitive evidence that failure to amend the inheritance statute by judicial decision would have an effect on any kind on the number of murders of testators by heirs. A sketchy knowledge of modern criminology suggests the opposite: the motive of gain seems virtually never present in theories of intra-family crime. In this light, we may wish to reassess the force of the principle that "every alienation imports exchange" as applied in this case. After all, the *only* hard evidence we have as to the testator's intent is the will. Do we endanger the general policy of testamentary freedom by importing an exception on so little evidence?

The answer to the problem posed by this case is probably that testamentary freedom is sacrificed not to higher shared purposes but to a higher shared morality. Deterrence aside, it shocks the conscience to reward the murderer. The trouble is that this has little or nothing to do with the method of reasoned elaboration. First, to assimilate "moral action" to "action designed to maximize satisfactions" will appear to all but proponents of utilitarian ethics a gross distortion of one or both concepts. Second, even if we accept the assimilation, the question of how much "morality" can legitimately be imported into "law" is an extremely difficult one, probably resolvable only at the level of ideologies. If we invite the judge to reach a position on the issue as a step in resolving the uncertainty over the inheritance statute, we will hardly be able to claim a great deal of certainty for the method of reasoned elaboration. If, the other hand, we instruct the judge that the question of the proper role of morality in particular statutory arrangements raises questions "not amenable to reason," he will be unable to resolve purposively a case which Hart & Sacks consider quintessentially "judicial."

The point of this first objection to the method can be summarized as follows: a large proportion of the principles and policies to which the method attributes purpose cannot, because of objective and subjective uncertainty about the consequences of decision in particular cases, be applied with any confidence if they are to be justified on utilitarian grounds. If these principles and policies are to be applied without strong evidence as to effects in particular cases, then the judge's reconciliation of conflicts among them can be justified only in terms of more abstract uncertainties. As to these, we must recognize that the method is either largely indeterminate or not appropriate at all.

The existence of uncertainty of this kind affords the critic or judge applying the theory a useful choice: in the case of virtually every legal uncertainty he will be able to argue that the application of a particular principle or policy is unjustified because “data” is inadequate; alternatively he can argue from the fact that the principle or policy is “deeply rooted” in the law that it is entitled to substantial respect as representing the wisdom of a great tradition of thinkers about the maximization of welfare.

The second, and more basic objection to the method is implicit in the description of the first. It should be apparent that the resolution of uncertainties by the interstitial harmonization of the particular area with larger principles and policies of the law can be successful (or meaningful) only to the extent that the larger principles and policies are consistent among themselves. For example, in the case of the inheritance statute it is possible to interpret the principle “a man should have the power to dispose of his property as he sees fit” as derived from the principle “every alienation imports advantage.” This principle is consistent with the principle “the law should not increase the frequency of socially undesirable actions by rewarding them,” because both are derived from a common (utilitarian and individualistic) view of man’s psychological and social nature. When they conflict, we can “weigh” them against each other in the terms of their common utilitarian framework.

The case is far different when we deal with principles derived from different systems (ideologies, cognitive structures, philosophies, or whatever word is in fashion). “A man should pay damages when he has been at fault,” cannot be “weighed” against “Damages should be allocated among actors so as to maximize deterrence” unless we are willing to ascend simultaneously two distinct hierarchies of purpose to the ultimate conflict over the social function of law. The same is true of *“pacta sunt servanda”* matched against Holmes’ “the payment of damages is a tariff legitimating a breach of contract.” As for the criminal law, it is notorious that it is grounded in conceptions of man’s nature so radically incompatible that it is impossible for their expositors to hold meaningful conversation. Any comment as to “equal protection of the laws,” or the taking of life, liberty or property without “due process of law” would be superfluous. Two more examples will perhaps be enough to make the point. In antitrust law, there coexist two equally long and equally distinguished lines of cases, one based on the notion that the goal of maximization implies that the economy must be made to correspond as closely as possible to the model of perfect competition, the other on the notion that in an imperfectly competitive, regulated economy the law can achieve no more than atomization of economic power. In business law, the corporation can be conceived either as an association of private individuals or as an arm of the state. (An elaborate and far-reaching case of this kind can be developed from Pound’s brilliant 1917 article on the development of the antithetical concepts of contract and status during the nineteenth century.)

It may be that it is hopeless to argue over the extent of conflicts of this kind among the premises available for the method of reasoned elaboration. I should say that I think such conflicts pervasive, and that in areas where the law appears highly consistent the constant trend is to the development of new models – such as Professor Griffiths’ “family model” of criminal procedure – while there is no over-all trend to “rationalize” the areas where incompatible models coexist. It is clear, however, that *some* such areas of conflict do exist, and that they tend at present to be centrally important so far as the place of the judiciary in the public consciousness

is concerned. The implications for the method of reasoned elaboration are thus interesting even if one denies that alternative “ideologies” are *always* available to support alternative resolutions of particular legal uncertainties.

First, it should be clear that the judge making a good faith effort to reach *the* correct decision through reasoned elaboration can perfectly consistently mount the two hierarchies of values implied in two different results until he reaches the choice between ideologies, and that he can then make the choice according to which system will, in his earnest opinion, serve to maximize valid human satisfactions. This choice once made, one or the other of the resolutions of the specific problem will in all probability appear quite distinctly “correct.” Yet if it is open to the judge to make such choices, it is difficult indeed to see how his specialized method of decision differs from that of the legislator: if the category of “choices amenable to resolution through Reason” has any meaning at all, it must exclude the choice of ideologies (cognitive structures, philosophies, world-views, systems). If, on the other hand, we deny the judge the right to choose at this level, require him to halt at some point in the hierarchies of purposes, the method of reasoned elaboration becomes meaningless: everything will depend on the choice of a set of premises within which to “harmonize” the law, but the judge is forbidden to justify that choice.

As with the other aspects of the theory, the indeterminacy of the method when applied to a legal system riddled with inconsistency has its advantages for the critic employing it as a tool in argument. He can assert with equal plausibility about almost any legal dispute, first, that a given result can be reached only by making an essentially “legislative” choice of ideology, and, second, that the result he favors is compelled, since it is the only one the judge can reach if he acts consistently, mounting the hierarchy of purposes within the critic’s system.

It remains to draw the consequences for the theory of institutional specialization. We have not tried to state with any precision the degree of uncertainty of the method as applied to even slightly difficult cases. The reader can form his own estimate on the basis of the degree of inconsistency and reliance on incompatible models he sees in the body of premises for legal reasoning. For the judge or critic who feels the degree of indeterminacy to be great (as I do), the consequences for the theory of specialization are also great: if he cannot, consistently with a strong conviction that he is reaching the correct result, distinguish those questions which are non-justiciable and those results which represent “pure fiat,” the injunction against usurpation becomes meaningless, even supposing that he is convinced by the (specious) argument that usurpation is in all cases undesirable.

As for the appropriateness of a distinction between legislative and judicial questions as a basis for a professional norm of specialization, one would expect the indeterminacy of the method to produce conflict among the body of critics, as indeed it has. In so much as there is consensus, it must be traced to something else than the “correctness” of the theory, *e.g.* a pre-existing ideological consensus among legal scholars or a structure of professional rewards (from law school through the granting of tenure) which functions, however inadvertently, to deaden independent thinking.

It can be convincingly argued that the theoretical schemas of Hart & Sacks have in fact added an invaluable aura of intellectual respectability to what is essentially a set of ideological biases: the position of the influential group of legal thinkers denominated “the modest” by Professor Shapiro seems to rest, however unstably, on the conceptual framework laid out in *The Legal Process*. Yet it is important to

recognize that Hart & Sacks themselves do not fall within a school. The materials are full of self-righteousness but in no sense predictable, full of elaborately structured arguments but also slippery. The ambiguities and inconsistencies of their theory of institutions are “fertile,” permitting the development of two internally consistent but mutually incompatible sub theories of the judicial role. Much of the force and apparent coherence of the positions taken in the materials derives from the use of one or the other but never both of these sub theories in each particular case.

THE PASSIVE MODEL

When Hart & Sacks are against a proposed judge made change in the law, they tend to make arguments based explicitly or implicitly on the following view of the legal system.

- (a) While many areas of legal action are consistently structured in terms of common views about how men should go about maximizing valid human satisfactions, the result urged in this case cannot be reached without an excursion into areas where there are no commonly accepted, consistent legal premises for reasoned elaboration. The existence of areas of consistency is simply asserted the inconsistency in the area in question is demonstrated more or less as was done above.
- (b) The available factual information is inadequate in the particular case to permit the intelligent weighing of conflicting policies. This inadequacy is related on the one hand to the inherently “legislative” nature of the question, and on the other to the institutional incompetence of courts as information gatherers.
- (c) There are alternative institutions designed specifically to be both competent and responsible in making decisions of the kind proposed, and it is asserted that if judges considered themselves free in every case to question the actual performance of those institutions in the particular disputed area, the result would be chaos and anarchy.
- (d) There is an alternative (which may be a holding of non-justiciability) to the proposed “legislative” resolution of the dispute an alternative consistent with the method of reasoned elaboration. The parties have a legitimate expectation that the alternative result will be reached this demand for “justice” is in conflict with the judge’s impulse to treat the case legislatively.
- (e) The conclusion is clear that the proposed change would be “pure *fiat*.”

THE ACTIVIST MODEL

When Hart & Sacks are in favor of a proposed judge-made change in the law, they tend to make arguments based explicitly or implicitly on the following view of the legal system.

- (a) While there are some areas of legal action so riddled with inconsistency and so devoid of consensus that they are inappropriate for action by courts, the result urged in this case can be reached along a path no more difficult than that normal in the law. True, there are inconsistencies, alternative models and passionate disputes, but many of these are the produce of error or misunderstanding and can be illuminated by the application of Reason. For the rest, no claim has been made that the technique of reasoned elaboration can be applied like a mathematical formula

to reach results indisputable by all but fools. The judge's elemental responsibility is to judge.

(b) The factual data on the impact of a given policy in this particular case may be weak, yet the principles and policies urged upon the court represent the accumulated wisdom of centuries during which the common law has been working itself pure. This wisdom is more enduring and more useful than any number of research projects based on a still nascent scientific theory of society.

(c) Alternative institutions may be of some help should the judge refuse to resolve this uncertainty, yet it must be kept in mind that courts are the front-line dispute resolvers in any society. Legislatures are not and could not be designed to do justice in particular cases, and here it is evident that they are likely either not to act at all or to perform their function with peculiar incompetence and/or irresponsibility.

(d) Both parties to a lawsuit expect to win or there would be no lawsuit. To speak of a "justice between the parties" which is not related to the larger "social justice" which consists in maximizing valid human satisfactions is meaningless. Where a party relies on a doctrine which sacrifices the common good to his particular good, his reliance is "unjustified." This is especially true since a more spacious view of the role of law would place greatest emphasis not on the division of a static pie among irreconcilably hostile parties but on devising flexible rules which favor a dynamically expanding pie.

(e) The conclusion is clear that to decide against the proposed change would be "denial of justice".

These two styles of argument are, at this point in history, only too familiar on the American legal scene. The point is not that one is "better" than the other, or even that Hart & Sacks misapply them (although I often disagree with their particular results). It is that they are equally consistent with the method of reasoned elaboration and the theory of institutional specialization. It all depends on whether you admire the "fine spun texture" of the law or rather enjoy its "fertile disorder," on whether the functioning of legislatures, administrative agencies and private orderers (especially large corporations) gives you a feeling of security or fills you with fear and outrage. Most people seem to feel consistently one way or another about these things: they become activists or pacifists, and work of Hart & Sacks should buoy them equally. But what of Hart & Sacks themselves? If it is not their "system" which turns them first one way and then another, what is it? Two answers are possible, one hopeful, the other not.

It is possible that they are simply "pragmatists," ambivalent about the workings of the society and the coherence of the law, responding idiosyncratically according to the emotions evoked by the particular case, but altogether unwilling to accept the cosmic *angst* an admission of freedom would entail. And then it is possible that the logical inconsistency, the naivete, the incoherence of their theory of the legal process is irrelevant: what matters is the *cases*, for if we analyze them with sufficient skill we will discover the cognitive keying system which turns these consummate judges first to the activist, ten to the pacifist model. In short, behind all the indeterminate talk of Reason we will find the "real" theory which is the legal mentality.

Duncan Kennedy

Duncan Kennedy est *Carter Professor of General Jurisprudence* à l'école de droit de Harvard (*Emeritus*). Ayant directement participé à fonder le courant des *Critical Legal Studies*, le professeur Kennedy a œuvré à proposer une analyse critique du droit privé et de la pensée juridique américaine. Auteur prolifique, il a notamment publié *Sexy Dressing Etc. Essays on the Power and Politics of Cultural Identity* (1995), *A Critique of Adjudication. Fin de siècle* (1998) et *The Rise and Fall of Classical Legal Thought* (2006). Duncan Kennedy est *fellow* de l'Institut Michel Villey. Il a été en 2018 le titulaire de la Chaire Michel Villey (*Paris Jurisprudence lectures*).

Mathilde Laporte

L'eunomie chez Lon L. Fuller

Pour introduire l'ouvrage qu'il envisage d'écrire dans les années 1950, consacré aux *Problèmes de théorie du droit* (*Problems of Jurisprudence*)¹, le professeur de droit des contrats et de théorie du droit de Harvard, Lon Luvois Fuller (1902-1978) fait état de son ambition : celle d'étudier non pas l'ordre qui pourrait être celui d'un « camp de concentration », mais un ordre de la conduite humaine qui soit « juste, équitable, réalisable, effectif et respectueux de la dignité humaine »². Si Fuller n'a jamais parachevé cette œuvre majeure, ce projet a irrigué tous ses écrits, faisant de l'eunomie (*economics*) le point d'orgue de sa contribution à la pensée juridique américaine. Sous sa plume, l'eunomie devient « la science, la théorie ou l'étude du bon ordre et des agencements sociaux réalisables »³. Il s'agit de placer au centre de l'analyse du droit les processus de mise en ordre de la société (*ordering processes*), afin de penser un droit capable de répondre aux besoins sociaux et respectueux, dans ses formes et ses procédures, de la dignité et du droit à l'autodétermination de chaque citoyen. Chacun devrait dès lors être appelé à concourir à la production des décisions qui affectent ses intérêts. Ce projet novateur, en raison de cette focalisation singulière sur les processus d'ordonnancement social, fait de Fuller l'une des grandes figures de la théorie du droit aux États-Unis. À l'occasion d'une rétrospective qui lui est consacrée, Robert Summers – pourtant grand critique de la moralité interne du droit – fait par exemple de lui l'un des quatre plus grands théoriciens du droit américain du XX^e siècle, aux côtés de Oliver Wendell Holmes, Karl Llewellyn et Roscoe Pound⁴.

¹ Seule une édition temporaire a été publiée par les Foundation Press en 1949, voir L.L. FULLER, *The Problems of Jurisprudence*, Foundation Press, 1949.

² L.L. FULLER, « Means and Ends », in L.L. FULLER, *The Principles of Social Order. Selected Essays of Lon L. Fuller*, ed. K.I. Winston, Duke Press Paperbacks, 1981, p. 47-64, p. 47 : « Ambitious as the title of this book is, it would be still more ambitious if it were truly to represent what is here attempted. For, of course, we are not interested merely in order – the order, say, of a concentration camp – but in an order that is just, fair, workable, effective and respectful of human dignity ».

³ L.L. FULLER, « American Legal Philosophy at Mid-Century – A Review of Edwin W. Patterson's *Jurisprudence, Men and Ideas of the Law* », *Journal of Legal Education*, vol. 6, n^o 4, 1953, p. 457-485, p. 477 : « the science, theory or study of good order and workable arrangements ».

⁴ R.S. SUMMERS, *Lon L. Fuller, Jurists : Profiles in Legal Theory*, Edward Arnold, 1984, p. 1.

Né au Texas en 1902⁵, Lon Luvois Fuller passe la majeure partie de son enfance et de son adolescence en Californie, où il poursuit des études d'économie à Berkeley puis à Stanford. Il y obtient son doctorat en théorie du droit en 1926, avant de rejoindre l'école de droit de l'Université de l'Oregon où il enseigne le droit de la propriété, l'Université de l'Illinois puis à la *Duke University*, au sein de laquelle il renoue avec la théorie du droit, en consacrant aux fictions juridiques des articles qui lui vaudront des félicitations épistolaires des juges à la Cour suprême Louis Brandeis et Oliver Wendell Holmes. À la suite d'un séjour de recherche en Europe où il rencontre Hans Kelsen⁶, Fuller rejoint l'école de droit de Harvard dès 1939. En 1940, il publie un ouvrage de théorie du droit, *The Law in Quest of Itself*, qui prend la forme d'une critique de la distinction entre l'être et le devoir être. Il songe pourtant, un temps, à renoncer à la théorie du droit au profit d'enseignements exclusifs en droit privé, le droit des contrats étant toujours à Harvard l'une des matières phares de l'acquisition du raisonnement juridique depuis la contribution majeure de Christopher C. Langdell dans les années 1870⁷. Samuel Williston y est professeur et fait perdurer le raisonnement formaliste face à l'épanouissement du réalisme juridique à l'Université de Yale. Pourtant, la curiosité intellectuelle de Fuller dépasse largement l'étude des cas et le raisonnement des cours d'appel, décryptés pour ce qu'ils révèleraient de la pertinence de la déduction. En premier lieu, Fuller est avocat et intervient occasionnellement en tant qu'arbitre en droit du travail, en parallèle de sa carrière universitaire. En second lieu, comme héritier du décloisonnement disciplinaire encouragé par les réalistes américains, Fuller navigue entre le droit, la science politique, l'histoire, la sociologie, l'économie et l'anthropologie. Il témoigne d'une sensibilité particulière à la sociologie, le droit ne se comprenant pas dans les livres mais par l'examen de la vie sociale et des interactions humaines. Cette curiosité intellectuelle a certainement participé au foisonnement de ses parutions et à un certain manque de systématisation de ses intuitions sur l'economie, la relation entre le droit, la société et l'État, ainsi que sur le lien entre le droit et la morale.

En 1948, Fuller remplace Roscoe Pound en qualité de *Carter Professor of General Jurisprudence* à l'école de droit de Harvard. Il publie en 1964 *The Morality of Law*⁸,

⁵ Ces éléments biographiques sont tirés de plusieurs sources, voir R.S. SUMMERS, *Lon L. Fuller*, *op. cit.*, p. 3-15 ; J. VAN MEERBEECK, « Lon Fuller, le jusnaturalisme procédural », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 80, no 1, 2018, p. 147-150.

⁶ Fuller l'aidera par la suite à trouver un poste aux États-Unis. Sur ce point, voir J. VAN MEERBEECK, « Lon Fuller, le jusnaturalisme procédural », *loc. cit.*, p. 147 ; F. SCHAUER, « Fuller and Kelsen – Fuller on Kelsen », *Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie, Beiheft 163* (2020), p. 309-318. La pensée de Kelsen apparaissait abstraite, voire stérile, pour un grand nombre de réalistes américains, ce qui explique entre autres la marginalité de la pensée de Kelsen aux États-Unis, voir J. TELMAN, « A Path Not Taken: Hans Kelsen's Pure Theory of Law in the Land of Legal Realists », in *Hans Kelsen anderswo/Hans Kelsen Abroad. Der Einfluss der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern, Teil III*, ed. R. Walter, C. Jabloner, K. Zeleny, Manz, 1994, p. 353-376.

⁷ En ce sens, voir C.C. LANGDELL, *A Selection of Cases on the Law of Contracts*, Little Brown & Compagny, 2nd ed., 1879 ; C.C. LANGDELL, *A Summary of the Law of Contracts*, 2nd ed., Little Brown, 1880.

⁸ L.L. FULLER, *The Morality of Law*, Yale University Press, 1964. La deuxième édition est complétée en réponse à H.L.A. Hart et date de 1969. Pour une traduction de *The Morality of Law*, voir L.L. FULLER, *La moralité du droit*, trad. J. Van Meerbeeck, Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, Droit, 2017.

qui est une réponse critique au positivisme de Herbert L. A. Hart, que celui-ci avait exposé à Harvard en tant que professeur invité en 1957⁹. Le débat sur la connexion nécessaire entre le droit et la morale, ou leur disjonction selon la thèse positiviste de leur séparabilité (*separability thesis*), a connu un retentissement majeur en théorie du droit¹⁰. Les écrits de Fuller sur la moralité interne du droit dans le cadre de son débat historique avec Hart et Dworkin ont ainsi bien souvent servi de base pour évaluer la postérité de la pensée de Fuller. Pourtant, cette dernière ne se limite pas à une tentative désespérée de rappeler la nature morale du droit face à un camp positiviste qui aurait triomphé. Les études consacrées à la postérité de sa pensée insistent toutes sur la finesse de la proposition de Fuller, lorsque la moralité interne du droit est rapprochée de son projet général sur l'economie¹¹. Il aurait cherché à justifier la centralité des moyens d'action et des processus de décision dans l'ordre juridique, parce qu'ils contribuent à déterminer les fins de l'action collective et qu'ils contiennent, en eux-mêmes, une certaine moralité¹². C'est la raison pour laquelle l'economie peut être présentée comme le produit d'un héritage nuancé du réalisme et de la *sociological jurisprudence*, dans la mesure où elle se présente d'abord comme une réflexion sur les moyens d'ordonnancement social. Le droit est compris dans une perspective finaliste, qui tend à délaisser l'étude de la rationalité propre du droit privé et de sa structure scientifique, au profit d'une analyse de la manière dont le droit peut être employé pour répondre aux attentes sociales (I). Pour autant, le projet de Fuller se présente aussi comme une critique du réalisme qui aurait dissocié, à tort, le droit de la moralité dans une dynamique positiviste. Fuller a ainsi pour ambition de rappeler que les moyens d'ordonnancement social sont définis par une moralité procédurale. Ils doivent donc être employés dans l'optique de favoriser l'autodétermination de chacun et de rendre hommage à la dignité du citoyen, qui participe à la production normative (II).

I. UNE RÉFLEXION SUR LES MOYENS D'ORDONNANCEMENT SOCIAL

La contribution de Fuller à l'economie reflète son souci d'étudier des instruments de gouvernance de la vie des hommes dans leur contexte social : ceux-ci ne doivent pas être abstrairement conçus par le pouvoir public (A). La méfiance que Fuller témoigne à l'égard d'une certaine manière de gouverner, centralisatrice et soucieuse

⁹ Ces échanges se sont ainsi déroulés : H.L.A. HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals », *Harvard Law Review*, vol. 71, n° 4, 1958, p. 593-629 ; L.L. FULLER, « Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart », *Harvard Law Review*, vol. 71, n° 4, 1958, p. 630-672 ; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1^e éd., 1961 ; L.L. FULLER, *The Morality of Law*, 1^e éd., *op. cit.* ; H.L.A. HART, « Review Work(s): The Morality of Law by Lon L. Fuller », *Harvard Law Review*, vol. 78, n° 6, 1965, p. 1281-1296 ; L.L. FULLER, *The Morality of Law*, 2^e éd., *op. cit.*

¹⁰ Pour l'actualité de ce débat, voir notamment *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, ed. P. Crane, Hart Publishing, 2010.

¹¹ Dans ce sens, voir K. RUNDLE, *Forms Liberate: Reclaiming the Jurisprudence of Lon Fuller*, Hart Publishing, 2013 ; K.I. WINSTON, « Introduction », in L.L. FULLER, *The Principles of Social Order*, ed. K.I. Winston, Duke Press Paperback, 1982, p. 11-44.

¹² L.L. FULLER, « Freedom: A Suggested Analysis », *Harvard Law Review*, vol. 68, n° 8, 1955, p. 1309 et s. ; L.L. FULLER, « American Legal Philosophy at Mid-Century... », *loc. cit.*, p. 477-478 : « [...] the primary concern of eonomics is with the means aspect of the means-end relation, and its contribution to the clarification of ends will lie in its analysis of the available means for achieving particular ends ».

de régir les moindres détails de la vie sociale, trouve un écho particulier dans le projet de ce dernier de comprendre la pluralité des moyens d'ordonnancement social, en dehors de la seule intervention de l'État (B).

A. Des moyens disponibles au regard du contexte social

L'economie prend, avant toute chose, la forme d'une réflexion sur les moyens de mise en ordre de la société, qui sont destinés à réaliser des fins politiques, économiques ou sociales – que Fuller décrit comme des finalités substantielles. Il s'agit de perfectionner les instruments d'un bon ordre social, en délaissant la recherche *a priori* des fins qui devraient être poursuivies (1) et en privilégiant l'examen des moyens d'action disponibles (2).

1. L'étude des moyens précède celles des fins

Le projet *economics* va ainsi à l'encontre de l'idée répandue selon laquelle la détermination des finalités poursuivies précède celle des moyens. La thèse de Fuller se comprend principalement à la lumière de son constat, selon lequel les fins et les moyens ne peuvent pas être strictement dissociés. En premier lieu, Fuller rejette cette dichotomie telle qu'elle est présentée par Isaiah Berlin dans son étude du concept de liberté¹³. Il n'est pas question de reconnaître que les fins seraient politiques et tournées vers des valeurs ne pouvant pas faire l'objet d'un accord rationnel, alors que les moyens seraient de nature technique et instrumentale¹⁴. Fuller affirme dès lors que les moyens poursuivraient, eux aussi – nous y reviendrons –, des objectifs moraux à part entière. En second lieu, Fuller estime que les fins et les moyens s'influencent réciproquement¹⁵, de sorte qu'il est inadapté de chercher à commencer par définir les fins de manière abstraite et réfléchir, dans un second temps, à la manière dont les processus et techniques de décision peuvent être employés pour réaliser ces objectifs premiers¹⁶. Fuller préconise donc d'envisager les moyens sociaux disponibles avant de déterminer la fin à poursuivre, afin de ne pas ambitionner d'atteindre des fins irréalisables. L'étude de ce qui est possible précède l'étude de ce qui est désirable¹⁷. Fuller est mesuré : les acteurs ont une certaine image des

¹³ I. BERLIN, « Two Concepts of Freedom », in I. BERLIN, *Liberty: Incorporating Four Essays on Liberty*, ed. H. Hardy, Oxford University Press, 1969, p. 166-217, p. 166 : « Where ends are agreed, the only questions left are those of means, and these are not political but technical, that is to say, capable of being settled by experts or machines like arguments between engineers and doctors ».

¹⁴ L.L. FULLER, « Means and Ends », *loc. cit.*, p. 53. Dans ce sens, voir également P. WESTERMAN, « Means and Ends », in *Rediscovering Fuller. Essays on Implicit Law and Institutional Design*, ed. W.J. Witteveen and W. van der Brug, Amsterdam University Press, 1999, p. 145 ; H. PALMER OLSEN and S. TODDINGTON, *Architecture of Justice. Legal Theory and the Idea of Institutional Design*, Ashgate, 2007, p. 74-75.

¹⁵ L.L. FULLER, « Means and Ends », *loc. cit.*, p. 54 : Fuller évoque ainsi des « cercles d'interaction » (« circles of interaction ») pour comprendre l'influence réciproque des fins et des moyens.

¹⁶ *Ibid.*, p. 48.

¹⁷ H. PALMER OLSEN and S. TODDINGTON, *Architecture of Justice...*, *op. cit.*, p. 75. Fuller rejoint ici Bentham pour qui le choix des finalités à poursuivre dépendra des moyens disponibles, de sorte que l'étude des moyens précède celle des fins. Sur ce point, voir D. BARANGER, *Penser la loi. Essai sur le législateur des temps modernes*, Gallimard, 2018, p. 226 ; C. BARZUN, « The Forgotten Foundations of Hart and Sacks », *Virginia Law Review*, vol. 99, n° 1, 2013, p. 39.

fins qu'ils souhaitent atteindre mais celle-ci doit demeurer, dans un premier temps, floue. Elle est précisée à mesure que les moyens d'action sont évalués et mis en œuvre.

Cet argument a une coloration particulière en droit constitutionnel. D'une part, Fuller conçoit que la plupart des grands buts énoncés dans les démocraties libérales, comme la liberté ou l'égalité, sont indéterminés. Par conséquent, les acteurs ont une conception plus fine de ce que peuvent requérir ces exigences seulement lorsqu'ils cherchent à les définir et à les administrer concrètement, à l'aide des processus décisionnels disponibles¹⁸. En ce sens, les fins sont influencées par les moyens. D'autre part, ce refus de postuler les fins à poursuivre *a priori* se comprend par le projet démocratique sous-jacent aux écrits de Fuller. Les processus doivent pouvoir contribuer à la définition des fins : ils n'ont pas qu'une dimension technique, dans la mesure où c'est au travers d'eux que les individus déterminent démocratiquement les fins de l'action politique. Il conclut ainsi, à l'inverse de John Stuart Mill, que « la fin sociale prend "le caractère et la couleur" des moyens par lesquels elle est réalisée »¹⁹. Dès lors, la recherche du juriste doit toujours débuter par l'analyse contextuelle des moyens d'action disponibles.

2. *L'analyse contextuelle des moyens disponibles*

L'étude des moyens disponibles, de laquelle dépend la détermination des finalités de l'action politique, démontre que Fuller est sensible à l'environnement social dans lequel le droit se projette. Les outils d'organisation des rapports sociaux ne sont pas élaborés abstrairement : l'autorité publique doit prêter attention aux « lois naturelles de l'ordonnancement social »²⁰, qui ne sont pas dépendantes d'une construction politique volontariste. Le juriste devrait se fondre dans son environnement et amasser l'expérience accumulée sur le long terme, de manière à mettre en place des processus de décision qui soient respectueux de la société dans laquelle ils s'inscrivent, de son histoire et de sa culture, de façon à répondre aux aspirations des citoyens. Fuller poursuit ainsi la tradition de *common law* qui fait l'apologie d'un enracinement progressif des institutions dans la coutume et la culture nationales²¹.

Tout d'abord, la façon de mettre en ordre la société ne se prête pas à une création *ex nihilo* des processus décisionnels. Fuller partage cette conclusion à l'occasion d'une critique de la « doctrine de la plasticité infinie des agencements sociaux »²².

¹⁸ L.L. FULLER, « Means and Ends », *loc. cit.*, p. 62.

¹⁹ *Ibid.*, p. 55 : « social end takes its "character and color" from the means by which it is realized ». Au contraire, voir J.S. MILL, *L'utilitarisme*, trad. G. Tanesse, Flammarion, 1988, p. 38-39 : « Toute action est accomplie en vue d'une fin et les règles de l'action – il semble naturel de l'admettre – reçoivent nécessairement tous leurs caractères, toute leur coloration, de la fin qu'elles servent. Quand nous nous engageons dans une recherche, une idée claire et précise de ce que nous recherchons semblerait devoir être la première chose dont nous ayons besoin et non la dernière à laquelle il nous faille aspirer ».

²⁰ L.L. FULLER, « American Legal Philosophy at Mid Century... », *loc. cit.*, p. 473 : « natural laws of social order ».

²¹ Sur ce point, voir É. BOUTMY, *Études de droit constitutionnel. France, Angleterre, États-Unis*, Plon, 1885, p. 217-233 ; L.L. FULLER, « Reason and Fiat in Case Law », *Harvard Law Review*, vol. 59, n° 3, 1946, p. 379-380.

²² L.L. FULLER, « American Legal Philosophy at Mid Century... », *loc. cit.*, p. 474 : « doctrine of the infinite pliability of social arrangements ».

D'une part, pour déterminer quelle forme d'ordonnancement social est la plus appropriée pour répondre à une question donnée, le juriste doit comparer les formes d'action rendues disponibles par l'état d'avancement de la société. Les modes de prise de décision sont progressivement sophistiqués, de sorte que le juriste arbitre entre des options institutionnelles existantes dans un contexte donné²³. Il ne doit pas surestimer sa capacité à réaliser des projets d'ampleur sans prendre en compte les moyens disponibles²⁴. D'autre part, les moyens d'action ne sont pas entièrement modulables, car ils sont soumis à certains impératifs. Par exemple, l'organisation d'élections doit demeurer simple pour que les individus puissent participer de manière significative à la désignation de leurs représentants²⁵.

Ensuite, Fuller renoue avec le souhait de voir émerger le droit de la pratique sociale. Gerald Postema rappelle bien que Fuller valorise avant tout la méthode *bottom-up* : la pratique sociale et la coutume constituent le « fondement informel et implicite des institutions formelles et explicites », « des constitutions et des processus de l'ordre juridique »²⁶. Pour Fuller, les acteurs publics doivent toujours prêter une attention particulière au milieu social qu'ils contribuent à façonner par les règles qu'ils édictent. C'est la raison pour laquelle il témoigne de sa préférence pour le processus judiciaire face à la loi, car celui-ci ne se présente pas comme une réforme de la société. Il ferait partie, « de manière imperceptible », « des croyances communes des hommes ». Le juge se limiterait à exercer un « contrôle sans friction sur les activités » humaines²⁷. La juridiction aurait en ce sens la capacité de refléter les complexités de la vie sans « les dissimuler dans la géométrie spacieuse d'un code »²⁸. La proposition de Fuller est très proche de celle d'un *common lawyer*, qui souscrit à la raison artificielle du juge dont l'expérience, la sagesse et la prudence lui offrent la possibilité d'adopter des règles de droit qui ne heurtent pas la longue

²³ L.L. FULLER, « Irrigation and Tyranny », in L.L. FULLER, *The Principles of Social Order. Selected Essays of Lon L. Fuller*, ed. K.I. Winston, Duke Press Paperbacks, 1982, p. 194, 200.

²⁴ Cet argument est développé dans son article consacré au lien que fait Karl A. Wittfogel entre la mise en place de grands systèmes d'irrigation et le despotisme, voir *Ibid.*, p. 205 : pour Fuller le despotisme résulterait dans cette hypothèse de la volonté de réaliser une tâche d'une trop grande ampleur par rapport aux moyens d'ordonnancement social disponibles.

²⁵ L.L. FULLER, « Means and Ends », *loc. cit.*, p. 56-57.

²⁶ G.J. POSTEMA, « Implicit Law and Principles of Legality », ch. 4, in G.J. POSTEMA, *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 11, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*, Springer, 2011, p. 147 : « it constitutes the informal and implicit foundation of the formal and explicit institutions, constitutions, and processes of the legal order ».

²⁷ L.L. FULLER, *The Law in Quest of Itself*, Beacon Press, 1966, p. 133 : « Yet with all these deficiencies, the judicial process has one enormous advantage over legislation in that its decrees pass over readily what I have called the realm of autonomous order. The common law imperceptibly becomes a part of men's common beliefs, and exercises a frictionless control over their activities, which derives its sanction not from its source but from a conviction of its essential rightness ».

²⁸ L.L. FULLER, *Anatomy of the Law*, Penguin Books, 1968, p. 149 : « The common law has the virtue that it inevitably mirrors the variety of human experience ; it offers an honest reflection of the complexities and perplexities of the life itself, instead of concealing them in the specious geometry of a code. In reality, codified law commonly offers a simplified pattern remote from the actual affairs of men ».

tradition juridique²⁹. Selon une logique proche, le professeur de Harvard estime que l'État ne doit pas imposer verticalement et unilatéralement des règles aux sujets de droit ou régir dans le moindre détail leurs échanges³⁰. Lorsque l'accord privé est imprécis ou lacunaire, le juge doit rattacher les droits et devoirs des parties au contenu de leur accord et, à défaut, décider en poursuivant les objectifs déterminés par les parties elles-mêmes³¹. De la même manière, le juriste comme architecte des processus d'ordonnancement social ne doit pas violenter la société qu'il s'est donné pour ambition d'organiser. Il doit tenir compte des lois naturelles de l'ordonnancement social pour bâtir un cadre propice à la spontanéité et au dynamisme des interactions productrices de droit. Fuller admet ainsi partager avec les écoles de droit naturel l'ambition de « découvrir les principes d'ordre social qui permettront que les hommes atteignent une vie satisfaisante en commun »³².

Le droit naturel procédural de Fuller doit dès lors aussi se comprendre dans le cadre de cette sensibilité particulière à la *common law*, à la préservation des interactions sociales spontanées, des habitudes et de la tradition. Cet arrière-plan intellectuel explique que cet auteur n'adhère pas au droit naturel substantiel : le juriste ne se soumet pas à des préceptes moraux ou religieux, qui dicterait le contenu du droit positif. Celui-ci a ici conscience de la mauvaise réputation dont peut souffrir le droit naturel, ce dernier rappelant à chacun « l'odeur des chaudrons de sorcière » : sa seule mention « libérerait un torrent d'émotions et de peurs »³³. Fuller valorise cependant l'observation de l'environnement social avant d'intervenir, de prendre en compte la nature de l'homme et le champ des possibles. Le juriste agirait comme un « cuisinier qui chercherait à percer le secret d'une pâte à tarte friable » ou comme « un ingénieur qui essayerait d'échafauder un pont pour traverser le ravin »³⁴. Par ces comparaisons, Fuller invite le juriste à réfléchir aux moyens d'action plutôt qu'aux fins, en faisant de sa proposition une étude relative

²⁹ Pour le lien entre Fuller et la tradition de *common law*, voir K. BOUCHARD, *Aux origines conceptuelles du constitutionnalisme de common law contemporain : l'influence de la conception classique de la common law sur la théorie juridique de Wilfrid Waluchow*, Thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 2018, p. 29-30, 167 et s.

³⁰ Par exemple, Fuller estime que l'État ne devrait pas systématiquement chercher à exécuter les accords privés (*enforcement*), car si cette décision est en apparence protectrice de l'autonomie privée, elle bride l'individu qui ne peut pas changer d'avis. L'*enforcement* coûte dès lors à l'individu une partie de son autonomie. Dans ce sens, voir L.L. FULLER, « Consideration and Form », *Columbia Law Review*, vol. 41, n° 5, 1941, p. 813.

³¹ L.L. FULLER, « Human Interaction and the Law », *American Journal of Jurisprudence*, vol. 14, 1969, p. 14-15 ; L.L. FULLER, « The Philosophy of Administrative Law », article non publié daté du 18 février 1944, disponible à la *Harvard Law School Library, Historical and Special Collections Repository*, boîte 17-5, p. 20.

³² L.L. FULLER, « A Rejoinder to Professor Nagel », *Natural Law Forum*, vol. 3, 1958, p. 84 : « I discern, and share, one central aim common to all the schools of natural law, that of discovering those principles of social order which will enable men to attain a satisfactory life in common ».

³³ L.L. FULLER, « Reason and Fiat in Case Law », *loc. cit.*, p. 379 : « a deep odor of the witches' caldron, and the mere mention of it suffices to unloose a torrent of emotions and fears ».

³⁴ *Ibid.*, p. 379 : « The emotional attitude with which he approached his task would not be that of one doing obeisance before an altar, but more like that of a cook trying to find the secret of a flaky pie crust, or of an engineer trying to devise a means of bridging a ravine ».

au « droit naturel technologique »³⁵. Ce dernier induit une réflexion sur le pluralisme des processus d'ordonnancement social en dehors de l'État.

B. L'élargissement des processus d'ordonnancement social étudiés

Aux côtés de ses collègues processualistes Hart et Sacks de Harvard, Fuller cherche à affiner l'étude des processus décisionnels, de manière à aiguiller les différends et questions sociales vers le *forum* décisionnel le plus adapté³⁶. Chaque processus serait approprié pour résoudre certains types de problèmes : les acteurs collaboreraient de bonne foi, en respectant la décision de l'autorité jugée être la plus compétente selon les avantages et défauts de son processus décisionnel³⁷. Ce projet n'est pas finalisé chez les processualistes et contient des incertitudes nombreuses, quant à la classification précise des différends et leur gestion par les processus adaptés. Gary Peller, auteur affilié aux *critical legal studies*, a reconstruit rétrospectivement le projet processualiste en esquissant les grandes lignes de la répartition des questions sociales entre le législateur, les juges, les agences administratives et l'ordonnancement privé³⁸. Si les œuvres de Fuller sont sur ce point lacunaires, parce qu'il n'a pas détaillé ces processus dans l'ouvrage général qu'il envisageait de consacrer à l'economie, ses intuitions ont profondément marqué la doctrine américaine, du fait de son ambition de classifier les différents processus d'ordonnancement social (1), en dépassant la seule étude des règles sanctionnées par l'État (2).

1. La typologie des processus de décision

Fuller distingue d'abord deux formes basiques d'agencement des relations sociales, selon un critère finaliste. En premier lieu, lorsque les individus poursuivent des buts distincts, leur relation peut être gouvernée par un principe de réciprocité (*organization by reciprocity*) dont le contrat est l'illustration la plus saillante. En second lieu, quand les individus poursuivent un objectif commun et qu'ils souhaitent la même chose, leurs relations relèvent d'une organisation par buts communs (*organization by common aims*), à l'instar des processus électoraux³⁹. Fuller propose ensuite plusieurs typologies des moyens d'ordonnancement social disponibles. Cette présentation n'a pas de prétention à l'exhaustivité, Fuller la présentant simplement comme une aide à la réflexion. Selon ses écrits, cette typologie varie. Dans son article consacré à la médiation, il propose une classification de six processus de

³⁵ L.L. FULLER « Means and Ends », *loc. cit.*, p. 49 : « technological natural law ».

³⁶ Pour Hart et Sacks, voir H.M. HART Jr. and A. SACKS, *The Legal Process: Basis Problems in the Making and Application of Law*, ed. W. Eskridge et P. Frickey, The Foundation Press, 1994, p. 158. Pour Fuller, voir L.L. FULLER, « Mediation: Its Forms and Functions », in L.L. FULLER, *The Principles of Social Order. Selected Essays of Lon L. Fuller*, ed. K.I. Winston, Duke Press Paperbacks, 1982, p. 128.

³⁷ Pour le détail, voir G. PELLER, « Neutral Principles in the 1950s », *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 21, n° 4, 1987-1988, p. 594-598.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ L.L. FULLER, « Governmental Secrecy and the Forms of Social Order », consulté à la *Harvard Law School Library, Historical and Special Collections Repository*, boîte 11-7, 1959, p. 1 ; L.L. FULLER, « Forms and Limits of Adjudication », *Harvard Law Review*, vol. 92, n° 2, 1978, p. 358 et s.

mise en ordre des rapports sociaux : (i) la législation, (ii) l'*adjudication*, (iii) la gestion administrative, (iv) le contrat, (v) la coutume, (vi) la médiation⁴⁰. Dans son article consacré au contrat comme processus de mise en ordre de la société, Fuller en distingue cette fois-ci neuf : (i) la coordination des attentes et des actions qui naît, de manière tacite, des interactions (comme le droit coutumier), (ii) le contrat, (iii) la propriété, (iv) le droit déclaré par les autorités publiques, (v) l'*adjudication*, (vi) la direction managériale, (vii) le vote, (viii) la médiation, (ix) le recours délibéré au hasard⁴¹.

Fuller cherche ensuite à dessiner les contours de chaque processus décisionnel. Par exemple, il examine la médiation en prenant appui sur le modèle d'une négociation entre l'employeur et le salarié. À partir de ce cas concret, il fait ressortir les caractéristiques du processus de médiation en vue de déterminer quels problèmes sociaux pourraient être résolus par ce biais⁴². Il identifie six caractéristiques de la médiation : (i) elle concerne deux parties au différend, (ii) qui sont dans une situation de grande dépendance réciproque les incitant à trouver un accord. Celui-ci (iii) reprend les codes de la négociation économique et (iv) précise le cadre juridique de leurs relations futures, (v) à la suite d'une discussion entre les agents des parties. Dans l'hypothèse d'une médiation conduite dans le cadre des relations professionnelles, (vi) l'employeur a une double qualité, étant à la fois à la tête de l'entreprise et dans une situation d'égalité au moment de la négociation avec le syndicat. Ces précisions conduisent Fuller à écarter les problèmes qui ne sont pas adaptés à la médiation, comme celui opposant plusieurs individus qui ne sont pas profondément impliqués dans la relation : ce manque d'investissement risque de les pousser à délaisser la recherche d'une refonte des règles de leur relation future⁴³. Au contraire, les différends conjugaux se prêtent mieux à la médiation qu'à l'application de règles formelles. Celle-ci permet aux époux d'avancer mutuellement pour construire leur relation et prendre appui sur leurs accords implicites⁴⁴. Selon une logique semblable, Fuller trace le périmètre du champ approprié des échanges contractuels. Ces derniers sont gouvernés par le principe de réciprocité et sont surtout adaptés pour les relations économiques marchandes, qui mettent en mouvement une « cohabitation d'étrangers amicaux, entre lesquels les attentes interactionnelles demeurent largement ouvertes et non structurées »⁴⁵. Le contrat n'est ainsi pas un processus d'ordonnancement adapté pour régir les relations familiales qui relèvent du domaine de l'intime. Les membres de la famille peuvent en effet avoir tendance à être influencés par la dimension affective des relations familiales, les discorde et les rancœurs pouvant nuire à la clarté et à la fluidité de leurs échanges.

⁴⁰ L.L. FULLER, « Mediation... », *loc. cit.*, p. 1 55-156.

⁴¹ L.L. FULLER, « The Role of Contract in the Ordering Processes of Society Generally », in L.L. FULLER, *The Principles of Social Order. Selected Essays of Lon L. Fuller*, ed. K.I. Winston, Duke Press Paperback, 1982, p. 170-171.

⁴² L.L. FULLER, « Mediation... », *loc. cit.*, p. 132 et s.

⁴³ *Ibid.*, p. 164-165.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 165-167.

⁴⁵ L.L. FULLER, « Human Interaction and the Law », *loc. cit.*, p. 29 : « the habitat of friendly strangers, between whom interactional expectancies remain largely open and unpatterned ».

Cette démarche, consistant à définir les caractéristiques de chaque processus de décision pour aiguiller le problème soulevé vers le processus adapté, n'est pas inédite dans les années 1950. Elle s'inscrit dans le sillage de la proposition des réalistes Morris Cohen⁴⁶ et Karl Llewellyn. Dans son article fondamental « What Price Contract » (1930), ce dernier compare différentes solutions institutionnelles pour répondre à l'enjeu de protection du co-contractant en situation de faiblesse dans l'échange économique. Le professeur de Columbia compare de manière novatrice la législation, le processus juridictionnel et la compétition entre personnes privées⁴⁷, en rappelant quels semblent être les atouts et inconvénients de chaque option. Les juges peuvent interpréter les accords au cas par cas pour décider lesquels peuvent être exécutés parce qu'ils ne sont pas déraisonnables ou contraires à l'intérêt général. Néanmoins, cette solution casuistique menace la prévisibilité du droit. La législation serait donc *a priori* plus efficace pour réglementer le contenu des contrats. Pour autant, Llewellyn est le contemporain de l'ère *Lochner*⁴⁸, pendant laquelle les juridictions avaient tendance à exercer un contrôle pointilleux sur les législations protectrices des travailleurs au nom de la garantie de la liberté contractuelle. Par conséquent, il souligne le fait que la législation présente le risque d'être censurée pour inconstitutionnalité. Il poursuit en excluant la pertinence de l'ordonnancement privé qui, s'il n'est pas régulé par une politique protectrice des travailleurs, avantagera systématiquement le co-contractant fort. Dans ce cadre, Fuller a approfondi les intuitions des réalistes mais a aussi remis en cause leur projet, à l'occasion d'une critique du positivisme juridique⁴⁹.

2. La critique de la focalisation des réalistes sur l'omniprésence de l'État

L'argument de Fuller gravite autour de l'insistance des positivistes, qu'il juge inopportun, sur la sanction du souverain pour identifier le droit. L'analyse du droit devrait, selon lui, dépasser la seule étude des règles adoptées par le souverain, auxquelles chacun obéit par habitude et par crainte de la sanction⁵⁰. Cette critique est

⁴⁶ M. COHEN, « The Basis of Contract », *Harvard Law Review*, vol. 46, n° 4, 1933, p. 585-589 : Cohen entreprend de clarifier ce qui distingue le droit des contrats. Son particularisme ne se limite pas à son ambition « d'autoriser les gens à faire des choses », dans la mesure où l'absence d'interdiction pénale aurait un effet identique. Le droit des contrats a pour particularité de standardiser les comportements, pour répondre au risque de complexification des échanges entre individus dans la société industrielle. Fuller a explicitement reconnu l'influence forte qu'ont exercé les écrits de Morris Cohen sur le projet *economics*, voir K.I. WINSTON, « Reviewed Work(s): Lon L. Fuller by Robert S. Summers », *Ethics*, vol. 95, n° 3, 1985, p. 754-755.

⁴⁷ K. LLEWELLYN, « What Price Contract: An Essay in Perspective », *Yale Law Journal*, vol. 40, n° 5, 1930, p. 732 et s.

⁴⁸ Cette ère jurisprudentielle tire son nom de l'arrêt de la Cour suprême *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). Elle commence avec la décision *Allgeyer v. Louisiana* (165 U.S. 578 (1897)) et se conclut avec l'arrêt *West Coast Hotel Co. v. Parrish* (300 U.S. 379 (1937)).

⁴⁹ Dans ce sens, voir C.L. PALMS, « The Natural Law Philosophy of Lon L. Fuller », *The Catholic Lawyer*, vol. 11, n° 2, 1965, p. 97-98.

⁵⁰ F. SCHAUER, « Was Austin Right After All ? On the Role of Sanctions in a Theory of Law », *Ratio Juris*, vol. 23, n° 1, 2010, p. 3-4.

plus précise dans le contexte états-unien. En premier lieu, Fuller devient progressivement sceptique face au *New Deal* et à la croissance de l'intervention étatique⁵¹. En deuxième lieu, il exprime son inquiétude face au réalisme juridique, dont les partisans auraient décrit un État hypertrophié, en le présentant comme une figure omniprésente dans l'ordre social. En miroir, Fuller estime qu'il conviendrait de renoncer à considérer que tous les processus d'ordonnancement social sont effectifs parce qu'ils sont sanctionnés par l'État⁵². Les réalistes auraient eu tort de présenter la législation, le processus juridictionnel et la gestion administrative comme des « exercices unidirectionnels du pouvoir de l'État » ; et d'estimer que la force juridique du contrat et de la coutume dépendait elle aussi de leur reconnaissance par les juges (au travers de l'exécution du contrat ou de la reprise d'une règle coutumièrre par la juridiction)⁵³.

Deux remarques se dégagent de cette première mise en garde. Premièrement, Fuller s'émancipe d'une conception contentieuse du droit, dont la signification et les lacunes sont appréhendées à l'occasion de l'étude de cas pathologiques, lorsqu'un conflit entre individus n'a pas trouvé de résolution en dehors des tribunaux. Fuller rappelle que le juriste a pour fonction principale de mettre en place des cadres qui facilitent la stabilité des interactions, en limitant autant que possible les conflits⁵⁴. Deuxièmement, Fuller élargit l'objet d'étude du juriste, en l'invitant à examiner l'activité des « clubs, églises, écoles, syndicats professionnels, associations commerciales, foires agricoles » et autres formes d'association humaine qui adoptent et administrent des règles. Ceux-ci seraient des « systèmes de droit », dès l'instant où on délaisse « toute connotation du pouvoir ou de l'autorité de l'État »⁵⁵. L'ordre juridique contient en ce sens une pluralité de procédés normatifs, dont l'existence et la mise en œuvre ne dépend pas d'une intervention systématique du pouvoir public. Fuller ouvre dès lors la perspective du juriste sur les institutions économiques, sociales et politiques, mais aussi sur tous les processus transitoires et éphémères d'ordonnancement des relations sociales⁵⁶. Ces derniers mériteraient,

⁵¹ R.S. SUMMERS, *Lon L. Fuller*, *op. cit.*, p. 5.

⁵² L.L. FULLER, *The Law in Quest of Itself*, *op. cit.*, p. 53-54. G.J. Postema estime ainsi à juste titre que Fuller aurait reproché aux réalistes d'avoir hérité des préjugés conceptuels du positivisme, voir G.J. POSTEMA, « Implicit Law and Principles of Legality », *loc. cit.*, p. 143.

⁵³ L.L. FULLER, « Mediation... », *loc. cit.*, p. 156-157 : « unidirectional exercises of state power ».

⁵⁴ L.L. FULLER, « Irrigation and Tyranny », *loc. cit.*, p. 198.

⁵⁵ L.L. FULLER, *The Morality of Law*, *op. cit.*, p. 124-125 : « Engaged in this enterprise are those who draft and administer rules governing the internal affairs of clubs, churches, schools, labor unions, trade associations, agricultural fairs, and a hundred and one other forms of human association [...] If we extract from the word "law" any connotation of the power or authority of the state, there is not the slightest difficulty in calling this a system of law ».

⁵⁶ Une influence de l'économie institutionnelle est sur ce point perceptible. Pour l'influence de la pensée de J. Commons et de T. Veblen sur les réalistes, voir K. STONE, « John R. Commons and the Origins of Legal Realism: Or the Other Tragedy of the Commons », *Law & Economics Research Paper Series*, UCLA School of Law, Research Paper n° 08-19, 2008 ; et plus particulièrement sur Fuller, voir O.E. WILLIAMSON, « A Comparison of Alternative Approaches to Economic Organization », *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 146, n° 1, 1990, p. 61-71.

selon lui, de figurer au chapitre de toute étude sur l'economie⁵⁷, parce que les mécanismes de *self-governance* sont autant de manifestations d'une production de règles de portée générale destinées à régir la vie en société. Il ne faut pas limiter le droit aux règles dont la violation est sanctionnée par le pouvoir public⁵⁸. Par conséquent, Fuller estime que « le pouvoir de l'individu de changer ses relations juridiques avec les autres est comparable au pouvoir de la législature ». Le nier témoignerait d'un « préjugé politique qui nous pousse à employer le mot "droit" seulement dans un cas et non dans l'autre », alors que les accords privés produisent eux aussi des règles de droit, sans avoir besoin d'être sanctionnés par les juridictions⁵⁹.

À propos du droit coutumier, Fuller poursuit cette réflexion : la « stabilisation des attentes interactionnelles » fonde le caractère obligatoire du droit coutumier. Les individus consentent à un comportement premier auquel autrui se référera pour anticiper les conséquences de l'interaction, sans que les règles soient formellement explicitées⁶⁰. Ces échanges peuvent dès lors produire des règles générales bien que celles-ci ne soient pas édictées par des institutions légalement habilitées⁶¹.

Pour conclure, l'economie s'inscrit dans la continuité d'une réflexion sur l'utilité du droit comme outil pour répondre aux besoins sociaux, présente dans les écrits réalistes et de la *sociological jurisprudence* de Roscoe Pound. Dès le début du XX^e siècle, ces derniers remettent en cause la pertinence de la présentation classique du droit privé. Celle-ci supposait que le droit privé dispose d'une rationalité propre et d'une structure qui permet au juge de déduire la règle de droit des grands principes ordonnateurs du droit privé. Par la critique du raisonnement déductif et la défense d'un décloisonnement disciplinaire, les réalistes rappellent que, dans son unité, le droit est un instrument que l'État peut utiliser pour réaliser ses objectifs. Le droit privé et le droit public étaient unis par leur nature commune : le pouvoir public pouvait dès lors façonne l'ensemble des règles de droit de manière volontariste pour atteindre ses buts. Fuller s'inscrit indéniablement dans cette perspective, lorsqu'il réfléchit à la manière dont les processus décisionnels peuvent être agencés les uns aux autres et comment le juriste peut arbitrer entre eux pour adopter un droit qui réponde aux aspirations des citoyens. Il est bien question de présenter le droit comme un outil, parmi d'autres, de gestion de la société. Néanmoins, ce qui

⁵⁷ L.L. FULLER, « Means and Ends », *loc. cit.*, p. 54.

⁵⁸ L.L. FULLER, « Human Interaction and the Law », *loc. cit.*, p. 10 : « If the function of law is to produce an ordered relationship among the members of a society, what shall we say of a system that works so smoothly that there is never any occasion to force or the threat of force to effectuate its norms ? Does its very success forfeit for such a system the right to be called by the prestigious name of "law" ? ».

⁵⁹ L.L. FULLER, « Consideration and Form », *loc. cit.*, p. 806-807 : « This power of the individual to effect changes in his legal relations with others is comparable to the power of a legislature. It is, in fact, only a kind of political prejudice which causes us to use the word "law" in one case and not in the other, a prejudice which did not deter the Romans from applying the word *lex* to the norms established by private agreement ».

⁶⁰ L.L. FULLER, « Some Presuppositions Shaping the Concept of "Socialization" », in *Law, Justice and the Individual in Society. Psychological and Legal Issues*, ed. J. Louin Tapp and F.J. Levine, Holt, Rinehart and Winston, 1977, p. 37 et s. : « stabilization of interactional expectancies ».

⁶¹ Dans ce sens, voir R.S. SUMMERS, *Lon L. Fuller, op. cit.*, p. 78-80 ; D. DYZENHAUS, « Fuller's Novelty », in *Rediscovering Fuller: Essays in Implicit Law and Institutional Design*, ed. W.J. Witteveen and W. van der Brug, Amsterdam University Press, 1999, p. 92-93.

distingue Fuller de la littérature réaliste est qu'il présente également les procédures de décision comme poursuivant, elles aussi, des fins morales.

II. UNE RÉFLEXION SUR LES FINS MORALES DES MOYENS D'ORDONNANCEMENT SOCIAL

L'eunomie n'est pas destinée à garantir l'efficacité de tout ordre de la conduite humaine : il s'agit d'étudier les manières de parvenir à garantir un *bon* ordre social⁶². Comme le charpentier qui construit un bâtiment stable en application des lois de la menuiserie⁶³, le juriste doit maîtriser les lois naturelles de l'ordonnancement social de manière à assurer que l'ordre juridique soit vertueux et respectueux de la dignité de chacun, de sa capacité à définir l'ordonnancement social adéquat. En ce sens, la définition et la mise en œuvre des moyens d'ordonnancement social poursuivent, en elles-mêmes, des fins morales comme l'illustre la moralité interne du droit de Fuller (A), qui concentre les principales limites de la proposition de celui-ci (B).

A. La moralité interne du droit

La proposition de Fuller équivaut à dissocier le projet *economics* de l'instrumentalisme, dans la mesure où le droit n'est pas un instrument ordinaire de gouvernance, qui pourrait user de la terreur que le pouvoir public inspire à ses sujets ou de contraintes irrationnelles pour atteindre les buts fixés par les gouvernants. Une contrainte ne sera juridique que si elle est adoptée selon des formes procédurales particulières⁶⁴. La pensée de Fuller mérite sur ce point d'être replacée dans le contexte de son éclosion. En premier lieu, Fuller est marqué, comme la doctrine de son époque, par les totalitarismes européens et le nazisme. Il cherche dès lors à justifier la vertu du cadre institutionnel états-unien, sans s'aventurer à prescrire les fins substantielles vers lesquelles l'ordre juridique devrait progresser. Le régime américain se présenterait comme une forme vertueuse de gouvernement, parce qu'il serait démocratique et consolidé par des corps intermédiaires⁶⁵. L'insistance sur les critères qui distinguent le droit du non-droit se comprend, dans un second lieu, à l'examen du réalisme juridique. Fuller critique à de multiples reprises les auteurs réalistes américains⁶⁶, parce qu'ils auraient à tort compris le droit par l'examen du comportement des juges. Or, selon Fuller, toute action des autorités publiques ne peut pas être du droit : un standard moral rationnel doit contenir les déviances totalitaires et garantir la *rule of law*⁶⁷. C'est la raison pour laquelle l'eunomie prend

⁶² Pour la définition de l'eunomie, voir *supra*.

⁶³ L.L. FULLER, *The Morality of Law*, *op. cit.*, p. 96.

⁶⁴ Dans le même sens, voir D. BARANGER, *Penser la loi...*, *op. cit.*, p. 17.

⁶⁵ Dans ce sens, voir E.A. PURCELL, *The Crisis of Democratic Theory: Scientific Naturalism & Problem of Value*, The University Press of Kentucky, 1973, p. 117-138 ; D. WEBER, *Reasoned Elaborations: Consensus Liberalism, Legal Process and the Discourse of Democracy. 1950-1962*, Thèse de doctorat en droit et science politique, University of California, 1996, p. 161-167.

⁶⁶ L.L. FULLER, *The Law in Quest of Itself*, *op. cit.*, p. 68, p. 121-127.

⁶⁷ Le réalisme serait donc vu comme dangereux parce qu'il pourrait mener au totalitarisme, v. sur ce point M. HORWITZ, *The Transformation of American Law: 1870-1960. The Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford University Press, 1992, t. 2, p. 250-252. Dans le même sens, voir E.A. PURCELL,

aussi la forme d'un plaidoyer pour la nature morale des exigences formelles et procédurales qui assurent à chacun le droit de participer à la formation du droit (1). L'analyse de l'*adjudication* par Fuller illustre cette double dimension du projet *economics* (2).

1. La nature morale des principes de légalité

Fuller cherche à justifier les raisons pour lesquelles toute règle adoptée par les autorités publiques n'est pas systématiquement une règle de droit. Pour être ainsi qualifiée, elle doit avoir été élaborée dans le respect de contraintes procédurales et formelles. Fuller ne cherche pas à critiquer le contenu des prescriptions des autorités. Il s'efforce plutôt de mettre au jour l'intégrité procédurale des processus décisionnels. Ces derniers ne doivent pas être dévalués, en étant relégués au rang de mécanismes techniques et axiologiquement neutres. Bien au contraire, à travers eux, le citoyen se voit accorder la possibilité de coopérer avec ses pairs, pour façonner une règle de droit à laquelle chacun devra obéir. L'enjeu consiste ainsi à améliorer les processus de prise de décision, pour que ceux-ci offrent à l'individu la possibilité de défendre ses intérêts et d'assister la production normative pour poursuivre des buts qu'il juge louables⁶⁸. Dans ce cadre, Fuller présente le droit comme un projet, qui suppose un effort continu de coopération et une réciprocité bienveillante entre les gouvernants et les gouvernés. Le sens moral de chacun se perfectionnerait par l'interaction avec ses concitoyens et les gouvernants. Fuller ne détaille pas précisément les vertus morales vers lesquelles le citoyen serait incité à avancer grâce au respect des maximes procédurales. Occasionnellement, il rappelle simplement que chacun prend en compte les intérêts et les revendications de ses interlocuteurs, même lorsqu'il négocie un accord économique dans son propre intérêt. L'individu serait donc amené à développer ses aptitudes morales lorsqu'il contribue à élaborer le droit, parce qu'il devra négocier, interagir, s'ajuster face aux revendications de ses pairs⁶⁹. Cette « disposition morale » présenterait, pour Fuller, un meilleur équilibre entre l'altruisme et l'intérêt personnel⁷⁰ :

Je crois que nos meilleures institutions sont porteuses de ces effets secondaires bénéfiques. C'est principalement la raison pour laquelle j'ai si vigoureusement critiqué l'idée selon laquelle les institutions sont de simples intermédiaires inertes qui dirigent les énergies humaines [...] vers certaines fins désirables. Les

The Crisis of Democratic Theory..., op. cit., p. 172 : « Its apparent ethical relativism seemed to mean that no Nazi barbarity could be justly branded as evil, while its identification of law with the actions of government officials gave even the most offensive Nazi edict the sanction of true law. Juxtaposing that logic to the actions of the totalitarian states, the critics painted realism in the most ominous and shocking colors ».

⁶⁸ Dans ce sens, voir F.J. MOOTZ III, « Natural Law and the Cultivation of Legal Rhetoric », in *Rediscovering Fuller. Essays on Implicit Law and Institutional Design*, ed. W.J. Witteveen and W. van der Brug, Amsterdam University Press, 1999, p. 430.

⁶⁹ L.L. FULLER, « Irrigation and Tyranny », *loc. cit.*, p. 201 : « development of moral insights through participation in institutional procedures ». Dans le même sens, voir L.L. FULLER, « A Reply to Professors Cohen and Dworkin », *Villanova Law Review*, vol. 10, n° 4, 1965, p. 661.

⁷⁰ L.L. FULLER, « Irrigation and Tyranny », *loc. cit.*, p. 202 : « moral disposition ».

institutions font partie de nos modèles de vie. Les perfectionner fournit un exutoire pour nos impulsions morales les plus vigoureuses.⁷¹

Dans cette optique, la moralité interne du droit sert à identifier le droit. Se lancer dans « l’entreprise de soumettre la conduite des hommes à la gouvernance de règles générales » suppose bien de respecter un état d’esprit et des formes procédurales singulières⁷². Cette ambition prend la forme, sous la plume de Fuller, d’un énoncé non exhaustif de huit principes de légalité à l’occasion de son étude de la législation⁷³ : (i) l’autorité doit adopter des règles et ne pas décider de manière *ad hoc*, (ii) les règles doivent être rendues publiques, (iii) ne pas être rétroactives, (iv) être claires et compréhensibles, (v) ne pas contredire d’autres règles, (vi) ne pas demander l’impossible, (vii) ne pas être continuellement changées, et (viii) les autorités chargées de les exécuter doivent s’y conformer. La logique sous-jacente à cette typologie est de permettre que le citoyen, destinataire de la prescription, soit en mesure d’ajuster son comportement à celle-ci et d’anticiper l’application du droit. Il doit donc pouvoir agir en connaissant le droit, de sorte qu’une règle secrète ou incompréhensible ne serait pas du droit. Le droit serait différent de l’exercice brut de la force politique, parce qu’il supposerait une « interaction continue entre l’autorité qui adopte le droit et les sujets de droit », « chacun [ayant] des responsabilités à l’égard de l’autre »⁷⁴. D’une part, les gouvernants ne doivent pas chercher à contraindre les citoyens par des décisions qui ne répondent pas aux exigences de légalité identifiées par Fuller. Ces principes de légalité seraient implicites dans la production de tout droit⁷⁵, formant une « constitution tacite » qui limite l’exercice du pouvoir. Fuller s’inscrit ainsi à contre-courant d’une perspective textualiste, qui consisterait à chercher dans les sources formelles – notamment constitutionnelles – l’unique fondement des limitations du pouvoir public⁷⁶. La *rule of law* implique chez lui que l’ensemble des gouvernants et des gouvernés soient soumis au droit, selon l’idéal d’un gouvernement du droit et non des hommes. Le droit

⁷¹ L.L. FULLER, « Means and Ends », *loc. cit.* p. 58 : « Our best institutions are, I believe, pregnant with these beneficial side-effects. It is chiefly for this reason that I have so vigorously objected to the view that institutions are mere inert conduits directing human energies, with much frictional waste *en route*, toward certain desirable end-states. Our institutions are part of the pattern of our lives. The task of perfecting them furnishes an outlet for the most vigorous moral impulses ».

⁷² L.L. FULLER, *The Morality of Law*, *op. cit.*, p. 106 : « The only formula that might be called a definition of law offered in these writings is by now thoroughly familiar : law is the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules ». Sur ce point, voir également *ibid.*, p. 150-151.

⁷³ *Ibid.*, p. 38-39. Pour une étude de la législation chez Fuller en langue française, voir P. DESGRAVES, *Droit et législation dans la pensée de Lon L. Fuller (1902-1978)*, Mémoire, Université Paris II Panthéon-Assas, 2016.

⁷⁴ L.L. FULLER, « A Reply to Professors Cohen and Dworkin », *loc. cit.*, p. 661 : « So I suggest that all we need to do to accept the idea of an internal morality of the law is to see the law, not as a one-way projection of power downward, but as lying in an interaction between law-giver and law-subject, in which each has responsibilities toward the other ». Dans le même sens, voir L.L. FULLER, « Some Presuppositions Shaping the Concept of “Socialization” », *loc. cit.*, p. 40 : « the very existence of a functioning legal system depends on a certain reciprocity of expectations between the lawgiving authority and the populace it purports to govern ».

⁷⁵ L.L. FULLER, « Reason and Fiat in Case Law », *loc. cit.*, p. 377-379.

⁷⁶ L.L. FULLER, « Irrigation and Tyranny », *loc. cit.*, p. 195-197.

se présente comme un rempart contre l'arbitraire⁷⁷. D'autre part, les gouvernés sont appelés à faire honneur à leur devoir moral d'obéissance au droit, parce que ce dernier a été adopté selon les formes et procédures établies⁷⁸. Leur ressentiment à l'égard des décisions étatiques adoptées en violation des principes de légalité risquerait de les pousser à désobéir et à fragiliser la pérennité du système⁷⁹. La survie dans le temps de l'ordre juridique apparaît dès lors aussi comme un impératif central de la théorie de Fuller.

À la suite de ses travaux sur la législation, Fuller entreprend, dès le milieu des années 1950, de dessiner le périmètre d'intervention du juge à la lumière de la nature et des atouts du processus juridictionnel.

2. L'exemple de l'adjudication

Son article consacré aux formes et aux limites de l'*adjudication*, publié à titre posthume en 1978⁸⁰, est certainement la preuve la plus saillante de la manière dont l'economie peut raffiner l'analyse juridique du processus juridictionnel. Fuller propose en effet une réflexion sur l'*adjudication* comme moyen d'ordonnancement social, tout en esquissant les finalités morales que ce processus poursuit. Fuller cherche ainsi à déterminer quelles questions peuvent être résolues par le juge, à la lumière de l'intégrité de ce processus qui offre à chaque partie « l'opportunité institutionnellement protégée de présenter des preuves et des arguments pour obtenir une décision en sa faveur »⁸¹ – l'opportunité, donc, d'être entendue de manière significative⁸².

Dans un premier temps, Fuller liste les exigences procédurales qu'il juge primordiales pour respecter l'intégrité de l'*adjudication*, comprise ici comme moyen d'ordonnancement social. Il passe en revue plusieurs suggestions : la présence d'un avocat, l'absence d'auto-saisine du juge, la motivation de la décision, l'obligation

⁷⁷ Pour une définition de la *rule of law* anglo-américaine, voir D. MOCKLE, « Rule of Law », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz, 2012, t. 1, p. 671-704 ; É. ZOLLER, « Rule of Law », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2010, p. 1378-1380. Les variantes de la *rule of law* sont explicitées par J. WALDRON, « The Rule of Law and the Importance of Procedure », *Nomos*, vol. 50, 2011, p. 3-31 ; et mises en perspective de manière critique par R. WUESTE, « The Limits of Process », in *Getting to the Rule of Law*, ed. J.E. Fleming, New York University Press, 2011, p. 32-51.

⁷⁸ Cette idée de Fuller recoupe celle de ses collègues processualistes, Hart et Sacks. Sur ce point, voir H.M. HART Jr. and A. SACKS, *The Legal Process...*, *op. cit.*, p. 4, 109.

⁷⁹ Pour des développements sur ce point, voir P. CLITEUR, « Fuller's Faith », in *Rediscovering Fuller : Essays on Implicit Law and Institution Design*, ed. W. Witteveen and W. van der Brug, Amsterdam University Press, 1999, p. 112 et s. ; C. MURPHY, « Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law », *Law and Philosophy*, vol. 24, n° 3, 2005, p. 241-242.

⁸⁰ L.L. FULLER, « The Forms and Limits of Adjudication », *loc. cit.* Fuller avait déjà publié une ébauche de cet article dans L.L. FULLER, « Adjudication and the Rule of Law », *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1921-1969)*, vol. 54, 1960, p. 1-8.

⁸¹ L.L. FULLER, « Adjudication and the Rule of Law », *loc. cit.*, p. 2 : « That participation consists in the institutionally protected opportunity to present proofs and arguments for a decision in his favor ».

⁸² Dans ce sens, voir R.S. SUMMERS, *Lon L. Fuller*, *op. cit.*, p. 78 : « adjudication is a complex of institutional forms (means) in which a certain kind of fair participation by affected parties (internal end) is realized ».

pour le juge de se fonder exclusivement sur les arguments des parties⁸³. Il conclut que seule la présence de l'avocat est indispensable pour la conduite de l'*adjudication* selon le modèle accusatoire habituel aux États-Unis : l'avocat sert d'intermédiaire entre les parties et le juge. Il identifie les faits pertinents et réduit le champ des questions posées à la juridiction, de manière à clarifier les arguments de son client et les rendre convaincants aux yeux du juge⁸⁴. L'assistance de l'avocat est le cœur du processus juridictionnel, qui illustre comment celui-ci devrait être conduit⁸⁵. Dans ce cadre, Fuller détermine bien les exigences procédurales sans lesquelles l'*adjudication* ne répondrait pas à sa finalité, celle de résoudre les différends individuels à l'aide d'un échange d'arguments raisonnés entre les parties. Ces exigences agissent ainsi en soutien de la participation des parties à la formation du droit, en les incitant à réfléchir de manière raisonnée. Elles sont amenées à anticiper le comportement des juges, tout en continuant de débattre des valeurs qui intéressent leurs affaires quotidiennes⁸⁶.

Dans un deuxième temps, Fuller en déduit les questions qui ne devraient pas relever de l'office du juge. L'*adjudication* prend en effet la forme d'un « outil spécialisé »⁸⁷, qui est inefficace pour remplir ce que Fuller appelle, à la suite de Michael Polanyi⁸⁸, les tâches « polycentriques ». Celles-ci exigent la résolution de questions impliquant une pluralité de variables qui interagissent ou une interconnexion poussée entre différents intérêts en concurrence⁸⁹. Fuller choisit l'exemple parlant d'une amatrice d'art âgée, qui lègue ses peintures à parts égales à deux galeries d'art. Le juge serait incapable de procéder à la répartition demandée, dans la mesure où la valeur d'une peinture dépendra des autres peintures acquises par la même galerie. Ces interactions de variables supposent dès lors que les parties trouvent une solution à l'amiable grâce à la médiation⁹⁰. La justification proposée par Fuller rend bien compte du projet *economics* : il ne restreint pas le champ approprié d'intervention du juge en estimant qu'il serait illégitime à trancher des questions complexes qui peuvent avoir une dimension politique. Il explique simplement que si le juge se prête à cet exercice, il nuit à l'intégrité de son processus décisionnel,

⁸³ L.L. FULLER, « The Forms and Limits of Adjudication », *loc. cit.*, p. 382-390.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 383-384.

⁸⁵ Les autres exigences ne sont pas des modalités essentielles de l'*adjudication* mais peuvent faire avancer celle-ci vers sa forme optimale, voir L.L. FULLER, « The Needs of American Legal Philosophy », in L.L. FULLER, *The Principles of Social Order. Selected Essays of Lon L. Fuller*, ed. K.I. Winston, Duke Press Paperbacks, 1982, p. 261.

⁸⁶ Dans ce sens, voir R.G. BONE, « Lon Fuller's Theory of Adjudication and the False Dichotomy Between Dispute Resolution and the Public Law Models of Litigation », *Boston University Law Review*, vol. 75, n° 5, 1995, p. 1289.

⁸⁷ L.L. FULLER, « Adjudication and the Rule of Law », *loc. cit.*, p. 1 : « specialized tools ».

⁸⁸ M. POLANYI, *La logique de la liberté*, PUF, 1989, p. 219-220.

⁸⁹ Pour le détail de la polycentricité chez Fuller, voir notamment R.G. BONE, « Lon Fuller's Theory of Adjudication... », *loc. cit.*, p. 1314.

⁹⁰ L.L. FULLER, « Adjudication and the Rule of Law », *loc. cit.*, p. 3. Pour d'autres illustrations de la polycentricité chez Fuller, voir L.L. FULLER, « Irrigation and Tyranny », *loc. cit.*, p. 210 (le partage de la fourniture de l'eau implique des intérêts variés qui interagissent, de sorte que le juge ne peut pas trancher) ; L.L. FULLER, « The Forms and Limits of Adjudication », *loc. cit.*, p. 394-395 (l'allocation de fréquences de radio et de chaînes de télévision afin de proposer une offre équilibrée de programmes à la population ne peut être décidée par le juge).

en écartant en pratique la participation des parties. Dans cette hypothèse, les parties ne pourraient en effet pas trouver une question unique vers laquelle orienter leurs prétentions et arguments, de sorte que le juge trancherait sur le fondement de considérations qui leur étaient inconnues⁹¹.

Ces intuitions ont connu un certain succès aux États-Unis parce qu'elles suggèrent que les différends sociaux pourraient être aiguillés vers tel ou tel processus selon des considérations rationnelles, tout en consolidant la nature démocratique du régime américain. Pourtant, la proposition de Fuller demeure incomplète.

B. Une proposition incomplète

Trois critiques peuvent être formulées à l'encontre de la thèse de Fuller, selon laquelle les moyens d'ordonnancement social poursuivraient, en eux même, une fin morale.

La première critique est bien connue. Elle est formulée par le philosophe du droit anglais Hart, qui affirme que Fuller n'aurait pas su remettre en cause la thèse positiviste de la séparation entre le droit et la morale. Selon lui, les principes de légalité identifiés par Fuller sont des principes tenant à l'efficacité du droit. Ils peuvent être respectés alors que l'autorité politique avance vers des fins manifestement mauvaises ou immorales⁹². Il choisit l'exemple de l'empoisonnement pour réfuter la proposition de Fuller : pour arriver à ses fins, l'empoisonneur se plie à certains principes propres à son activité, comme celui de choisir un poison inodore qui n'attire pas l'attention de la victime⁹³. Cette ligne argumentative de Hart est reprise par Dworkin et Raz, qui rappellent eux aussi que, tout au plus, le respect des principes de légalité faciliterait la réalisation des ambitions de l'autorité politique⁹⁴. Cette critique apparaît dans une certaine mesure décevante, parce qu'elle assèche la proposition de Fuller. Cette dernière se comprend à l'aune du projet d'émancipation des hommes face au pouvoir politique unilatéral et vertical. La comparaison ainsi faite entre l'empoisonnement et l'art du gouverner par le droit perd de vue l'ambition de Fuller. Elle ne rend pas compte de la richesse de sa proposition, qui ne se limite pas à qualifier ces principes de moraux, simplement parce qu'ils poursuivent une finalité ou qu'ils sont des instruments à la disposition d'une autorité politique stratégique. Une seconde branche de cette critique est néanmoins plus dévastatrice pour Fuller, lorsqu'il lui est reproché de ne pas avoir prouvé que ces principes de légalité seraient intrinsèquement moraux⁹⁵. Cette critique convaincante ne semble pas pouvoir être dépassée à la seule lecture des écrits de Fuller. Tout au plus, les principes de légalité concordent avec une certaine vision de la nature de l'homme à

⁹¹ L.L. FULLER, « Adjudication and the Rule of Law », *loc. cit.*, p. 4.

⁹² H.L.A. HART, « Review Work(s): The Morality of Law by Lon L. Fuller », *loc. cit.*, p. 1284.

⁹³ *Ibid.*, p. 1286.

⁹⁴ Sur ce point, voir J. RAZ, « The Rule of Law and Its Virtue », in J. RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, 2nd ed., Oxford University Press, 2009, p. 214-218, 226 ; R. DWORKIN, « Philosophy, Morality, and The Law – Observations Prompted by Professor Fuller's Novel Claim », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 113, n° 5, 1965, p. 669 et s. ; R. DWORKIN, « The Elusive Morality of Law », *Villanova Law Review*, vol. 10, n° 4, 1965, p. 632.

⁹⁵ Sur ce point, voir la critique convaincante de P. WESTERMAN, « Means and Ends », *loc. cit.*, p. 147 et s.

laquelle Fuller souscrit : l'être humain peut progresser moralement dans ses interactions avec autrui et tendre vers la « moralité de la Bonne vie, de l'excellence et de la réalisation la plus complète des pouvoirs humains »⁹⁶ à l'aide des processus vertueux qui facilitent son autodétermination. L'homme serait capable de comprendre les règles, de les suivre et d'être sanctionné pour leur non-respect. Il serait également un être qui communique avec ses semblables⁹⁷.

La deuxième critique est liée à la première. Fuller se serait plutôt intéressé, sans le confesser, à la concordance du droit et de standards moraux extérieurs au droit⁹⁸. Force est de constater que Fuller l'admet exceptionnellement, lorsqu'il estime que les deux moralités sont liées et que la moralité interne du droit a tendance à produire des résultats substantiellement justes⁹⁹. Fuller se limite à avancer cette idée en arguant que les régimes politiques modernes qui auraient essayé de poursuivre des fins mauvaises auraient eu du mal à se conformer aux principes de légalité. Il est certain que les principes de légalité peuvent, dans une certaine mesure, priver les gouvernements de certains outils d'intimidation destinés à maintenir les citoyens dans un état de crainte et de docilité grâce à des lois secrètes, vagues, ou rétroactives¹⁰⁰. Néanmoins, ce simple constat ne justifie pas à lui seul une affinité entre les moralités interne et externe. Fuller semble dès lors prescrire, sans l'admettre explicitement, une conception du « bon droit », qui coïncide avec les valeurs libérales et démocratiques américaines.

La troisième difficulté, enfin, tient à l'imprécision des conditions dans lesquelles les principes de légalité peuvent être effectivement respectés. Fuller conçoit que ces exigences ne soient pas toutes suivies, surtout que celles-ci peuvent être amenées à se contredire entre elles. Ces exigences prennent la forme d'un idéal vers lesquels les gouvernants doivent tendre¹⁰¹. Pour illustrer les tensions pouvant exister entre les principes de légalité, Fuller donne l'exemple de l'impératif d'une simplicité de la règle : il faut que le citoyen puisse la comprendre pour y obéir (quatrième exigence). Pour autant, le législateur doit également détailler les exigences qu'elle contient, afin que la liberté des autorités d'application de la règle soit canalisée (hui-

⁹⁶ Fuller décrit la moralité d'aspiration, de laquelle relèveraient les principes de légalité, en ces termes : « It is the morality of the Good Life, of excellence, of the fullest realization of human powers », voir L.L. FULLER, *The Morality of Law*, *op. cit.*, p. 5-6. Pour les professeurs H. Palmer Olsen et S. Toddington, ce lien explique la nature morale des principes de légalité de Fuller, qui nous invite à comprendre le perfectionnement de l'homme et son épanouissement, voir H. PALMER OLSEN and S. TODDINGTON, *Architecture of Justice...*, *op. cit.*, p. 62, 81.

⁹⁷ Fuller reconnaît un contenu minimal de droit naturel dans les systèmes juridiques, qui se limite à la préservation d'une communication entre les hommes, voir L.L. FULLER, *The Morality of Law*, *op. cit.*, p. 186 : « If I were asked, then, to discern one central indisputable principle of what may be called substantive natural law – Natural Law with capital letters – I would find it in the injunction : Open up, maintain, and preserve the integrity of the channels of communication by which men convey to one another what they perceive, feel, and desire ».

⁹⁸ Dans ce sens, voir D. DYSENHAUS, « Fuller's Novelty », *loc. cit.*, p. 86.

⁹⁹ L.L. FULLER, « Positivism and Fidelity to Law... », *loc. cit.*, p. 645 ; L.L. FULLER, *The Morality of Law*, *op. cit.*, p. 153.

¹⁰⁰ D. LUBAN, « The Rule of Law and Human Dignity », *Hague Journal on the Rule of Law*, vol. 2, 2010, p. 40.

¹⁰¹ L.L. FULLER, *The Morality of Law*, *op. cit.*, p. 43.

tième exigence). Le législateur devra donc maîtriser l'art de la législation, en employant un langage suffisamment clair mais aussi technique et précis, pour encadrer le pouvoir discrétionnaire des juges chargés de l'appliquer, afin que le droit soit prévisible¹⁰². Dès lors, la proposition de Fuller peut certes apparaître séduisante du fait de son souci de dissocier le droit du non-droit en posant des mots sur l'intuition communément ressentie selon laquelle le droit n'est pas comparable à l'empoisonnement. Cependant, en concédant que l'autorité peut violer certaines exigences et continuer à produire du droit, Fuller s'expose à la critique d'avoir suggéré une solution grandement imprécise et subjective. L'accumulation de violations manifestes des principes de légalité permettrait de disqualifier une règle, qui ne pourrait pas prétendre être juridique. Fuller énonce donc des cas pathologiques extrêmes pour emporter l'adhésion du lecteur, mais peine à fournir une grille de lecture claire qui permette de jauger le degré de violation autorisée des principes de légalité, comme l'illustre sa réponse à Hart :

Quand un système qui se présente lui-même comme étant du droit se base sur le mépris général des juges à l'égard des prescriptions du droit qu'ils prétendent appliquer, quand ce système purge habituellement ses irrégularités juridiques, même les plus grossières, par des lois rétroactives, quand il recourt à des actions de terreur dans les rues, auxquelles personne n'ose s'opposer, afin d'échapper aux maigres restrictions imposées par la prétention à la légalité – quand toutes ces choses se réalisent sous une dictature, il n'est pas difficile selon moi de lui refuser, au moins, le nom de droit.¹⁰³

Il reviendrait dès lors à chacun d'évaluer si les principes sont suffisamment respectés pour que la prescription soit juridique. Or, il est loin d'être évident d'évaluer le seuil en dessous duquel la règle adoptée cesserait d'être du droit, parce qu'elle aurait violé trop d'exigences de légalité. Cette lacune est représentative de la manière dont Fuller raisonne. Il admet que le droit puisse exister dans différents états : de manière minimale, en respectant le plancher des principes de légalité ou en se rapprochant de l'idéal d'une conformité parfaite aux principes de légalité. De la même manière, Fuller admet que les moyens d'ordonnancement social sont plus ou moins parfaits. Par exemple, l'*adjudication* peut être exercée dans sa forme optimale, dans sa forme minimale (seules les conditions essentielles de l'intégrité de ce processus sont remplies, comme la présence d'un avocat et le refus de trancher des problèmes manifestement polycentriques), ou dans sa forme pervertie (lorsque l'institution ne respecte pas les conditions essentielles identifiées)¹⁰⁴. De manière similaire, Fuller présente les élections comme un processus adéquat pour l'élaboration des décisions qui poursuivent les buts partagés des citoyens. Fuller admet que l'irrationnalité des individus ou leur manque d'implication dans la vie politique peuvent entraver la forme optimale des élections, mais assure qu'ils n'empêchent

¹⁰² *Ibid.*, p. 45.

¹⁰³ L.L. FULLER, « Positivism and Fidelity to Law... », *loc. cit.*, p. 660 : « When a system calling itself law is predicated upon a general disregard by judges of the terms of the laws they purport to enforce, when this system habitually cures its legal irregularities, even the grossest, by retroactive statutes, when it has only to resort to forays of terror in the streets, which no one dares challenge, in order to escape even those scant restraints imposed by the pretence of legality – when all these things have become true of a dictatorship, it is not hard for me, at least, to deny to it the name of law ».

¹⁰⁴ L.L. FULLER, « The Forms and Limits of Adjudication », *loc. cit.*, p. 363.

pas que les exigences essentielles de ce processus soient remplies (comme le décompte équitable des votes ou l'absence d'intimidation)¹⁰⁵. Or, ce raisonnement par pallier est subjectif. Il est délicat d'identifier précisément les cas dans lesquels le processus serait perverti ou quand la prescription ne serait pas du droit. Comment les gouvernants pourraient-ils honorer l'intégrité de leur fonction, en jugeant eux-mêmes les violations autorisées des principes de légalité ? Quel acteur serait chargé de porter un regard critique sur la nature juridique des prescriptions adoptées ?

*
**

Pour conclure, le projet *eunomics* porté par Fuller au milieu du XX^e siècle surprend par sa modernité. Sa définition du droit est séduisante et explique l'intérêt que la doctrine contemporaine lui témoigne. Celui-ci détache la normativité de la sanction de l'État : il met au jour les richesses du pluralisme institutionnel et le lien fondamental entre le droit et les interactions sociales informelles¹⁰⁶. Le droit est le produit d'une dynamique particulière, qui justifie qu'il soit un instrument particulier de la gouvernance du comportement humain à l'aide de règles générales. Fuller propose une solution pour répondre à l'abandon de l'idée qu'il existerait des valeurs *a priori* identifiables vers lesquelles les citoyens avanceraient sur une base consensuelle. Ces derniers interagiraient plutôt par des processus vertueux et préciseraient les fins de leur action, en exerçant leur liberté-participation.

La manière dont Fuller argumente démontre cependant qu'il peine à expliciter les tenants concrets de son projet *eunomics*. En premier lieu, il a tendance à raisonner à l'aide de métaphores imagées ou d'exemples évidents pour emporter la conviction du lecteur, qu'il serait rationnellement possible de déterminer le processus décisionnel adapté et d'identifier les contraintes qui pèsent sur les acteurs pour que ceux-ci respectent l'intégrité de leur fonction. Par exemple, il peut sembler évident que l'*adjudicator* ne doit pas se mêler de problèmes polycentriques car, pour Fuller, « l'arbitrage fonctionne raisonnablement bien pour déterminer si un individu a été licencié à tort, mais est inadapté pour déterminer les salaires d'une industrie toute entière »¹⁰⁷. Il n'est pourtant pas clair d'apprécier les degrés de polycentricité et d'évaluer rationnellement quels problèmes devraient faire l'objet d'une résolution juridictionnelle. En deuxième lieu, Fuller souhaite dissocier le droit du non-droit pour répondre à la menace des idéologies totalitaires. Il voit dans les procédures et les formes du droit une solution pour justifier que le droit ne peut pas être identifié à une force politique brute. Pour autant, cette première intuition, aussi riche soit-elle, a du mal à répondre à la prétention de Fuller de rappeler que le droit et la morale sont intrinsèquement liés. De plus, l'idéal de participation des individus à la production normative est indéniablement fertile, parce qu'il s'inscrit dans le système états-unien qui fait de la démocratie l'un de ses principes premiers. Pour autant, Fuller conçoit souvent cette participation de manière idéalisée et abstraite,

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 364.

¹⁰⁶ Par exemple, voir H. PALMER OLSEN and S. TODDINGTON, *Architecture of Justice...*, *op. cit.*, p. 11-12.

¹⁰⁷ L.L. FULLER, « Some Reflections on Legal and Economic Freedoms – A Review of Robert L. Hale's Freedom through Law », *Columbia Law Review*, vol. 54, n° 1, 1954, p. 81 : « Arbitration functions reasonably well in determining whether a man has been wrongfully discharged, but is unsuited to setting the wages of industry as a whole ».

sans tenir compte des inégalités de représentation. La définition même des procédures de décision implique de prendre parti et de choisir quels individus seront appelés à concourir à la prise de décision, ainsi que les modalités de ce concours. Elle peut réitérer une domination sociale, derrière l'apparence d'une ouverture des processus décisionnels à des individus égaux.

Mathilde Laporte

Mathilde Laporte est enseignante-chercheuse contractuelle en droit public à la CY Cergy Paris Université. Elle a soutenu sa thèse à l'Université Paris II Panthéon-Assas en 2020 sous la direction du Pr Denis Baranger, intitulée *La distinction public-privé aux États-Unis et la tradition doctrinale du legal process*. Cette thèse vient de recevoir le prix solennel de thèse de la Chancellerie des Universités de Paris (2021) dans la mention «droit».

II. Varia

Benno Zabel

Les remous du « ou bien ... ou bien »
La pensée de Carl Schmitt et les débats contemporains
en philosophie du droit

*Traduit de l'allemand par Marie-Ange Roy,
avec l'amicale collaboration d'Elodie Djordjevic*

1. UNE PENSÉE DES EXTRÊMES

Comprendre le droit d'une époque requiert une langue qui le ramène au concept¹, en ce que le concept révèle le degré d'élaboration de la pensée. Pour une science spéculative, c'est une évidence, on le sait depuis Hegel. Mais il existe une pensée implacable, catalytique, et même subjuguante, qui semble ne pas connaître de limite. Une pensée qui met en question les concepts et bouscule les contenus sémantiques. La pensée de Carl Schmitt est sans aucun doute de celles-là. Schmitt a été un brillant diagnosticien de son temps, il a porté sa critique des Lumières [*Aufklärung*] et de la démocratie à un tel degré de radicalité que ses effets vont bien au-delà de la simple désorganisation du discours libéral². La critique exercée au nom du politique³ est avant tout une critique de la vie bourgeoise satisfaite d'elle-même, une critique de cette *hybris* qu'est « l'occasionalisme subjectif⁴ ». Carl Schmitt veut dynamiser cette vie, faire accéder l'existence humaine à une souveraineté nouvelle, à un sens nouveau. Le prix à payer est élevé, l'individu et la société perdant par-là leur statut de formes d'effectuation de la liberté individuelle. En revanche, Schmitt inscrit l'individu, la société et la culture [*Kultur*] dans le champ de force des expériences politiques de l'intensité. « L'esprit lutte contre l'esprit et la vie contre la vie, et c'est de la vertu d'un savoir intègre que nait l'ordre

¹ À propos de C. SCHMITT, voir T. SCHESTAG, « Namen nehmen. Zur Theorie des Namens bei Carl Schmitt », *MLN*, vol. 122, n° 3, éd. allemande, 2007.

² Déjà noté par J. TAUBES, *Ad Carl Schmitt. Gegenstrebige Fügung*, Berlin, Merve Verlag, 1987 [*En divergent accord. À propos de Carl Schmitt*, trad. Ph. Ivernel, Paris, Rivages Poche, 2003].

³ H. MEIER, *Carl Schmitt, Leo Strauss und Der Begriff des Politischen. Zu einem Dialog unter Abwesenden*, Stuttgart, Metzler, 1998 [*Carl Schmitt, Leo Strauss et la notion de politique : un dialogue entre absents*, trad. Fr. Manent, Paris, Julliard, 1990]. Pour l'arrière-plan relevant de l'histoire culturelle, voir H. LETHEN, *Verhaltenslehren der Kälte. Lebensversuche zwischen den Kriegen*, Frankfurt-sur-le-Main, Suhrkamp, 1994.

⁴ C. SCHMITT, *Politische Romantik*, 4^e éd. inchangée, Berlin, Duncker & Humblot, 1982 [1919], p. 26 [*Romantisme politique*, trad. P. Linn, Paris, Valois, 1928, p. 31].

des choses humaines. « *Ab integro nascitur ordo* », telle est la devise⁵. On connaît bien les dynamiques dans lesquelles Schmitt a entraîné son calcul antilibéral. Mais il est également notoire que ce penseur profondément impliqué dans l'idéologie du national-socialisme a fasciné et même influencé des personnes de milieux et de courants intellectuels différents. Qu'il s'agisse de Walter Benjamin, de Jacob Taubes ou de Hannah Arendt, d'Alexandre Kojève, d'Ernst-Wolfgang Böckenförde ou, plus récemment, de Jacques Derrida ou Giorgio Agamben (pour ne citer que quelques noms), on ne cesse d'observer cette force d'attraction d'une inquiétante étrangeté, ces communautés de pensée parfois paradoxales qu'engendrent les polémiques de Carl Schmitt contre le projet de la modernité⁶. Mais si ces communautés de pensée et de discours existent, de quelle pensée, de quelle acception de la modernité s'agit-il, et qu'impliquent ces réceptions de la pensée de Schmitt – qui dépassent le cadre académique, comme le montre l'exemple de Heiner Müller⁷ – quant à la manière d'affronter un exorcisme politique « à la Schmitt » ? Cette interrogation revêt une très grande importance du fait que, précisément aujourd'hui, dans des sociétés de plus en plus polarisées, on assiste au retour d'un intense débat et d'une controverse à propos de Carl Schmitt. Je mentionnerai ici seulement Chantal Mouffe et Giorgio Agamben. Pour aborder cette question (et lui apporter aussi, je l'espère, un début de réponse), je partirai d'une étude de Jean-François Kervégan parue en 2011 en France sous le titre *Que faire de Carl Schmitt ?* et récemment traduite et publiée en Allemagne⁸. Cet ouvrage n'invite pas seulement à penser Carl Schmitt autrement et à nouveaux frais (deuxième partie). Il permet aussi d'inscrire sa pensée dans les développements novateurs de la philosophie politique et de la philosophie du droit contemporaines (troisième partie).

2. QUE FAIRE DE CARL SCHMITT ?

L'étude de Jean-François Kervégan se rattache aux multiples débats des dernières années. Mais son auteur emprunte une voie différente de celle défendue par la grande majorité des débatteurs qui, dans leur confrontation avec Schmitt et ce

⁵ C. SCHMITT, *Der Begriff des Politischen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1963 [1932], p. 95 [*La notion de politique*, suivi de *Théorie du partisan*, trad. M.-L. Steinhauer, Paris, Champs Flammarion, 1992, p. 151].

⁶ De ce fait, le réseau « classique » composé d'élèves, d'amis et de soutiens issus du milieu universitaire n'a jamais cessé d'exister. Voir D. VAN LAAK, *Gespräche in der Sicherheit des Schweigens. Carl Schmitt in der politischen Geistesgeschichte der frühen Bundesrepublik*, Berlin, Akademie Verlag, 1993.

⁷ H. MÜLLER, *Gesammelte Irrtümer I. Interviews und Gespräche*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1986, p. 138. [^NdT : À propos du tragique, H. Müller commente le texte de C. SCHMITT, *Hamlet oder Hekuba. Der Einbruch der Zeit in das Spiel* (1956), Stuttgart, Klett-Cotta, 1985, 2006 [*Hamlet ou Hécube. L'irruption du temps dans le jeu*, trad. J.-L. Besson et J. Jourdheuil, Paris, L'Arche, 1992].

⁸ J.-F. KERVÉGAN, *Que faire de Carl Schmitt ?*, Paris, Gallimard, 2011 [*Was tun mit Carl Schmitt?*, trad. B. Schwibs, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019].

qu'on appelle le schmittisme, plaident soit en faveur d'une conception de la politique fondée sur la morale, soit pour une politique libérée de la morale⁹. Kervégan plaide quant à lui pour soumettre les postulats théoriques fondamentaux de Carl Schmitt et ses interprétations socio-politiques à une *critique immanente*¹⁰. Cela signifie dévoiler et développer de manière féconde la tension, inhérente à une théorie de cette nature, « entre le potentiel cognitif et émancipatoire des concepts et leur toujours possible retournement en un outil de domination » ou, pour le dire brièvement, « la tension entre critique et réification¹¹ ». Pour Kervégan, il s'ensuit qu'on ne peut pas rendre compte de l'ambigüité de la théorie, du traitement des problèmes comme des concepts utilisés, par la seule interaction idéologique entre rationalité, provocation et pensée dénonciatrice. À ses yeux, une telle entreprise requiert une analyse interne différenciée. Carl Schmitt est tout à la fois le penseur de l'ordre et de la crise, des forces et des contradictions occultées des démocraties libérales. Ses jugements lapidaires

ont le mérite de nous inciter à reconsiderer certaines évidences que nous acceptons d'ordinaire sans discussion. Et nous voilà sinon contraints, du moins incités à *partir de Carl Schmitt* : partir de lui, afin de penser à nouveaux frais des questions que nous considérons trop facilement comme résolues... ou éliminées. Partir de Carl Schmitt, parce que c'est à *partir* de lui que nous pouvons tenter de formuler certains problèmes dont nous nous contentons usuellement de décliner les solutions¹² [...].

Le défi consiste à débusquer, dans les thèses schmittiennes, les éléments émancipateurs et les régressions. En effet, affirme Kervégan, là est la seule voie qui rende possible, mais également compréhensible, que l'on s'inspire de la pensée de Carl Schmitt tout en la récusant sur des questions centrales : pour parler avec Hannah Arendt, que l'on mette à profit ses « ingénieuses théories¹³ », sans pour autant apporter de l'eau à son moulin. Il s'agit donc de déconstruire cette théorie en retournant contre l'approche théorique même son potentiel émancipateur, et d'éprouver la mesure dans laquelle un usage critique des concepts schmittiens peut imprimer de nouveaux élan à la philosophie politique et à la philosophie du droit contemporaines¹⁴.

⁹ Voir sur ce point par exemple H. BLUMENBERG, *Legitimität der Neuzeit*, 2^e éd., Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1988 [*La légitimité des temps modernes*, trad. M. Sagnol, J.-L. Schlegel et D. Trierweiler, Paris, Gallimard, 1999] ; R. GROH, *Arbeit an der Heilossigkeit der Welt. Zur politisch-theologischen Mythologie und Anthropologie Carl Schmitts*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1999 ; Th. WIRTZ, « Carl Schmitt und die Politische Theologie », *Merkur*, n° 603, 1999, p. 651-656.

¹⁰ Sur le concept de critique (sociale) immanente, voir R. JAEGGI, *Kritik von Lebensformen*, Berlin, Suhrkamp, 2014.

¹¹ J.-F. KERVÉGAN, *Was tun mit Carl Schmitt?*, *op. cit.*, « Prolog » [*Que faire de Carl Schmitt ?*, *op. cit.*, p. 15].

¹² *Ibid.*, « Zwischenbilanz » [*ibid.*, p. 73] ; voir aussi, dans une optique différente, l'analyse de détail de H. QUARITSCH, *Positionen und Begriffe Carl Schmitts*, 3^e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 1995.

¹³ *Ibid.*, chap. II [*ibid.*, p. 67].

¹⁴ Chr. MENKE a suivi une démarche similaire à propos de la théorie littéraire de Paul de Man ; voir son essai « “Unglückliches Bewusstsein”. Literatur und Kritik bei Paul de Man », in Chr. MENKE (dir.), *Paul de Man. Die Ideologie des Ästhetischen*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 2015, p. 265-299.

Nous examinerons d'abord le cadre interprétatif de Jean-François Kervégan, pour situer ensuite dans l'horizon théorique contemporain les problématiques qui en découlent. La démarche adoptée par Kervégan est extrêmement intéressante. Il détecte dans la pensée de Carl Schmitt cinq objets essentiels – la théologie, la normativité, la légitimité, la politique, le monde –, qui sont autant de champs de dialogue sous tension. Cela signifie que, de la sémantique de l'État et de la Constitution jusqu'à l'omniprésente distinction de l'ami et de l'ennemi en passant par la stratégie décisionniste, la force analytique de la pensée doit précisément résulter d'une logique discursive qui ne se borne pas à confronter les positions et les arguments de manière statique, mais qui doit bien plutôt s'engendrer à partir de la dialectique qui traverse l'ensemble des concepts.

La théologie, à laquelle Kervégan accorde une valeur éminente, se présente comme paradigmatic du caractère intempestif, subversif et à bien des égards provocateur de cette théorie juridique et constitutionnelle. Les jalons théoriques de celle-ci y sont déjà posés. La thèse de Carl Schmitt si souvent citée selon laquelle tous les concepts prégnants de la théorie moderne de l'État sont des concepts théologiques sécularisés¹⁵ est fréquemment considérée comme l'expression d'un conservatisme programmatique, d'une posture contre-révolutionnaire. C'est toutefois sous-estimer sa dynamique. Schmitt ne veut aucunement instituer la théologie comme *scientia prima* de la modernité, bien au contraire : « *Silete theologi in munere alieno* », lit-on à titre programmatique dans *Le Nomos de la terre*¹⁶. Les raisons du recours à la théologie sont plus profondes, de nature à la fois méthodique et épistémique. Kervégan souligne avec raison qu'il s'agit là d'une double stratégie sophistiquée. Schmitt veut manifestement instaurer une nouvelle forme de la pensée et en même temps imposer une pensée polémique ainsi que la *critique* du droit positif qui lui correspond.

Si la théologie, le rapport théologique au monde, prend une telle importance, c'est parce que Schmitt vise précisément à montrer, à partir d'elle, la manière dont la pensée politique de chaque époque se constitue à partir de concepts, de pratiques et de visions du monde changeants (Foucault parlerait de dispositifs¹⁷). Dans le récit de Schmitt, cela concerne surtout la transformation des représentations chrétiennes de l'ordre, qui commence avec la sécularisation. *La naissance de l'État, processus de sécularisation*, ainsi que le formulera plus tard le constitutionnaliste Ernst-

¹⁵ C. SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 10^e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 2015 [1922], p. 43 [*Théologie politique*, trad. J.-L. Schlegel, Paris, Gallimard, 1988, p. 46].

¹⁶ C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, 5^e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 2011 [1950], p. 129 [*Le Nomos de la terre*, trad. L. Delaroche-Gurcel et P. Haggenmacher, Paris, PUF, 2001, p. 159 *sq.*].

¹⁷ M. FOUCAULT, « Die Machtverhältnisse durchziehen das Körperinnere », in *Dispositive der Macht. Über Sexualität, Wissen und Wahrheit*, Berlin, Merve Verlag, 1978, p. 104-117 [*Les rapports de pouvoir passent à l'intérieur des corps*], in *Dits et écrits*, t. II, Paris, Quarto Gallimard, 2001, p. 228-236].

Wolfgang Böckenförde¹⁸, définit le cadre historico-conceptuel dans lequel il convient de décrypter les codes normatifs de la modernité¹⁹. À cet égard, il est indubitable, pour Carl Schmitt, que l'État et la pensée de l'État tels qu'ils procèdent de la Paix de Westphalie [1648] ont intégré des éléments issus de la culture théologique et d'une organisation ecclésiale hautement professionnalisée²⁰. La généalogie et l'autolégitimation de l'État – sous la figure du « *mortal god* » hobbesien – sont seulement l'occasion de souligner une homologie sémantique et épistémique, « l'identité de structure entre les concepts de l'argumentation et de la connaissance juridiques et théologiques », tels que le concept de souveraineté, le monopole de la domination et de la décision, la législation, etc.²¹. Cette identité de structure et les potentialités qu'elle recèle sont les éléments qui déterminent de manière décisive le projet schmittien d'un droit légitime au-delà du libéralisme²².

Schmitt veut nous convaincre – et, en cela, les lignes d'argumentation de *Théologie politique* et de *La Notion de politique* se rejoignent – de ce que nous avons affaire à une histoire de la réflexion et de la conscience dans laquelle la question du droit soulève de manière inéluctable la question du politique. Car, lit-on dans *Théologie politique*, « l'image métaphysique qu'un âge se fait du monde a la même structure que ce qui lui paraît l'évidence même en matière d'organisation politique²³ ». Cette position a suscité une controverse qui se poursuit jusqu'à l'époque actuelle. Schmitt lui-même la défend tout à la fois contre la critique théologique (Eric Peterson), philosophique (Hans Blumenberg, Karl Löwith) et juridique (Carl Israel Reich)²⁴. Jean-François Kervégan montre toutefois qu'affirmer une *latence structurelle* du politique ne relève pas seulement d'une dynamique singulière, mais constitue une attaque en règle contre la fondation du droit [*Rechtsbegründung*] ou l'idéologie juridique traditionnelles.

Plus précisément : pour Carl Schmitt, l'affirmation d'une latence structurelle du politique a essentiellement pour but de s'opposer à la doctrine libérale dominante

¹⁸ E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation », in *Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien, Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag*, Stuttgart, Kohlhammer, 1967, p. 75-94 [« La naissance de l'État, processus de sécularisation », in *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, trad. O. Jouanjan *et al.*, LGDJ/Bruylant, Paris, 2000, p. 101-118].

¹⁹ L'idée d'histoire des concepts [*Begriffsgeschichte*] est un thème central chez Carl Schmitt, mais il n'est pas possible ici d'entrer dans les détails ; elle sera développée indépendamment par Reinhart Koselleck, voir R. KOSELLECK, *Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1979, p. 211 *sqq.* [Le futur passé. Contribution à la sémantique des temps historiques, trad. J. Hoock et M.-Cl. Hoock, Paris, Éd. de l'EHESS, 1990, p. 227 *sqq.*].

²⁰ On trouvera des interprétations parallèles et en partie polémiques chez P. LEGENDRE, *Das politische Begehren Gottes. Studie über die Montagen des Staates und des Rechts*, Vienne, Turia & Kant, 2012 [Leçon VII, *Le désir politique de Dieu. Étude sur les montages de l'État et du droit*, Paris, Fayard, 1988].

²¹ C. SCHMITT, *Politische Theologie*, *op. cit.*, p. 19 *sq.* [*Théologie politique*, *op. cit.*, p. 92 *sq.*].

²² Cette orientation nettement anti-libérale constitue sans doute la différence essentielle par rapport à la reconstruction de la légitimation de l'État telle que la conçoit Böckenförde. Nous reviendrons sur cette idée.

²³ C. SCHMITT, *Politische Theologie*, *op. cit.*, p. 50 *sq.* [*Théologie politique*, *op. cit.*, p. 55 *sq.*].

²⁴ Voir l'analyse de R. MEHRING, *Carl Schmitt: Denker im Widerstreit*, Fribourg, Karl Alber, 2017, p. 265-280, 311-336, 337-352, et R. GROH, *Arbeit an der Heillosigkeit der Welt. Zur politisch-theologischen Mythologie und Anthropologie Carl Schmitts*, Francfort-sur-le Main, Suhrkamp, 1998, p. 74 *sqq.*, *passim*.

concernant l'individu et la société, le droit et l'État. La matrice théorique est celle d'une succession de phases, un modèle selon lequel ce qui caractérise la formation des ordres des Temps modernes et de la Modernité est une tension majeure entre les formes de *production de cohérence* générale – que Schmitt appelle « secteurs décisifs » [*Zentralgebiete*] – et les effets de neutralisation correspondants. Ces formes de production de cohérence générale ont été et sont encore, outre le théologico-religieux, la métaphysique classique, précritique pourrait-on dire avec Kant, la morale humanitaire et le paradigme économique. Dans ces secteurs décisifs s'actualise en permanence un contenu politique qui, selon Schmitt, se manifeste sous la forme de regroupements ami/ennemi que chaque époque fait émerger de manière déterminée. L'importance de ces secteurs a pu varier, la théologie en tant que principe de cohérence a été neutralisée, une nouvelle métaphysique, puis la morale humanitaire sont apparues à sa place. Cependant, jusqu'au cœur du processus de formation des nations au XIX^e siècle, le cadre qui garantit l'établissement et l'effectuation du politique, c'est l'État²⁵. Mais Carl Schmitt concentre avant tout son attention sur la transformation radicale qui, il en est convaincu, s'opère au cours de la modernité et conduit nécessairement à considérer que « le processus de neutralisation des divers domaines de la vie culturelle touche à sa fin²⁶ ». L'omniprésence de la technique, la technicisation de sociétés entières fait clairement apparaître, selon lui, que la frontière tracée jusque-là entre domaine politique et domaines neutres ne fonctionne plus, que la dynamique de (dé-)politisation et de neutralisation s'est épuisée. « La technique n'est plus un terrain neutre au sens de ce processus de neutralisation, et toute politique forte se servira d'elle²⁷. » Mais il est également clair pour Carl Schmitt qu'il faut abandonner ou codifier autrement la sémantique traditionnelle de l'État et de la Constitution. Il s'agit désormais d'« État total », de la triade « État, mouvement, peuple », de la « reconstruction à neuf du droit constitutionnel et administratif », etc²⁸.

Il a été souligné maintes fois que l'on a ici affaire à une *totalisation du politique*, qui est une dissolution des structures étatiques²⁹. Ce n'est cependant pas ce prisme qui paraît en soi intéressant à Kervégan, et moins encore la question de savoir si la tendance au totalitarisme est inhérente à la pensée de Carl Schmitt ou si l'on devrait plutôt parler d'un excès d'idéologie³⁰. Pour lui, l'essentiel est ailleurs : le trait saillant de Schmitt, c'est qu'il part d'une redéfinition de l'espace public [*Öffentlichkeit*], d'une *déterritorialisation du politique* pour présenter ce qui est en quelque

²⁵ C. SCHMITT, *Der Begriff des Politischen*, op. cit., p. 80 sq., 86 sqq. [La notion de politique, op. cit., p. 133 sq., 140 sqq.].

²⁶ *Ibid.*, p. 94 [*ibid.*, p. 150].

²⁷ *Ibid.* [*ibid.*].

²⁸ C. SCHMITT, *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hambourg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1933 [État, mouvement, peuple. L'organisation triadique de l'unité politique, trad. A. Pilleul, Paris, Kimé, 1997] ; *id.*, « Der Neubau des Staats- und Verwaltungsrechts », in *Deutscher Juristentag. 4. Reichstagung des Bundes nationalsozialistischer deutscher Juristen*, Berlin, 1933.

²⁹ À propos de ce débat, voir J. HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1990, p. 161 sqq. [L'espace public : archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise, trad. M. B. de Launay, Paris, Payot, 1993, p. 152 sqq.].

³⁰ J.-F. KERVÉGAN, *Was tun mit Carl Schmitt?*, op. cit., chap. I [Que faire de Carl Schmitt ?, op. cit., chap. I : « Œuvre cryptique »].

sorte le principe universel des ordres modernes : le décisionnisme. Ce qui suscite l'intérêt, ce n'est pas l'axe (théorique) du décisionnisme, quel que soit le sens qu'on donne à ce concept, mais la repolitisation fonctionnelle du terrain neutre par un régime de décision intégré à l'ensemble de la société. Pour Carl Schmitt, résume Kervégan, « l'argument principal – décisif à ses yeux – [...] procède de la problématique juridico-politique élaborée entre 1922 et 1927 et de la conception décisionniste selon laquelle le politique n'a pas de substance propre, de lieu spécifique³¹ ».

Poussons plus loin la formulation. Schmitt retourne avec la plus grande vigueur contre le libéralisme même son programme politique classique tel qu'il s'était constitué après les révolutions bourgeoises de 1776 et 1789³². La technique et le progrès technique ne sont aucunement la simple expression d'une nouvelle culture de la liberté individuelle – ici, l'influence exercée par Helmuth Plessner est indéniable³³. Le sujet individuel, qui tire vanité de son point de vue (moral), devient, pour ainsi dire par la technique, objet d'un pouvoir et d'idéologies qui évacuent le sujet [*subjektgelöst*]. « Les inventions techniques d'aujourd'hui sont l'instrument d'une énorme domination des masses ; la radio suppose le monopole de la radiodiffusion, le cinéma la censure cinématographique. » Mais, est-il dit tout aussi clairement : « Le choix entre la liberté et l'asservissement n'est pas donné par la technique en tant que telle. Celle-ci peut être révolutionnaire ou réactionnaire, elle peut servir la liberté ou l'oppression, la centralisation ou la décentralisation³⁴ ». La décision réside bien plutôt dans le pouvoir irrésistible de la technicité – telle est la volte quasi marxiste de Schmitt. En d'autres termes :

[O]n ne saurait admettre que la technique, ce produit de l'intelligence et de la discipline de l'homme, et en particulier la technique moderne soit présentée tout naturellement comme une chose morte et sans âme, et que la religion de la technicité soit confondue avec la technique elle-même. L'esprit techniciste [...] n'en est pas moins esprit, peut-être mauvais et diabolique [...]. Cet esprit est peut-être effrayant, mais il n'est pas en lui-même un phénomène technique ou mécanique³⁵.

On est ici proche de la biopolitique de Michel Foucault, comme l'a noté très tôt Giorgio Agamben.

Avec cette contre-révolution du politique, on aborde la seconde face de la double stratégie évoquée plus haut, la déconstruction du droit civil-bourgeois [*bürgerliches Recht*] et des droits. Carl Schmitt renverse une nouvelle fois la table. En proclamant la fin du paradigme fondamental du libéralisme, il affirme dans le même temps que l'encadrement du politique par les principes de l'État de droit, le primat des droits subjectifs communément admis depuis Locke au moins, ne sont plus d'actualité. Le politique détermine le fondement et la portée de la forme juridique. Ce point, à dire

³¹ *Ibid.*, chap. III, *Ein « polymorpher » Begriff* [*ibid.*, p. 95].

³² Pour des détails sur ce point, voir J. HABERMAS, « Naturrecht und Revolution », in Chr. MENKE/F. RAIMONDI (dir.), *Revolution der Menschenrechte*, Berlin, Suhrkamp, 2011, p. 108-148 [« Droit naturel et révolution », in *Théorie et pratique*, Paris, Payot, 2006, p. 109-143].

³³ H. PLESSNER, *Grenzen der Gemeinschaft. Eine Kritik des sozialen Radikalismus*, Bonn, Friedrich Cohen, 1924 ; *id.*, *Macht und menschliche Natur. Ein Versuch zur Anthropologie der geschichtlichen Weltansicht*, Berlin, Junker & Dünnhaupt, 1931.

³⁴ C. SCHMITT, *Der Begriff des Politischen*, *op. cit.*, p. 91 [*La notion de politique*, *op. cit.*, p. 147].

³⁵ *Ibid.*, p. 93 [*ibid.* p. 148 *sq.*].

vrai, ne mériterait pas analyse spécifique puisque nous savons jusqu'où le conseiller d'État prussien Carl Schmitt pousse sa contre-révolution : jusqu'à l'État total dans lequel, est-il dit dès 1927, « tout, à tout le moins en tant que possibilité, est politique³⁶ ». En adoptant une posture de Grand Inquisiteur, on peut faire passer pour légitime défense de l'État n'importe quel acte terroriste, même le plus perfide, tel que l'exécution de la direction des SA sans procédure légale [*rechtsstaatlich*] et sa légitimation après coup par une loi³⁷. Au fond, la formule « Le *Führer* protège le droit »³⁸ manifeste seulement la conséquence radicale d'un décisionnisme instrumentalisé poussé à l'extrême. Que cette déconstruction, cette politisation du droit et des droits mérite d'être discutée, c'est ce que montre la poussée théorique d'un argument qui revient précisément en force dans les débats contemporains en philosophie du droit : l'attention portée aux conditions sociales — c'est-à-dire relevant du monde vécu — du droit et aux possibilités d'une conception critique du droit qui en découlent³⁹. Nous reviendrons sur ce débat.

On peut suivre Jean-François Kervégan et retourner contre Carl Schmitt son propre programme théorique sans perdre les potentialités que celui-ci recèle⁴⁰. Nous l'avons déjà souligné, l'objectif de Schmitt est de lier la perspective théorique d'ordre méthodique et épistémique à celle de l'analyse des concepts. En d'autres termes, il en va du *rappport intrinsèque* entre forme de pensée et forme juridique. Et c'est dans le concept de théologie politique que Schmitt trouve les impulsions décisives. Adopter un point de vue théologique pour élaborer un programme théorique moderne signifie mener une réflexion critique sur les présupposés de sa propre science. Voici ce qu'écrit à ce sujet Jean-François Kervégan :

Ce ne peut donc être *en théologien*, mais plutôt *à la manière* d'un théologien que le « dernier représentant conscient du *Jus publicum europaeum* » prétend agir. Or, qu'est-ce qui caractérise la posture du théologien ? Deux choses. Tout d'abord, il se réfère à un dogme ou à un corps de dogmes dont la vérité est supposée révélée dans l'acte de foi (que celui-ci soit personnel ou institutionnalisé). En second lieu, le théologien applique à ce dogme les ressources de la raison, cette raison « à laquelle tous sont obligés de donner leur adhésion » [...]. *Comme* le théologien, le juriste savant apporte à ce qui est objet de foi — dans son cas, le droit — l'éclairage de la raison naturelle, une raison dont les raisons parlent à chacun, qu'il soit croyant ou mécréant⁴¹.

³⁶ *Ibid.*, p. 24 [*ibid.*, p. 60, traduction modifiée].

³⁷ On trouvera désormais une analyse exhaustive et approfondie chez V. NEUMANN, *Carl Schmitt als Jurist*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, p. 324 *sqq*.

³⁸ C. SCHMITT, « Der *Führer* schützt das Recht », *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1934, col. 945-950, en part. col. 946 ; [« Le *Führer* protège le droit », trad. M. Kölle et D. Séglard, *Cités*, 14, 2003, p. 165-171, en part. p. 166] : « Le *Führer* protège le droit contre le pire usage abusif, au moment du péril, il légifère directement, en vertu de sa qualité de *Führer* et de l'autorité judiciaire suprême (*oberster Gerichtsherr*). Le véritable *Führer* est toujours également juge. De la qualité de *Führer* découle la qualité de juge [...]. Et Schmitt poursuit : « C'est pourquoi l'action du *Führer* était juridictionnelle. Elle n'est pas soumise à la justice, mais elle est elle-même la justice suprême ».

³⁹ Voir sur ce point Chr. MENKE, *Kritik der Rechte*, Berlin, Suhrkamp, 2015, p. 309 *sqq*.

⁴⁰ J.-F. KERVÉGAN, *Que faire de Carl Schmitt ?*, *op. cit.*, chap. III, « Théologie ».

⁴¹ *Ibid.*, p. 108-109.

La pensée théologico-juridique est une pensée holistique. Une pensée holistique de cette nature, précisément parce qu'elle pense en réseaux et relations, est nécessairement antipositiviste⁴². Il faut donc concevoir les sphères du politique et du droit, de la domination et de l'autonomie, de la société et de l'individu comme les éléments structurels d'une sémantique de l'ordre [*Ordnungssemantik*] qui doit sans cesse être interrogée. À ce titre, elles sont l'expression de la *conditio humana*. Quand Schmitt écrit que le 30 janvier 1933, jour de la « prise du pouvoir » par Hitler, « on peut dire que "Hegel est mort" »⁴³, il ne fait pas seulement preuve d'un opportunisme sans pareil engendré par l'obsession du pouvoir⁴⁴. Il rabaisse aussi le niveau théorique qu'il a lui-même fixé. L'ordre du politique se transforme ainsi en gouvernement de la violence pure, l'État total en exécuteur d'une idéologie contemplatrice de l'être humain. Mais pour peu que l'on prenne Schmitt au mot, l'argumentation devrait être tout autre. Le droit devrait être conçu comme le projet commun et générateur de sens d'une société libre, un projet qui mettrait en lumière aussi bien l'histoire du pouvoir que la dialectique de l'autonomie et de l'autorité sous la forme de l'ubiquité de la loi. Schmitt connaît parfaitement cette problématique. Il l'a étudiée en détail, notamment dans *Légalité et légitimité*⁴⁵. Au centre, il y a la toute-puissance du « législateur motorisé », qui détermine largement l'idée que les juristes se font d'eux-mêmes et donc de la science juridique et de la pratique du droit. « Destin du juriste et de l'état de juriste sur le continent : depuis la Révolution française (1789-1848) le droit se scinde en légalité et légitimité ; il prend fin lorsque le juriste se noie dans la simple légalité, positivisme pur⁴⁶. »

Selon l'analyse de Kervégan, c'est précisément ce *juridisme* positiviste que Schmitt critique dès l'époque de Weimar, notamment dans la version du normativisme juridique théorisée par Hans Kelsen⁴⁷. En outre, Schmitt reste fidèle à son cadre théorico-conceptuel. Il ne fonde pas sa critique sur le traditionnel schéma discursif et évaluatif qui veut que le point de vue du positivisme juridique soit jugé

⁴² P. STEKELER-WEITHOFER, *Eine Kritik juridischer Vernunft*, Baden-Baden, Nomos, 2014.

⁴³ C. SCHMITT, *Staat, Bewegung, Volk*, Hambourg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1933, p. 31 sq. [État, mouvement, peuple, trad. A. Pilleul, Paris, Kimé, 1997, p. 46].

⁴⁴ H. LETHEN a montré récemment que Schmitt utilise en le radicalisant l'ouvrage de Balthasar Gracián, *L'Homme de cour*, aux fins de se bâtir une doctrine du comportement et de la justification. On peut lire ce passage d'un monologue bizarre, probablement sur le modèle de l'aphorisme 43 : « Si tu te retrouves mêlé à un chœur parlé qui crie très fort, tu devras crier le texte à l'unisson et aussi fort que possible. Toute autre manière de faire signifierait pour toi une mort certaine et la pire de toutes. Ton ouïe et ton cerveau seraient fracassés de l'extérieur si tu ne te protégeais de l'intérieur en crient à l'unisson ; mon conseil consiste donc en un simple moyen de défense purement physique contre l'anéantissement par des ondes sonores ». Voir H. LETHEN, « Der Gracián-Kick im 20. Jahrhundert », *Zeitschrift für Ideengeschichte*, VII/3, 2013, p. 68 sqq. (cité d'après C. SCHMITT, *Glossarium, Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951*, Berlin, Duncker & Humblot, 1991, p. 144, 2015, p. 108).

⁴⁵ C. SCHMITT, *Legalität und Legitimität* (1932), 8^e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 2012 [*Légalité et Légitimité*, trad. Chr. Roy et A. Simard, Paris, Éd. de la MSH., 2016].

⁴⁶ Id., *Glossarium*, op. cit., 1991, p. 184, 2015, p. 139 ; citation en contexte chez J.-F. KERVÉGAN, *Que faire de Carl Schmitt ?*, op. cit., p. 110 sq.

⁴⁷ H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, J. Springer, 1925 ; id., *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Charlottenburg, R. Heise, 1928 [id., *Théorie générale du droit et de l'État*, suivi de *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, trad. B. La-roche et V. Faure, Paris, LGDJ, 1997].

à l'aune d'un point de vue jusnaturaliste et de critères de justice (in)variables dans le temps. C'est tout à fait consciemment qu'il parle de légitimité et de légalité⁴⁸, se situant ainsi dans le sillage de Max Weber sans toutefois reprendre à son compte – et c'est là l'important – *l'identité structurelle* entre légitimité et légalité visée par cet auteur. La légitimité au sens schmittien est un point de vue théorique qui doit résulter de l'orientation épistémique et méthodique de la pensée théologique. C'est un point de vue qui s'attache d'abord à prendre en considération la domination légale du droit. On reconnaît alors le rapport intrinsèque déjà évoqué que Schmitt veut établir entre forme de pensée et forme juridique⁴⁹. Le rapport entre légitimité et légalité souligne ainsi une opposition que Jean-François Kervégan reformule en termes schmittiens :

La tâche qui incombe au jurisconsulte conscient de son « état » et de l'histoire [...] est précisément de rendre ses droits à la légitimité, au lieu de se faire, comme le positiviste, le simple porte-parole du « législateur motorisé ». Et c'est dans la mesure où il assume pleinement cette tâche qu'il est véritablement un « théologien du droit ». [...] Autrement dit [...] la pensée (la théologie) du droit est aujourd'hui une pensée de la légitimité⁵⁰.

Le concept de légitimité schmittien permet de penser le politique au-delà du droit (positif). Le codage de la théologie politique tel que nous l'avons ici esquissé, le rapport entre le théologique, le politique et le juridique, est souvent compris différemment. En effet, on inscrit fréquemment les racines et la fonction de la théologie politique dans l'horizon de sens des représentations catholiques de la foi ou d'une vision *religieuse* du monde. Selon la position de chacun à l'égard du personnage de Schmitt et de ses visées théoriques, la théologie politique est alors gratifiée d'un degré plus ou moins élevé d'autonomie *scientifique*⁵¹. Il ne s'agit nullement de contester qu'on puisse interpréter la pensée de Carl Schmitt selon telle ou telle direction. Mais, comme cela a déjà été plusieurs fois souligné, les considérations présentes n'ont pas vocation à faire de ce que Helmut Plessner appelle *l'horizon d'inquiétante étrangeté* [*Unheimlichkeitshorizont*] de cette pensée un critère pour diagnostiquer la société contemporaine. Il faudrait plutôt parler, avec Friedrich Balke, d'un décentrement de la pensée schmittienne qui aide à situer le projet particulier de la théologie politique dans le contexte d'une histoire générale de la pensée et

⁴⁸ Sur l'histoire des concepts (que sans aucun doute Schmitt connaissait parfaitement), voir Th. WÜRTENBERGER, « Art, Legitimität, Legalität », in R. KOSELLECK *et al.* (dir.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, vol. 3, Stuttgart, Klett, 1984, p. 677-740 ; approfondi par J.-F. KERVÉGAN, *Que faire de Carl Schmitt ?*, *op. cit.*, p. 111 *sqq.*

⁴⁹ À paraître : B. ZABEL, *Legitimität denken. Rechtskritik mit und gegen Carl Schmitt*, 2021.

⁵⁰ J.-F. KERVÉGAN, *Was tun mit Carl Schmitt?*, *op. cit.*, chap. III [*id.*, *Que faire de Carl Schmitt ?*, *op. cit.*, p. 110 *sqq.*].

⁵¹ À propos de ce débat, voir par exemple : E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Politische Theorie und politische Theologie », in J. TAUBES (dir.), *Der Fürst dieser Welt. Carl Schmitt und die Folgen*, Munich/Paderborn, Fink & Schöningh, 1983, p. 16-25 ; R. GROH, *Arbeit an der Heillosigkeit der Welt*, *op. cit.*, p. 185 *sqq.* ; H. HOFMANN, *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, 5^e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 2010, « Einführung » ; H. MEIER, *Die Lehre Carl Schmitts. Vier Kapitel zur Unterscheidung Politischer Theologie und Politischer Philosophie*, 4^e éd., Stuttgart, Metzler, 2012, p. 269 *sqq.* [*La leçon de Carl Schmitt. Quatre chapitres sur la différence entre la théologie politique et la philosophie politique*, trad. Fr. Manent, Paris, Cerf, 2014, p. 255 *sqq.*].

d'une théorie générale du politique⁵². On se donne alors les moyens de critiquer le projet de Schmitt, de l'attaquer moralement, de le retourner contre son auteur ou de le défendre. Cependant, la volonté de penser une configuration valable du politique demeure, comme demeure l'exigence de reconnaître qu'il est possible de mettre en mouvement des projets théoriques tels que celui de Carl Schmitt et peut-être même de les faire entrer dans un mouvement dialectique. Au fond, la pensée de Schmitt renvoie au besoin de cohérence de *toute* société, à un savoir des médiations et des pratiques qui seuls rendent possible ou pérennissent une institution symbolique du monde⁵³.

La place éminente occupée par la théologie en tant que forme de pensée du politique ne diminue en rien l'importance des autres objets évoqués plus haut. Mais leurs renvois mutuels ainsi que le réseau conceptuel auquel ils se réfèrent sont manifestes. Normativité, légitimité, politique et monde sont autant de points de vue autonomes sur l'ensemble du champ de l'agir et du jugement humains, sur l'ordre du droit. Dans le même temps – du moins pour Carl Schmitt –, c'est d'abord du politique qu'ils tiennent leur pouvoir de configuration [*Gestaltungsmacht*] et leur signification sociale. Les tensions déjà apparues s'agissant de la théologie y persistent ainsi nécessairement. Jean-François Kervégan le montre à partir de l'exemple de la controverse entre Carl Schmitt et Hans Kelsen à propos de la normativité (juridique)⁵⁴. On le sait, Kelsen défend la thèse selon laquelle tout ordre juridique qui fonctionne doit absolument être présenté comme un système de normes cohérent et pur⁵⁵. Par conséquent, la validité normative des normes ne résulte pas de faits sociaux, d'une situation de normalité, mais elle ne peut être établie que dans le cadre d'un système clos de hiérarchie des normes – jusqu'à la norme fondamentale. Schmitt attaque avec virulence ce normativisme juridique en reprochant à Kelsen d'écluder le problème de la réalité du droit, de la genèse des normes et de l'exception dans son rapport à la règle. L'argument déterminant qu'il avance contre Kelsen se rapporte à la *structure performative*, constitutive selon lui de tout ordre et de toute norme juridique. En d'autres termes, l'acte qui pose, modifie ou abroge une norme n'est nullement extérieur à cette norme (ce qui est la thèse de Kelsen). Pour Schmitt au contraire, la décision relève de la logique inhérente à la normativité de la règle ou de la Constitution. « La normalité [...] n'est pas simplement une condition extérieure à la norme, qu'on pourrait négliger du point de vue juridique, mais une

⁵² Fr. BALKE, *Der Staat nach seinem Ende – die Versuchung Carl Schmitts*, Munich, Fink, 1996.

⁵³ Cl. LEFORT, *Fortdauer des Politisch-Theologischen?*, Vienne, Passagen Verlag, 1999 [« Permanence du théologico-politique ? », *Le temps de la réflexion*, n° 2, 1981, rééd. in *Essais sur le politique XIX^e-XX^e siècles*, Paris, Seuil, 1986, Points, 2001, p. 275-329] ; A. BADIOU, *Paulus. Die Begründung des Universalismus*, Zürich & Berlin, Diaphanes, 2009 [*Saint-Paul. La fondation de l'universalisme*, Paris, PUF, 1997, rééd. 2015] ; voir aussi C. CASTORIADIS, *Gesellschaft als imaginäre Institution. Entwurf einer politischen Philosophie*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1984 [*L'institution imaginaire de la société*, Paris, Seuil, 1975] ; E. VOEGLIN, *Die politischen Religionen* (Leipzig, 1938, Stockholm, 1939), Munich, Fink, 1993, 2007 [*Les religions politiques*, trad. J. Schmutz, Paris, Cerf, 1994].

⁵⁴ Pour les développements ci-dessous, voir J.-F. KERVÉGAN, *Was tun mit Carl Schmitt?*, op. cit., chap. IV [*Que faire de Carl Schmitt ?*, op. cit., p. 115-141].

⁵⁵ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Leipzig, Vienne, Deuticke, 1934 [*Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Paris, LGDJ, 2010].

caractéristique juridique interne essentielle de la validité des normes, et une détermination normative de la norme elle-même⁵⁶. » On voit clairement à quoi aboutit cet argument et c'est la seule chose qui nous intéresse ici. Il s'agit pour Carl Schmitt de réhabiliter « le *moment* politique du droit⁵⁷ », de critiquer le « législateur motorisé » et sa stratégie d'autolégitimation. Affirmer la pureté et l'autofondation du droit positif ne relève pas seulement à ses yeux d'une fiction idéologique de juriste. C'est surtout méconnaître que les ordres juridiques modernes sont soumis à une pluralité de situations *ouvertes du point de vue normatif* et à des intérêts *stratégiques* qu'il est impossible d'appréhender au moyen d'un modèle autoréférentiel d'articulation des normes entre elles. L'acte de révision constitutionnelle, les procédures du pouvoir constituant et jusqu'aux décisions révolutionnaires sont des révélateurs du surplus politique de toute normativité juridique, preuve de l'imbrication entre normalité et validité normative. Bien sûr, cette normalisation des ordres normatifs a un prix. Car il y a retournement de la normativité qui passe de la *statique de la validité* à une *dynamique de la décision*. Mais comment empêcher alors une politisation totale de la norme, et donc une totale anomie ? Carl Schmitt laisse en grande partie cette question dans l'ombre. C'est pourquoi, écrit Jean-François Kervégan, on peut se demander

si la position décisionniste ne risque pas de substituer à un dualisme, celui de l'être et du devoir-être, de la normativité et de la causalité, un autre dualisme, celui de l'être et du non-être, de l'ordre et du chaos, qui s'avèrera tout aussi lourd de présupposés, et qui pourrait conduire à penser que l'anomique détient à soi seul la clef de la règle. Cela conduirait alors non plus à réhabiliter (comme il convient sans doute de le faire) le *moment* politique du droit, mais à tenter d'instaurer, avec tout ce que cela comporte d'inquiétant, une politique pure, dégagée du droit [...]⁵⁸.

L'orientation théorique de Carl Schmitt révèle une matrice qui se retrouve dans les autres domaines : celle de la lutte contre *un ordre libéral sûr de son fait*. Sous l'angle de la légitimité, on retrouve cette matrice dans la critique du parlementarisme de Weimar et de l'État législateur bourgeois, dans la lutte contre le culte de la loi et dans la préconisation d'une activité globale de l'administration (la gestion du social au sens de Foucault). Mais on l'observe aussi dans la déconstruction de la politique libérale. L'axiome de la distinction ami/ennemi et la désignation d'un degré extrême d'union ou de désunion ne s'attaquent pas seulement à l'irénisme de la pensée libérale en faisant du conflit, du cas limite, le paradigme de l'action politique. En réalité, il s'agit d'une appréhension du politique comme centre à forte densité d'énergie, qui n'est lié ni à des êtres humains déterminés, ni à des lieux ou une figure déterminés. Kervégan parle en ce sens d'une « conception énergétique du politique⁵⁹ ». En d'autres termes, le politique est potentialité et ubiquité. Le foyer en vient finalement à s'étendre au-delà de l'État, au-delà du droit étatique interne. L'idée schmittienne d'une politique post-étatique concentre la critique du

⁵⁶ C. SCHMITT, *Über drei Arten des wissenschaftlichen Denkens*, 3^e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 2006 [1934], p. 20 [*Les trois types de pensée juridique*, trad. M. Köller et D. Seglard, Paris, PUF, 1995, p. 80, PUF, Quadrige, 2005, p. 115] ; J.-F. KERVÉGAN, *Que faire de Carl Schmitt ?*, *op. cit.*, p. 138].

⁵⁷ J.-F. KERVÉGAN, *Que faire de Carl Schmitt ?*, *op. cit.*, p. 141.

⁵⁸ *Ibid.*, chap. IV [*ibid.*, p. 140 *sq.*].

⁵⁹ *Ibid.*, chap. VI [*ibid.*, p. 185].

libéralisme sur le terrain du droit international universaliste. C'est irritant, d'autant qu'il ne faudrait pas oublier que des pans décisifs de sa théorie étaient prioritairement destinés à légitimer les intérêts de grande puissance et d'agression du Troisième Reich. Pourtant, la dynamique subversive de l'analyse juridique et conceptuelle apparaît ici aussi. Un concept du politique dégagé tant de l'essentialisme que des États concrets – dont il inclut même le déclin – permet de poser à neuf la question des conditions de validité des ordres interétatiques. En effet, pour Schmitt, le politique conçu dans la perspective du droit des gens doit mettre l'accent sur la tension entre la politique idéale de l'universalisme et la *Realpolitik* du pluralisme. Les relations interétatiques instituées par l'ordre international issu de la Première Guerre mondiale – en liaison avec le remplacement inéluctable du *Jus publicum europaeum* – n'ont pas éliminé les conflits, mais les ont seulement transformés en de nouvelles constellations de pouvoir et en de nouvelles pratiques permettant de faire triompher des intérêts particuliers. Cette interprétation du droit international, avec ses emprunts à Machiavel, Donoso Cortés ou Lénine⁶⁰, est une provocation dont le propos essentiel est de mettre à nu l'idéologie de l'universalisme. Les droits de l'homme, la démocratie, l'économie (mondiale) sont formulés dans le langage défini par les intérêts stratégiques des grandes puissances. Selon Schmitt, ce à quoi prétend l'universalisme est contradictoire et donc conflictuel en soi, car il ne peut résoudre le conflit entre humanité [*Humanität*] et hégémonie, entre morale et marché, entre droit et violence. Schmitt répond par un modèle de constitution mondiale [*Weltverfassung*] – le *Nouveau Nomos de la terre* – qui élève au rang de paradigme la pluralisation des rapports de forces interétatiques. En pleine guerre froide et avec une grande clairvoyance, Schmitt disait tenir la nouvelle dualité du monde « non pas pour un prélude à son unité, mais pour une transition vers une nouvelle pluralité⁶¹ ». Il s'agit une fois de plus de reconnaître la *politique du conflit* comme situation de normalité de tout droit⁶².

Carl Schmitt est un penseur du dissens, c'est ainsi que Jean-François Kervégan le caractérise à la fin de son essai⁶³. La formule est difficilement contestable après tout ce qui vient d'être dit, car Schmitt s'oppose avec virulence à l'ordre libéral sûr de son fait, à la dépolitisation du discours de la liberté et du rapport de droit en général. Mais il semble justement que le dissens, l'accentuation du caractère conflictuel des formes juridiques et des formes de vie contemporaines constituent un défi particulier pour la pensée de la modernité. Dans le prolongement des

⁶⁰ Pour l'interprétation de Schmitt et son argumentation, voir C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus publicum europaeum* (1950), Berlin, Duncker & Humblot, 1988 [*Le Nomos de la terre dans le droit des gens du Jus Publicum Europaeum*, trad. L. Deroche et P. Haggemanncher, Paris, PUF, 2001] ; *id.*, *Donoso Cortés in gesamteuropäischer Interpretation. Vier Aufsätze*, Cologne, Greven, 1950, rééd. Berlin, Duncker & Humblot, 2009 ; *id.*, « Die Einheit der Welt », in *Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995, p. 497, 503 [« L'unité du monde », in *Du politique*, trad. J.-L. Pesteil, Puisieux, Pardès, 1990, p. 226, 234]. Pour la réception de Lénine par Carl Schmitt, voir entre autres *Theorie des Partisanen. Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen* (1960), 4^e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 1995, p. 53 sq. [« Théorie du partisan », in *La notion de politique*, *op. cit.*, p. 255 sqq.].

⁶¹ C. SCHMITT, « Die Einheit der Welt », *op. cit.*, p. 505 [« L'unité du monde », *op. cit.*, p. 236].

⁶² Voir aussi J.-F. KERVÉGAN, *Was tun mit Carl Schmitt?*, *op. cit.*, chap. IV, V, VI, VII [*Que faire de Carl Schmitt ?*, *op. cit.*, chap. « Normativité », « Légitimité », « Politique », « Monde »].

⁶³ J.-F. KERVÉGAN, *Was tun mit Carl Schmitt?*, *op. cit.*, « Epilog. Dissens » [*Que faire de Carl Schmitt ?*, *op. cit.*, p. 249-252].

divergences d'interprétation brièvement évoquées au début de ce texte, on peut distinguer deux manières d'y répondre. L'une tente de définir la position de Carl Schmitt comme étant radicalement contradictoire avec « la modernité de l'État de droit » et la tient pour cette raison à distance. Telle est la position de Jürgen Habermas⁶⁴. L'autre suit une stratégie de réception, qui intègre l'arsenal conceptuel de Schmitt dans le champ des théories sociales et juridiques contemporaines. Ce courant est représenté par des auteurs aussi divers que Reinhart Koselleck, Giorgio Agamben ou Chantal Mouffe, pour ne citer qu'eux⁶⁵. Formulée de façon un peu simplifiée, la problématique est la suivante : est-il possible, voire nécessaire, de recourir (également) à une sémantique élaborée de la crise et du conflit pour faire valoir les cultures de légitimation de sociétés démocratiquement légitimées, et si oui, dans quelle mesure ? Cette controverse portant sur l'opportunité de la réception de Carl Schmitt fait face à un discours concurrent, qui court-circuite la grammaire du politique en se plaçant dans une perspective de critique du droit et du pouvoir. Ainsi, chez Hannah Arendt, Judith Butler, Wendy Brown, Claude Lefort ou Christoph Menke notamment, la question de l'encadrement politique des collectifs [*Gemeinwesen*] modernes est liée à une conception *participative* de la société, du sujet et des droits⁶⁶. En ce sens, écrit Hannah Arendt, l'agir politique en commun est la réponse à la « fragilité des affaires humaines⁶⁷ ». Cela implique que le contenu du politique ne peut pas trouver son fondement dans les activités de contrôle et de discipline (qu'elles soient le fait du législateur ou de qui que ce soit

⁶⁴ J. HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1990, p. 12 *sqq.* [L'espace public : archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise, trad. M.B. de Launay, Paris, Payot, 1993, p. 13 *sqq.*] ; *id.*, *Faktizität und Geltung*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1992, p. 226, 228 [Droit et démocratie : entre faits et normes, trad. R. Rochlitz & C. Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 1997, p. 204, 205] ; à propos de la réception de Schmitt par l'École de Francfort, voir E. KENNEDY, « Carl Schmitt und die "Frankfurter Schule" », *Geschichte und Gesellschaft*, 12, 1986, p. 380-419.

⁶⁵ G. AGAMBEN, *Homo sacer. Die souveräne Macht und das nackte Leben*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 2002 [*Homo Sacer. Le pouvoir souverain et la vie nue*, trad. M. Raiola, vol. 1, Paris, Seuil, 1997] ; E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Der verdrängte Ausnahmezustand », *Neue juristische Wochenschrift*, 1978, p. 1881-1890 ; R. KOSELLECK, *Begriffsgeschichten*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 2006, p. 9 *sqq.* ; Ch. MOUFFE, *Über das Politische. Wider die kosmopolitische Illusion*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 2007, p. 15 *sqq.* [L'illusion du consensus, trad. P. Colonna d'Istria, Paris, Albin Michel, 2016, p. 12 *sqq.*, 21 *sqq.*] ; pour la réception classique et critique, voir W. BENJAMIN, *Ursprung des deutschen Trauerspiels*, 6^e éd., Francfort-sur-le Main, Suhrkamp, 1993 [Origine du drame baroque allemand, trad. S. Müller, Paris, Flammarion, 2000] ; O. KIRCHHEIMER, « Legalität und Legitimität », *Gesellschaft*, IX, 1932, p. 8-20, et F. NEUMANN, *Die Herrschaft des Gesetzes: Eine Untersuchung zum Verhältnis politischer Theorie und Rechtssystem in der Konkurrenzgesellschaft*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1980, p. 337 *sqq.*

⁶⁶ H. ARENDT, *Was ist Politik? Fragmente aus dem Nachlaß*, Munich, Piper, 1993, p. 9 *sqq.* [Qu'est-ce que la politique ?, trad. C. Widmaier et M. Frantz-Widmaier, Paris, Seuil, 2014, p. 168] ; J. BUTLER, *Psyche der Macht*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1997, p. 7 *sqq.* [La vie psychique du pouvoir, trad. B. Mathieusent, Paris, L. Scheer, 2002, p. 22 *sqq.*] ; W. BROWN, « Die Paradoxien der Rechte ertragen », in Chr. MENKE & R. RAIMONDI (dir.), *Revolution der Menschenrechte*, Berlin, Suhrkamp, 2013, p. 454-473 ; Cl. LEFORT, « Die Frage der Demokratie », in, U. RÖDEL (dir.), *Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1990, p. 281-297 [« La question de la démocratie », in *Essais sur le politique XIX^e-XX^e siècles*, op. cit., p. 17-32] ; voir également Chr. MENKE, *Kritik der Rechte*, op. cit., p. 316 *sqq.*

⁶⁷ H. ARENDT, *Vita activa oder Vom tätigen Leben*, Munich, Piper, 2002, p. 245 [Condition de l'homme moderne, trad. Georges Fradier, Paris, Calmann-Lévy, 2018, p. 295 ; Quarto Gallimard, 2012, p. 211].

d'autre), mais que, bien plutôt, le politique renvoie nécessairement à la « révélation active d'un être fondamentalement unique⁶⁸ ». Il ne s'agit cependant pas de prétendre que ces différents discours ne se rejoignent pas sur certains points, bien au contraire. Mais la question n'est pas là. La question est plutôt que les théories contemporaines du droit et de la démocratie ne rendent compte que de manière très *selective* de la matrice politique de la modernité⁶⁹. Ainsi, il n'est pas rare que les conditions de la légitimation soient énoncées en fonction d'intérêts particuliers, en tant que projets de politisation ou de dépolitislation. Nous n'entrerons pas ici dans le débat sur ce qu'une telle attitude peut apporter à la compréhension de la modernité⁷⁰. Le sujet qui nous intéresse, en référence également à Carl Schmitt, touche à l'intégration du concept de politisation dans la théorie juridique et sociale. Et dans ce cadre, il est souvent fait appel soit à la conception participative du politique, que l'on peut appeler le *paradigme arendtien*, soit à la conception axée sur le conflit, que l'on peut désigner comme le *paradigme schmittien*⁷¹. Il faut bien l'admettre, cette distinction est un peu grossière, car nombre d'auteurs n'utilisent pas ces paradigmes à l'état pur. C'est le cas par exemple de Wendy Brown, Jacques Rancière ou Giorgio Agamben⁷². Cependant, ces orientations, participative ou agonistique, peuvent être considérées comme *idéales-typiques*. Mais si le politique doit se rapporter aux affaires communes des citoyens, si ces affaires constituent un entrelacs complexe de règles publiques et de formes de vie reconnues, de pratiques sociales d'action, de jugement et de critique émanant de la société civile, ne semble-t-il pas tomber sous le sens de jeter un pont entre ces deux paradigmes ? Cela paraît faisable et fécond pour autant que l'on envisage, comme nous le faisons ici, une pensée de Schmitt *décentrée*⁷³. Il n'est pas possible d'apporter une réponse exhaustive dans le cadre de ce texte. Nous nous limiterons, dans la courte dernière partie de cet essai, à formuler quelques thèses qui participent d'un concept de politisation un peu différent. Et nous refermerons par là-même le cercle de l'interrogation : « Que faire de Carl Schmitt ? »

⁶⁸ H. ARENDT, *La condition de l'homme moderne*, op. cit., p. 203 [trad. modifiée].

⁶⁹ Sur le débat afférent au concept de démocratie à l'époque de la modernité, voir par exemple H. BUCHSTEIN et D. JÖRKE, « Das Unbehagen an der Demokratietheorie », *Leviathan*, 31, 2003, p. 470-495 ; D. COMTESSE et. al, *Radikale Demokratietheorie*, Berlin, Suhrkamp, 2018 ; I. MAUS, *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1994 ; Chr. MÖLLERS, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, 2^e éd., Berlin, Wagenbach, 2009.

⁷⁰ Voir à ce propos Th. BEDORF, « Das Politische und die Politik – Konturen einer Differenz », in Th. BEDORF et K. RÖTTGERS (dir.), *Das Politische und die Politik*, Berlin, Suhrkamp, 2010, p. 13-37.

⁷¹ À propos de cette distinction, voir aussi O. MARCHART, *Die politische Differenz*, Berlin, Suhrkamp, 2010, p. 35 *sqq.*

⁷² W. BROWN, « Die Paradoxien der Rechte ertragen », op. cit., p. 454-473 ; J. RANCIÈRE, *Das Unvernehmnen. Politik und Philosophie*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 2002, p. 132 *sqq.* [La mé-sentente. Politique et philosophie, Paris, Galilée, 1995, p. 53 *sqq.*, 171 *sqq.*] ; G. AGAMBEN, *Homo sacer*, op. cit., p. 127 [Homo sacer, op. cit., p. 131, 148].

⁷³ Sur le sens donné ici au terme de « décentrement », voir plus haut.

3. LA PERFORMANCE DU POLITIQUE ET LE DROIT

a) Des ordres fragiles

Les ordres modernes, qu'il s'agisse des constitutions, des sociétés, des économies de marché ou encore des moyens de subsistance individuels, sont des ordres fragiles. Les révolutions bourgeoises de la fin du XVIII^e siècle sont le signe emblématique d'une transformation radicale du politique. La légitimation du pouvoir d'État, des institutions publiques et des droits subjectifs s'inverse et passe de la transcendance à l'immanence⁷⁴. Toute forme de pouvoir d'État, de codage politique du social doit désormais s'orienter à partir de critères intramondains (et en ce sens séculiers), des attentes normatives des sujets sociaux et de leurs expériences de la cohérence. Mais c'est précisément cette nouvelle figure de l'*autoréférentialité* sociale qui crée la fragilité des ordres modernes. Il ne s'agit pas ici de prétendre que les structures des ordres prémodernes n'auraient été ni fragiles ni précaires. Tout au contraire, l'intrication entre politique, économie et religion, l'absence de contrôle des élites dominantes ou la manière de traiter les minorités confessionnelles montrent clairement qu'elles l'étaient. Mais à la différence de ces formes de pouvoir et de vie auxquelles une fondation métaphysique ultime ou un ordre divin sacré confèrent une stabilité, les attentes normatives des sujets des sociétés modernes et leurs expériences en matière de cohérence ne peuvent plus se référer à une quelconque transcendance pour y chercher une assurance. La stabilité interne du *body politic*, ou ce que nous considérons aujourd'hui comme un collectif [*Gemeinwesen*] politique (et démocratique) est certes toujours renvoyée à une *autohabilitation* [*Selbstermächtigung*] du souverain. Néanmoins, le degré de stabilité interne dépend de l'aptitude d'une constitution [*Verfassung*] séculière à transformer par elle-même et à fondre ensemble les intérêts des sujets sociaux et les intérêts du pouvoir dans un projet commun et créateur de cohérence. Outre les questions de participation politique et de garantie des droits, cela concerne l'ensemble de l'administration et du contrôle de la vie civile, la régulation du marché et de l'économie, la mise en place de conditions de subsistance suffisantes et la maîtrise des peurs individuelles et collectives. On reconnaît là sans peine le modèle libéral⁷⁵.

Émile Durkheim, puis Max Weber et Michel Foucault ont attiré l'attention sur les dynamiques liées à ce modèle. Émile Durkheim souligne les interactions existantes entre l'extension des fonctions du pouvoir d'État et la prétention de l'individu à être respecté, Max Weber insiste sur le caractère amorphe du concept de pouvoir, et Michel Foucault met en avant le nouveau régime de la biopolitique tel qu'il se manifeste dans les pratiques disciplinaires, de sujétion et de souci de soi⁷⁶.

⁷⁴ Voir N. LUHMANN, « Subjektive Rechte. Zum Umbau des Rechtsbewusstseins für die moderne Gesellschaft », in *id.*, *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, vol. 2, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1981, p. 45-104.

⁷⁵ Sur l'idée et la réalité du libéralisme (politique), voir, d'une part, J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971 [*Théorie de la justice* (1971), trad. C. Audard, Paris, Le Seuil, 2009] et, d'autre part, Chr. MENKE, *Kritik der Rechte*, *op. cit.*, p. 65 *sqq. passim*.

⁷⁶ E. DURKHEIM, *Physik der Sitten und des Rechts. Vorlesungen zur Soziologie der Moral*, Francfort-sur-le Main, Suhrkamp 1991, p. 85 [*Leçons de sociologie. Physique des mœurs et du droit*, Paris, PUF, 1950, p. 69] ; M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1972, p. 28 *sq.* [*Économie et société*, trad. J. Freund *et al.*, Paris, Pocket, 1995, p. 95] ; M. FOUCAULT, « Die Gouvernementalität », in *Analytik der Macht*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 2005, p. 148-173 [*La gouvernementalité* » [1978], in *Dits et écrits*, t. II, 1976-1988, Paris, Quarto Gallimard, 2001,

Carl Schmitt partage fondamentalement cette analyse. Sa sociologie des concepts politiques et juridiques s'oppose précisément à tout normativisme juridique, qu'il s'agisse des théories de Kelsen ou de la doctrine constitutionnelle positiviste encore dominante de nos jours. C'est pourquoi sa vision va bien au-delà du juridisme de l'application de la règle, au-delà aussi des politiques étatiques typiques (politique sanitaire, politique sociale, politique économique, etc.). Le politique est, de manière latente, potentialité et ubiquité. Son « dynamisme peut lui être fourni par les secteurs les plus divers de la vie des hommes », et dans cette mesure, il « ne désigne pas un domaine d'activité propre », mais seulement « le degré d'intensité d'une association ou d'une dissociation⁷⁷ ». Le fait que Schmitt relie sa pensée théologique – la théologie comme forme de pensée – à son paradigme ami/ennemi⁷⁸ est intéressant à double titre pour le temps présent. D'une part, il transpose les « concepts descriptifs » de la sociologie classique en « concepts antonymes » [*Gegenbegriffe*] (auxquels Reinhart Koselleck rattachera ses « concepts de mouvement⁷⁹ »). Pour Carl Schmitt, les concepts antonymes ne sont pas seulement des catégories d'analyse ou des indicateurs linguistiques. Les concepts antonymes sont des facteurs de pouvoir, qui peuvent intégrer une sémantique politique, développer son potentiel et en faire une arme polémique. D'autre part, ce « profilage politico-polémique des concepts en concepts antonymes⁸⁰ » permet à Schmitt de reconstituer le caractère précaire et mouvant des ordres modernes et de le retourner contre l'idéologie libérale. Les antagonismes, les conflits et le dissensitement ne sont pas des effets secondaires des ordres sociaux. À travers eux s'exprime un *movens*, une impulsion fondamentale de l'agir et du jugement humains. Pensons ainsi à la grève générale, qui brise de façon radicale le consensus (transitoire) entre les acteurs du marché ; au retour en force de l'extrémisme de droite, à l'agressivité avec laquelle sont menées les batailles d'opinion en Allemagne et dans d'autres pays d'Europe ; ou encore au phénomène du terrorisme et au maniement – y compris langagier – des peurs, de l'insécurité ainsi que de l'hostilité [*Feindschaft*]. Pour Carl Schmitt, ce qui est ici en jeu, ce ne sont ni le moralisme ni les condamnations juridiques. Les constellations du politique font précisément obstacle à cela et expriment le noyau existentiel de tout ordre. En revanche, les interprétations libérales ne veulent plus rien savoir du politique, du différend et du conflit – et c'est là le point principal de la critique que Schmitt leur oppose. La fixation méthodique et normative sur l'individu – les droits subjectifs pré-étatiques – occulte plus ou moins les conditions

p. 635-657] ; *id.*, *Die Geburt der Biopolitik, Geschichte der Gouvernementalität II*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 2004 [*Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*, Paris, EHESS/Seuil/Gallimard, 2004].

⁷⁷ C. SCHMITT, *Der Begriff des Politischen*, *op. cit.*, p. 38 [*La notion de politique*, *op. cit.* p. 77].

⁷⁸ Sur le concept du politique et le concept de théologie comme formes de pensée, voir les développements ci-dessus.

⁷⁹ R. KOSELLECK, *Vergangene Zukunft*, *op. cit.*, p. 211 *sqq.*, 300 *sqq.* [*Le futur passé. Contribution à la sémantique des temps historiques*, *op. cit.*, p. 227 *sqq.*, 311 *sqq.*].

⁸⁰ R. MEHRING, *Carl Schmitt: Denker im Widerstreit*, Fribourg/Munich, Karl Alber, 2017, p. 300 [*NdT*].

politiques et hégémoniques qui président au consensus et à la constitution [*Verfasung*] (démocratique). Le libéralisme s'installe dans le confort de la zone de paix et prend peur quand le refoulé du politique fait irruption⁸¹.

Carl Schmitt pointe ainsi un problème des théories libérales. Mais Jean-François Kervégan souligne à juste titre que la pensée de Schmitt s'inscrit dans la logique du « ou bien ... ou bien », et que cette logique elle-même fait surgir un problème, un antagonisme :

La limite *épistémique* de la pensée schmittienne tient sans doute à cela même qui peut nous séduire en elle : elle adopte systématiquement le point de vue du « ou bien ... ou bien » dont Hegel considérait qu'il interdit, en son « dogmatisme », l'accès à la position rationnelle [...] des questions formulées [...]. Cette logique du « ou bien ... ou bien » est extraordinairement efficace pour dénoncer une opinion commune (en l'espèce, la *doxa* libérale que Schmitt ne cesse de pourfendre) ; elle l'est en revanche bien moins pour penser au-delà des alternatives reçues (légalité *ou* légitimité, norme *ou* décision...)⁸².

Si ces limites sont immanentes à la pensée de Carl Schmitt, pourquoi devrait-on exclure de rapporter cette pensée à d'autres conceptions, par exemple à celle de Hannah Arendt ? Il n'est pas possible ici d'approfondir cette question comme elle le mériterait. Nous devrons nous limiter à quelques remarques. En premier lieu, les points de départ des pensées de Schmitt et d'Arendt sont contraires : l'argumentation de Schmitt est à la fois analytique et polémico-hégémonique, celle de Hannah Arendt et des différentes réceptions qui ont été faites de sa pensée relèvent de la critique du pouvoir et d'une orientation participative⁸³. Arendt ne met donc pas l'accent sur le conflictuel en tant que caractère originaire du politique, mais plutôt sur le potentiel à l'autoréalisation des sociétés dans leur dimension de pluralité, à partir d'un agir commun et public. En outre, cette idée du politique diffère de la position de Schmitt par son orientation normative. En effet, le politique, au sens emphatique, renvoie à la fois au besoin de critique [*Kritikbedürftigkeit*] et à la capacité de développement des collectifs autoconstitués [*selbstverfasste Gemeinwesen*]. Le collectif est la libre décision de tous. Hannah Arendt fait néanmoins référence à cette fragilité des affaires humaines déjà évoquée⁸⁴. C'est sans doute sur ce point que Carl Schmitt et elle sont le plus proches. Cette fragilité peut être comprise comme l'explicitation de ce qui n'est jamais fermement établi [*das Nicht-Festgestellt-Sein*], du caractère ouvert des collectifs autoconstitués. Schmitt inscrirait cela au crédit de la force du politique, Arendt – comme Walter Benjamin – le porterait au compte de la violence en puissance des ordres sociaux. Ces deux positions ne s'excluent pas nécessairement, elles peuvent même être complémentaires, comme le manifestent certaines conceptions contemporaines du politique⁸⁵. Mais

⁸¹ Voir aussi Ch. MOUFFE, *Über das Politische*, *op. cit.*, p. 15 *sqq*, p. 85 *sqq*. [*L'illusion du consensus*, *op. cit.*, p. 21 *sqq*, 100 *sqq*, 115 *sqq*].

⁸² J.-F. KERVÉGAN, *Was tun mit Carl Schmitt?*, *op. cit.*, « Zwischenbilanz » [*Que faire de Carl Schmitt ?*, *op. cit.*, p. 73 *sq*].

⁸³ H. ARENDT, *Vita activa*, *op. cit.*, p. 293 *sq*. [*Condition de l'homme moderne*, *op. cit.*, p. 353 *sqq*, 2012, p. 244 *sqq*].

⁸⁴ Nous avons déjà développé ce point.

⁸⁵ Cl. LEFORT, « Die Frage der Demokratie », in J. VOGEL (dir.), *Gemeinschaften. Positionen zu einer Philosophie des Politischen*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1994, p. 281-297 [*La question de la démocratie*], in *Essais sur le politique XIX^e-XX^e siècles*, *op. cit.*, p. 17-32] ; J.-L. NANCY, « Das

ce que Hannah Arendt fait valoir contre la « dérive polémico-hégémonique » de la pensée de Schmitt, c'est la *liberté comme moment de configuration positive* du politique. La vie en commun sociale et juridique ne saurait être tout entière réduite à l'expérience de l'intensité. Elle requiert nécessairement l'intérêt pour les affaires de la *res publica*.

b) La liberté

Il serait faux de dire que Schmitt néglige totalement la liberté du politique. Il faut plutôt parler, le concernant, d'un rapport extrêmement ambivalent à la liberté comme moment de configuration du politique. D'un côté, sa vision de la liberté individuelle – sous l'angle des droits subjectifs – correspond à la signification que lui donne le libéralisme anglo-américain⁸⁶, ce que reflète d'ailleurs son ouvrage *Théorie de la Constitution*⁸⁷. D'un autre côté, il s'oppose à cette « socialisation » [Vergesellschaftung] de la liberté – qui est une dépolitisation – en insistant sur la dépendance de la liberté individuelle à la validité d'un droit (étatique) objectif, quelle que soit l'acception revêtue par ce terme. La proclamation de l'État total et de la totalisation du politique constitue une radicalisation de cette position. Alors que Hannah Arendt cherche à élaborer un concept de liberté intégrant à la fois pluralité et constitution d'un monde commun [Vergemeinschaftung], la logique de la pensée de Schmitt est sur ce point aussi celle du « ou bien ... ou bien », ainsi que l'a déjà montré Christoph Menke⁸⁸. Il faut souligner que ces deux manières de penser le politique ont joué et jouent un rôle important dans la seconde moitié du XX^e siècle et au début du XXI^e siècle. Cela ne fait aucun doute pour la conception intégrative et cosmopolitique de Hannah Arendt avec son idée du « droit d'avoir des droits»⁸⁹. Ce cosmopolitisme a ses prolongements jusque dans l'universalisme des démocraties modernes (Chantal Mouffe). On évoquera ici simplement Jürgen Habermas, le plus éminent représentant du projet inclusif du droit et de la liberté⁹⁰. L'organisation bi- et multipolaire de l'ordre mondial postérieur à la Seconde Guerre mondiale, une multipolarité qui – malgré ou à cause de l'ONU – menace encore de s'intensifier à l'époque actuelle, n'est pas la seule chose qui fasse

gemeinsame Erscheinen. Von der Existenz des "Kommunismus" zur Gemeinschaftlichkeit der "Existenz" », in J. VOGEL (dir.), *Gemeinschaften...*, op. cit., p. 167-204.

⁸⁶ I. BERLIN, « Zwei Freiheitsbegriffe », in *Freiheit. Vier Versuche*, Francfort-sur-le-Main, Fischer, 1969, p. 250 sqq., 254 [« Deux conceptions de la liberté », in *Éloge de la liberté*, trad. J. Carnaud et J. Lahána, Paris, Calmann-Lévy, 1988, p. 167-218]. Cette présentation se réfère à une série de positions classiques, par exemple celles de Benjamin Constant, Alexis de Tocqueville ou Stuart Mill. Dans une perspective critique, voir Ch. TAYLOR, *Negative Freiheit? Zur Kritik des neuzeitlichen Individualismus*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1988, p. 118 sqq. ; sur le débat actuel, voir seulement R. GEUSS, « Auffassungen der Freiheit », *Zeitschrift für philosophische Forschung* n° 49, 1995, p. 1-14.

⁸⁷ C. SCHMITT, *Verfassungslehre* (1928), 10^e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 1993, p. 126, 166, 169, 173 [Théorie de la Constitution, trad. L. Deroche, Paris, PUF, Quadrige, 2013, p. 264 sq., 303 sq., 306, 310 sq.].

⁸⁸ Chr. MENKE, *Kritik der Rechte*, op. cit., p. 204 sqq.

⁸⁹ H. ARENDT, *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft*, Munich, Piper, 2003, p. 614 [Les origines du totalitarisme, trad. M. Leiris, Paris, Quarto Gallimard, p. 599].

⁹⁰ Dans le même sens, voir R. RORTY, *Objectivity, Relativism and Truth*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991 [Objectivité, relativisme et vérité, trad. J.-P. Cometti, Paris, PUF, 1994].

objection à une telle position. La logique de liberté des collectifs [*Gemeinwesen*] démocratiques semble elle aussi plus fortement marquée par la culture du dissensitement qu'on ne l'estime souvent. Par culture du dissensitement, nous entendons une disposition durable à arbitrer les conflits, qui vise à *mettre en mouvement* les constitutions [*Verfassungen*]. Les débats sur les standards de liberté existants ou encore sur la manière dont sont traitées les pathologies et les régressions accompagnant l'économicisation et la mondialisation des sociétés montrent clairement à quoi peut aboutir une telle culture du dissensitement. Par distinction, la politique à la manière occidentale tente de médiatiser dissensitement et conflits par le primat du droit et des droits, cette « domination de la loi » dont parle Franz Neumann⁹¹. Ces stratégies de neutralisation ne suffisent pas à appréhender la dialectique de la liberté, ce que révèlent les problèmes rencontrés par les démocraties libérales lorsqu'elles doivent arbitrer les polémiques, comme le montre le récent débat sur le phénomène migratoire et plus précisément sur l'immigration.

Concevoir la liberté comme liberté sociale devrait en réalité aboutir à prendre en compte à la fois le moment polémique du dissensitement – le paradigme schmittien – et la force d'agir et de juger en commun qui vise à la participation et à l'inclusion – le paradigme arendtien. Ces deux éléments structurels de la liberté doivent s'entendre en même temps comme les conditions qui permettent l'existence et le fonctionnement de sociétés modernes plurales⁹². Depuis Hegel et Nietzsche, nous savons en outre que la constitution du sujet est fondée sur une dialectique similaire⁹³. Pris dans les conflits et les constellations de pouvoir – dans une lutte pour la reconnaissance –, le sujet se constitue en vecteur, destinataire et producteur de normes sociales. Bref, le sujet se situe au point d'intersection de la sujétion et de la libération. « Si, au sens nietzschéen, le sujet est formé par une volonté qui se retourne contre elle-même en assumant une forme réflexive, alors, écrit Judith Butler, le sujet est la modalité du pouvoir qui se retourne contre elle-même ; le sujet est l'effet rétroactif du pouvoir⁹⁴. » Notre propos ici n'est pas d'écrire un nouveau chapitre de la théorie de la liberté sociale ni de développer la sémantique du sujet, mais de voir jusqu'où il est possible, en s'appuyant sur certains champs conceptuels, d'effectuer une re-lecture et par suite un décentrement de la pensée

⁹¹ F. NEUMANN, *Die Herrschaft des Gesetzes*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1980.

⁹² En ce sens, on pourrait introduire ici le concept de co-originarité [*Gleichursprünglichkeit*] utilisé par Jürgen Habermas. Comme on le sait, Habermas voulait signifier par cette figure que le rapport existant entre État de droit et démocratie est un lien à la fois conceptuel et interne, et pour le démontrer, il met en évidence le fait qu'autonomie privée et autonomie publique se présupposent réciproquement. Voir J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1992, p. 155, ainsi que la postface à la 4^e éd., 1994, p. 670 [*Droit et démocratie. Entre faits et normes*, trad. R. Rochlitz et Ch. Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 1997, p. 99 sq., 120, 139 sqq., postface p. 486].

⁹³ G.W.F. HEGEL, *Phänomenologie des Geistes*, in *Gesammelte Werke*, t. IX, Hambourg, Fritz Meiner, 1980 [*Phénoménologie de l'esprit*, trad. J.-P. Lefebvre, Paris, Aubier, 1991, en part. « Domination et servitude » et « La conscience malheureuse », chap. IV « La vérité de la certitude de soi-même »] ; Fr. NIETZSCHE, *Zur Genealogie der Moral*, Kritische Studienausgabe, vol. V, Munich/Berlin, De Gruyter, 1980, p. 322 [*La généalogie de la morale. Un écrit polémique*, trad. I. Hildebrand et J. Gratien, Paris, Gallimard, 1971, p. 94, 2^e dissertation, § 16, « La «faute», la «mauvaise conscience» et ce qui leur ressemble »].

⁹⁴ J. BUTLER, *Psyche der Macht*, op. cit., p. 12 [*La vie psychique du pouvoir*, op. cit., p. 28].

de Carl Schmitt. L'intérêt de cette démarche apparaît surtout dans le domaine pour lequel il se sentait compétent au premier chef : le droit et la constitution.

c) Penser politiquement le droit ?

La proposition schmittienne de penser politiquement le droit divise aujourd’hui encore les esprits. Des concepts tels que le décisionnisme, l'état d'exception ou l'État total sont représentatifs, *pars pro toto*, de la controverse et des lignes de démarcation que les théories juridiques libérales ne sont pas prêtes à franchir⁹⁵. Mais existe-t-il pour le présent une forme de pensée politique du droit qui traverse de bout en bout la pensée de Carl Schmitt et l’abolisse au triple sens hégélien, c'est-à-dire la dépasse, tout en la conservant, et lui confère une nouvelle fonction ? Y-a-t-il une fécondité du théorème schmittien de la politisation pour une pensée juridique critique et antitotalitaire ? Sans doute, à condition de conserver un regard analytique sur la tendance du droit positif à se satisfaire de lui-même et, dans le même temps, de soumettre le discours de légitimation dominant à la dialectique déjà évoquée du concept de liberté sociale. Pour ce faire, nous analyserons trois aspects structurels du droit : le rapport du droit au politique, le droit en tant que technique sociale et enfin le droit dans sa fonction pacificatrice. Commençons par le rapport du juridique au politique.

Nous pouvons convenir avec Carl Schmitt de ce que toute norme, toute normativité juridique est intégrée dans un tissu de pratiques, de décisions et de situations politiques. Cela vaut déjà pour l'acte originaire de fondation par le pouvoir constituant. Cela vaut en outre pour l'interprétation des normes par les sujets sociaux et les groupes de la société civile. Et cela vaut même pour l'ordre juridique constitutionnel, du moins si l'on prend en compte les formes du jugement institutionnalisé typiques du droit (autorités, tribunaux, etc.). Ces *horizons d'attente* fréquemment *performatifs* sont précisément le cadre dans lequel la norme juridique peut déployer ses effets⁹⁶. Il ne s'agit pas de contester par-là la propriété [*Eigenrecht*] ni la logique propre du droit⁹⁷. Mais nous devrions être attentifs au fait que, en l'occurrence, deux éléments structurels qui influencent considérablement le droit sont imbriqués : les actes libres de l'autoconstitution [*Selbstkonstitution*] – en tant qu'auto-habilitation – et les procédures de l'auto-organisation sociale. Auto-habilitation et auto-organisation, ou autonomie et autorité, désignent des conditions génétiques et des forces motrices du droit. Mais elles renvoient également aux apories qu'énoncent Benjamin, Foucault et Derrida⁹⁸. Le droit peut-il être aliénation et liberté, violence et justice tout à la fois ? Le droit moderne est-il particulièrement

⁹⁵ Voir l'analyse de J.-F. KERVÉGAN, *Que faire de Carl Schmitt ?*, op. cit., chap. III-VII.

⁹⁶ Sur l'argumentation de C. Schmitt, voir ci-dessus et J.-F. Kervégan.

⁹⁷ À propos de ce débat, voir seulement J. ISENSEE, *Das Volk als Grund der Verfassung. Mythos und Relevanz von der Lehre der verfassungsgebenden Gewalt*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1995.

⁹⁸ W. BENJAMIN, « Zur Kritik der Gewalt », in *Gesammelte Schriften*, t. II, 1, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1999, p. 179-204 [Pour une critique de la violence, trad. A. Wiser, Paris, Allia, 2019] ; M. FOUCAULT, « Die Gouvernementalität », in *Analytik der Macht*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 2005, p. 148-173 [« Gouvernementalité », in *Dits et écrits*, t. II, Paris, Quarto Gallimard, 2001, p. 635-657] ; J. DERRIDA, *Gesetzeskraft. Der « mystische » Grund der Autorität*, Francfort-sur-le Main, Suhrkamp, 1991, p. 46 sqq. [Force de loi. Le fondement mystique de l'autorité, Paris, Galilée, 1994, p. 48 sqq.].

sujet aux pathologies, aux régressions et aux impérialismes ? Notre objectif ici n'est pas de déconstruire les sémantiques de la liberté, de la violence et de la justice. D'autres l'ont fait⁹⁹. La question qui nous intéresse est plutôt de savoir quelle signification revêt la « double hélice » de l'autonomie et de l'autorité pour la face politique du droit. En effet, souvent, comme c'est le cas chez Hannah Arendt, la face politique est avant tout rattachée aux actes émancipateurs de l'autohabilitation. Le droit et les droits doivent rendre possible la participation. On peut accorder cela sans difficulté, tout en continuant malgré tout d'affirmer que l'effectivité [*Wirksamkeit*] du politique ne se réduit pas à cela. En effet, les communautés [*Gemeinschaften*] sociales doivent sans cesse être mises en ordre et stabilisées ; il faut constamment déterminer les intérêts individuels, collectifs et publics en présence et résoudre les conflits. Foucault a beaucoup insisté sur ce moment autoritaire, ou si l'on veut, décisionniste du politique. L'ordre du social – la « bonne police » comme on l'appelait depuis le début des Temps modernes – englobait l'ensemble des conditions de vie de la population¹⁰⁰, le bonheur tout comme l'imposition des standards de comportement¹⁰¹. Mais cet ordre et ces pratiques sociaux ne doivent pas être identifiés avec ce que l'on entend couramment par police de nos jours. Le maintien, la stabilisation et la réorientation de la vie en commun des hommes obéissent non pas à une logique répressive sophistiquée, mais au besoin de cohérence de sociétés fragmentées¹⁰², un besoin auquel éthicité [*Sittlichkeit*] et morale n'apportent plus une réponse à hauteur d'exigence et qui est, pour le dire brièvement, celui d'instituer la cohérence par la maîtrise des contingences. Mais, dès lors, le politique et la face politique du droit renvoient à un paradoxe, celui du pouvoir qu'ont les dispositifs régulateurs [*Regulierungen*] de rendre possible la liberté.

Les propos de Foucault sur la « microphysique du pouvoir », les régimes disciplinaires et les techniques de contrôle nous rendent attentifs aux dynamiques qui leur sont nécessairement liées¹⁰³. L'exemple déjà évoqué de la police est sans doute le plus prégnant. En tant qu'autorité étatique, la police est certes désignée comme de « gardien de l'ordre ». Elle est censée garantir la sécurité et écarter les dangers, par exemple la mise en danger de la vie d'autrui – et qui voudrait renoncer à ces garanties ? En même temps, aux XX^e et XXI^e siècles, la police s'est presque sans exception changée en appareil répressif par excellence. Comment expliquer qu'une

⁹⁹ Voir à ce sujet uniquement A. HAVERKAMP (dir.), *Gewalt und Gerechtigkeit. Benjamin – Derrida*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1994.

¹⁰⁰ M. FOUCAULT, « *Omnes et singulatim. Zu einer Kritik der politischen Vernunft* », in J. VOGT (dir.), *Gemeinschaften. Positionen zu einer Philosophie des Politischen*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1994, p. 65-93, ici p. 86 [*id.*, « *Omnes et singulatim : vers une critique de la "raison politique"* », in *Oeuvres*, t. II, Paris, Gallimard, 2015, p. 1328-1358, en part. p. 1353].

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 88 [*ibid.*, p. 1354 sq.].

¹⁰² Voir l'interprétation divergente concernant la politique et la police chez J. RANCIÈRE, *Das Unvernehmnen*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 2002, p. 40 sqq. [*La mésentente : politique et philosophie*, Paris, Galilée, 1995, p. 52 sqq.].

¹⁰³ M. FOUCAULT, « *Macht und Körper* », in *Mikrophysik der Macht. Über Strafjustiz, Psychiatrie und Medizin*, Berlin, Merve Verlag, 1977, p. 105-113 [*Pouvoir et corps*], in *Dits et écrits*, I, *op. cit.*, p. 1622-1628] ; *id.*, *Überwachen und Strafen*, Francfort-sur-le-Main, Surhkamp, 1993, p. 176 sq. [*Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, p. 400-403] ; *id.*, *In Verteidigung der Gesellschaft. Vorlesungen am Collège de France 1975/1976*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1999, p. 280 sqq. [*Il faut défendre la société. Cours au Collège de France 1975-1976*, Paris, EHESS/Gallimard/Seuil, 1997, p. 216 sqq.].

pratique ouvrant sur la liberté ou du moins sur une stabilisation de la liberté ait pu être balayée par un pouvoir d'État négateur des droits de l'individu ? Est-ce la preuve que le moment autoritaire du politique se réduit bien, en définitive, à la destruction de la liberté ? La chose pourrait bien être plus complexe : Schmitt n'a cessé de souligner que la politique – en tant que politique de sécurité, politique sociale ou politique criminelle – était une forme secondaire d'organisation du social, c'est-à-dire une forme *dérivée du politique*¹⁰⁴. Conçue comme partie prenante de la politique de sécurité, de la politique sociale ou de la politique criminelle, la police éclaire la manière dont le politique est instrumentalisé aux fins d'exercer la domination (libérale). Instrumentaliser signifie mettre le politique au service d'une idéologie et l'utiliser pour imposer certains intérêts de domination. À vrai dire, cela peut se produire en toutes circonstances. Il en résulte un champ de force qui est également caractéristique du droit en tant que technique sociale.

Les cultures juridiques de régulation [*Regierungskulturen*] avec leurs institutions, leurs procédures et leurs acteurs professionnels doivent prendre en compte la diversité des formes et des conflits de la vie sociale en commun et y satisfaire, mais elles ne le peuvent qu'en soumettant l'ordre du social à leur conception normative et à leurs procédures. Cette pratique est-elle en tant que telle pathologique, régressive ou impérialiste ? Une telle affirmation impliquerait de faire des structures de la vie sociale en commun la mesure absolue des sociétés libres ; cela ne relèverait pas seulement du romantisme politique au pire sens du terme, ce serait aussi, comme l'histoire nous l'a enseigné, grossièrement liberticide¹⁰⁵. Le droit devient pathologique et régressif dès lors que, de manière avérée, il n'est pas (ou plus) la condition d'une socialité réussie. Le droit de l'État total chez Carl Schmitt illustre de manière saisissante ce que cela signifie. Cependant, la dérive vers le totalitaire, vers un absolutisme du juridique ne relève pas d'une logique propre, d'un automatisme du droit. Même si les collectifs politiques [*Gemeinwesen*] modernes ne peuvent pas se dispenser de techniques sociales – telles la contrainte légale [*Rechtszwang*], les formes protectrices de la loi et les procédures afférentes –, cela ne peut avoir pour conséquence que le droit s'émancipe de l'autonomie du politique, de la *liberté de jugement politique*¹⁰⁶. Dans cette mesure, on ne peut justifier les cultures juridiques de régulation qu'à la condition de prendre en compte, comme c'est le cas par exemple pour la peine [*Strafe*], tant la dignité de la personne (de l'auteur de l'infraction) que la prétention des sociétés libres à l'émancipation et à la protection¹⁰⁷.

¹⁰⁴ C. SCHMITT, *Der Begriff des Politischen*, op. cit., p. 30 [*La notion de politique*, op. cit., p. 68].

¹⁰⁵ G.W.F. HEGEL, *Phänomenologie des Geistes*. op. cit., VI, *Der Geist, Der sich entfremdete Geist, die Bildung. C. Die absolute Freiheit und der Schrecken*, p. 433 sq. [*Phénoménologie de l'esprit*, op. cit., chap. VI, trad. J.-P. Lefebvre, « L'esprit étranger à lui-même ; la culture », « La liberté absolue et la Terreur », p. 391 sqq.].

¹⁰⁶ Voir sur ce sujet A. HONNETH, *Das Recht der Freiheit. Grundriss einer demokratischen Sittlichkeit*, Berlin, Suhrkamp, 2011, p. 127 sqq. [*Le droit de la liberté. Esquisse d'une éthique démocratique*, trad. F. Joly et P. Rusch, Paris, Gallimard, 2015, p. 111 sqq.] ; W. BROWN, « Die Paradoxien der Rechte ertragen », in Chr. MENKE et R. RAIMONDI (dir.), *Die Revolution der Menschenrechte*, Berlin, Suhrkamp, 2011, p. 454-473 ; plus radical : G. DELEUZE, *Kritik und Klinik. Aesthetica*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 2000, p. 171 sqq. [*Critique et clinique*, Paris, Minuit, 1993, p. 158 sqq.].

¹⁰⁷ B. ZABEL, « Schuld und Strafe in freien Gesellschaften. Über den Zusammenhang von Gewalt, Gesetz und Demokratie », in P. STEKELER-WEITHOFER (dir.), *Philosophie der Republik*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, p. 264-285.

La contrainte pénale [*Strafzwang*] n'est pas la seule contrariété. Le droit dans toute sa diversité reste une provocation pour les sociétés libérales. Comme nous l'avons vu, cela tient avant tout à l'instrumentalisation du politique à seule fin d'exercer la domination, en d'autres termes, à l'instabilité du lien entre autonomie et autorité. *La constitution [Verfassung] des collectifs politiques (Gemeinwesen) modernes est et reste périlleuse*. Toutes les théories du contrat social et de la souveraineté ne peuvent rien y changer. On peut voir là une capitulation devant le droit ou devant le moment autoritaire du politique. Mais on peut aussi souligner, comme le fait Jean-François Kervégan, qu'il n'est pas possible de libérer le droit de son fondement mythique en faisant intervenir une « puissance supérieure », en le « destinuant » au sens de Walter Benjamin. Le droit n'est pas un fait, un événement que l'on peut libérer ou purifier en toute simplicité. Le droit est une pratique, un langage, un système social complexe [*soziales Geflecht*] dans lequel nous sommes nécessairement pris. Et précisément parce qu'il en est ainsi, nous sommes en mesure – contre Carl Schmitt – d'appréhender le droit comme ce qui nous enjoint à une vie en commun pacifique. Ce potentiel de paix que recèle le droit n'implique certes pas que l'on se satisfasse de la situation et des conditions existantes. Cela signifierait nier ou réduire à *quantité négligeable*¹⁰⁸ la face politique du droit. Il faut plutôt l'appréhender comme une force de réflexion ancrée dans des institutions et des formes de vie sociale. En effet, institutions et formes de vie sont le lieu où se concentre la conscience que tout ce qui rend possible la liberté peut par retournement se changer en mise en danger de cette même liberté, c'est pourquoi il faut qu'elles soient ouvertes aux évolutions et à la critique : citons par exemple les organes constitutionnels et juridictionnels, les médias, les universités, les syndicats ou les organisations de défense des droits humains. Par conséquent, la revendication de la justice [*Gerechtigkeitsanspruch*] ne peut être pensée que dialectiquement, en ce sens que parler de justice en tant que justice « applicable » [*durchsetzbar*] n'est possible que dans les formes de jugement et de procédure fixées par le droit¹⁰⁹. Mais, dans le même temps, nous devons reconnaître que le savoir de la justice n'est pas exclusivement réservé à l'expertise du droit et des juristes. La justice humaine – car c'est d'elle seule qu'il s'agit – est une « justice de l'entre-deux ». Elle s'exprime dans des institutions et selon des règles, mais ce n'est qu'au prix d'un combat qu'elle pénètre ces formes et ces procédures. Quand la philosophie du droit et la philosophie politique contemporaines parlent de « droits antonymes » [*Gegenrechte*], de « droit à la subversion » et autres¹¹⁰, c'est de cela qu'il est question.

¹⁰⁸ En français dans le texte [NdT].

¹⁰⁹ C. VISMANN, *Medien der Rechtsprechung*, Francfort-sur-le-Main, Fischer, 2010, p. 17 *sqq.*, *passim*.

¹¹⁰ D. LOICK, *Juridismus. Konturen einer kritischen Theorie des Rechts*, Berlin, Suhrkamp, 2017, *passim* ; Chr. MENKE, *Kritik der Rechte*, op. cit., p. 381 *sqq.* ; G. TEUBNER, « Selbstsubversive Gerechtigkeit », in M. AMSTUTZ et A. FISCHER-LESCANO (dir.), *Kritische Systemtheorie. Zur Evolution einer normativen Theorie*, Bielefeld, Transcript, 2013, p. 327-364. Détails chez A. FISCHER-LESCANO, « Wozu Rechtsphilosophie? », *Juristenzeitung*, vol. 73, 2018, p. 161-170, en part. p. 169 *sqq.*

Carl Schmitt – et cela nous ramène au début de notre réflexion – a toujours fait preuve de scepticisme à l'égard d'une telle dialectique du droit. En cela, il est toujours resté un penseur du « ou bien ... ou bien ». Pourtant, la profondeur du problème ne lui a pas échappé. Le droit moderne, dit-il, n'est pas l'expression directe d'une forme de vie, parce que, sous certains aspects, il est ce qui décide d'elle. Néanmoins, on ne doit pas considérer le droit comme étant totalement dégagé des conditions sociales. Dans cette mesure, le droit institue une « justice [*Gerechtigkeit*] de seconde main », dont la judiciarisation a transformé la matière en modifiant son « état d'agrégation »¹¹¹. Pour Schmitt, cette transformation de la justice ne peut s'effectuer que sous la forme d'une décision (judiciaire). La question se concentre donc sur le rapport entre facticité et application de la règle au cas d'espèce. Mais le simple fait que Schmitt est conscient du lien existant entre justice, forme de vie, norme juridique et application du droit prouve qu'il connaît *l'espace de potentialité du politique*. Qu'il limite en définitive le politique à la logique de l'hégémonie est révélateur de son appréhension fonctionnelle de l'autonomie et de la liberté, de la normativité et de la socialité. Par ailleurs, cette interprétation du rapport entre légitimité et légalité est celle qui ouvre la voie aux communautés de pensée comme aux divergences de ses différentes réceptions que nous avons évoquées. Carl Schmitt et sa forme de pensée radicalisent les alternatives et poussent jusqu'à l'extrême les oppositions. Cela fascine une modernité qui s'est installée dans l'univers axiologique des démocraties libérales et qui a fait du compromis le principe de l'action politique. Mais cela l'inquiète aussi profondément, car, par là-même, il n'est plus possible d'ignorer à quel point le projet de cette modernité est fragile et ne va nullement de soi.

Benno Zabel

Benno ZABEL est professeur de philosophie du droit et de théorie juridique à la Rhenische Friedrich-Wilhelms-Universität de Bonn.

¹¹¹ C. SCHMITT, *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis* (1912), Munich, Beck, 1968, p. 50 [*Loi et jugement. Une enquête sur le problème de la pratique du droit*, trad. R. M. Kiesow, Paris, Éditions de l'EHESS, 2019, p. 89 sq.].

Pierre Moor

Savoirs juridiques et savoirs sur le droit *

1. INTRODUCTION : LE DROIT COMME SCIENCE ?

1.1. Le droit comme objet de connaissance

Le droit est-il une « science » ? Produit-il des « savoirs » ? Est-il une discipline des sciences sociales au même titre que la sociologie, l'économie, la politologie, la géographie, la philosophie ? Avons-nous, nous juristes, le droit de nous asseoir à la même table que sociologues, économistes, etc. ? Quel discours juridique pouvons-nous tenir que les représentants des sciences sociales puissent entendre pour l'intégrer dans leurs propres disciplines et quel discours sociologique, économique, etc., peuvent-ils tenir pour que les juristes puissent l'intégrer dans leur savoir de juriste ?

L'activité scientifique a pour visée d'introduire la plus grande rationalité possible dans la connaissance d'un objet : c'est une définition dont nous ne parierions pas qu'elle est épistémologiquement orthodoxe, mais qui devra suffire ici. Les concepts, les théories, les hypothèses, les définitions et leurs interprétations sont la manifestation intellectuelle de cette rationalité en tant qu'elle décrit un objet qui, d'une manière ou d'une autre, lui est extérieur, dans une autonomie d'existence dont précisément il s'agit de rendre compte.

Il existe plusieurs approches scientifiques du phénomène juridique ; elles ont ceci de commun qu'elles traitent du droit comme d'un objet qui est, par rapport à elles, autonome. La sociologie et la psychologie (par exemple judiciaire) prennent le droit comme un ensemble de faits sociaux, et c'est à ce titre que la dimension normative y est appréhendée. Le courant « Law and Economics » analyse le droit comme un marché, où les prestations ont un prix. Toutes ces disciplines produisent – ou prétendent produire – des savoirs qui n'ont pas pour objet le droit dans sa spécificité normative, mais qui le déconstruisent au moyen de leurs propres catégories conceptuelles. Il n'en va pas autrement de la philosophie du droit lorsqu'elle inscrit le droit dans la problématique de ses relations avec la justice. Ce sont à proprement parler des disciplines scientifiques – mis à part la philosophie.

Ces approches cependant sont hors de notre propos. Ce qui nous intéresse ici, c'est le statut du savoir juridique dans le travail propre du droit. Une telle entreprise s'inscrit dans la théorie du droit. Cette discipline a un statut ambigu. Elle a bien pour objet le droit, dont elle analyse le fonctionnement avec les moyens que lui

* Ce texte a paru antérieurement dans : P. MOOR, *Le travail du droit*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2021, p. 201 et s. La revue *Droit & Philosophie* tient à remercier l'auteur d'avoir accepté la reproduction de ce texte dans le présent numéro.

offrent les sciences sociales¹. Mais elle l’appréhende non comme un ensemble de faits sociaux, mais comme un ensemble pris pour lui-même, c’est-à-dire dans son fonctionnement interne tel que son organisation propre le structure. C’est dans ce cadre théorique qu’il s’agit de comprendre le statut du savoir que les juristes disent posséder sur les normes qu’ils appliquent — plus précisément : qu’est-ce qui distingue le cas échéant ce savoir d’autres modalités du « savoir ».

C’est de ce point de vue que nous allons examiner ce qu’il en est de la scientifcité du droit. Cela implique que l’on distingue dans les discours concernant le droit entre deux perspectives. La première est celle de l’activité juridique proprement dite — perspective de la positivité du droit — activité qui consiste dans l’établissement de la signification à donner à un rapport entre deux ou plusieurs personnes ou avec une autorité, cela en fonction d’un ensemble déterminé de textes de référence (que nous appelons des textes normatifs), signification qui, selon l’ordre juridique qui comprend ces textes, devient à un certain moment incontestable : c’est dans cette activité que les juristes « savent » ou prétendent savoir ce qui est de droit. La seconde, qui est proprement celle de la théorie du droit, est réflexive : mettre au jour les structures grâce auxquelles ce travail d’établissement s’accomplice.

Mais on ne peut pénétrer dans cette seconde perspective sans s’être confrontée à ce que donne à voir la première : on ne peut en effet réfléchir sur le droit que quand on aura compris comment le juriste travaille dans et avec le droit — c’est-à-dire quand on aura parcouru la première perspective.

1.2. Les deux niveaux du droit — La logique textuelle du droit

Le droit peut s’entendre en deux sens, ou plutôt se situe à deux niveaux. Le premier est celui de l’ensemble des textes juridiques, c’est-à-dire des textes qui ont les normes comme objet — sémiotiquement, il faudrait dire comme « référents »² ; c’est le niveau du savoir juridique sur ce que signifient les normes. Le second est l’ensemble de ces normes. Le premier niveau est celui du droit tel qu’il est dit (écrit), le second est celui des référents au sujet duquel ces textes sont émis. Le premier est actif : c’est *en disant* le droit — au premier niveau — que les normes sont en quelque sorte activées — créées ou appliquées ; ce niveau est celui du savoir du droit tel qu’il s’exprime, avec une portée institutionnelle, dans les textes normatifs du législateur et du juge et, avec seulement une portée épistémologique et praxéologique, dans les écrits de la doctrine, les mémoires des avocats, les comportements des individus. Le second niveau est passif : il subit les adjonctions, modifications, corrections, précisions que, au premier niveau, la diction institutionnelle lui impose ou que des textes non normatifs proposent — il est ainsi activé.

On ne peut pas isoler les deux niveaux : ils se combinent — le droit en quelque sorte se dédouble en lui-même. Et ce dédoublement permet de comprendre la dy-

¹ Sur ce point, voir P. MOOR, *Le travail du droit*, *op. cit.*, p. 25 et s.

² Rappelons que le référent est l’élément extérieur au sujet auquel un signe se rapporte, ce à propos de quoi il est communiqué. Le référent ne peut ni communiquer par lui-même, ni être communiqué par lui-même : il faut le signe, ou un ensemble de signes — un texte. Cf. J.-M. KLINKENBERG, *Précis de sémiotique générale*, Bruxelles, De Boeck, 1996, p. 35 et s. C’est un des trois éléments du triangle sémiotique — signe (signifiant/signifié) et référent.

namique du droit. Le premier niveau détermine le second comme son produit, produit existant uniquement en tant que pensé dans l'acte de le dire ; c'est dire qu'il relève de la dimension de l'imaginaire social-historique³. Le travail juridique sur l'adoption et la signification des normes se fait toujours par la médiation d'un travail textuel explicitant le savoir de l'acteur sur ce qu'il est en train d'adopter ou de faire signifier. Ce travail est performatif lorsque le texte émane d'une autorité qui a une compétence normative ; le législateur et le juge, dont les actes de volonté, manifestés dans les formes et procédures prévues par l'ordre juridique, visent précisément à *créer* des normes — normes dont la substance est décrite dans leurs textes — et c'est pourquoi on appellera ces textes *normatifs*.

2. LES TEXTES NORMATIFS

2.1. Les assertions juridiques

Nous appelons assertion juridique tout texte qui prend pour objet une norme aux fins d'en établir l'existence, le contenu ou la validité, cela exclusivement en rapport avec d'autres normes du même ordre juridique. Nous rencontrons ici l'autoréférentialité du droit⁴. Certes, il existe d'autres critères, ainsi l'efficacité, l'effectivité et l'efficience de la mise en œuvre des normes⁵ : mais cela n'affecte en rien ni leur existence, ni leur contenu, ni leur validité *juridiques*, du moins tant qu'une autorité compétente ne les aura pas modifiées pour tenir compte de telles éventuelles critiques, qui, relevant de la sociologie ou de l'économie administratives, sont d'origine externe.

Sous l'angle du premier niveau que nous avons distingué plus haut, le droit n'est pas autre chose que ce que les assertions juridiques en disent. Mais qui est habilité à tenir ces discours ? Ce sont les professionnels du droit — les « experts »⁶. Au premier rang, évidemment, le parlement, cela même si tous les députés ne sont pas juristes — posant une norme juridique, ils font acte de juristes ; puis les juges. Ce sont les autorités, qui écrivent des textes normatifs, c'est-à-dire des textes dont l'adoption a pour effet — performatif — de créer une norme. Puis ensuite les avocats, les conseillers juridiques, les professeurs de faculté : leurs textes sont non normatifs, car ils n'ont aucun effet performatif.

Il n'y a pas, cependant, entre les assertions de ces deux catégories de différence quant au contenu des discours : la teneur de ceux-ci a la même substance. La seule différence, mais elle est évidemment capitale, tient à la portée. Car les textes des autorités bénéficient d'une impérativité institutionnelle : ils disent ce que la norme

³ « Imaginaire » au sens de C. CASTORIADIS, *L'institution imaginaire de la société*, Paris, Le Seuil, 1975, notamment les ch. V et VII. « Imaginaire » ne signifie pas ici « fictif », « irréel », mais une création relevant d'un ordre symbolique — non « naturel » — créé par une société, ne pouvant donc être que pensé et ne pouvant être communiqué que par des signes qui représente ce pensé.

⁴ Sur l'autoréférentialité, P. MOOR, *Dynamique du système juridique*, Genève/Zurich/Bâle, 2010, p. 201 et s., et *op. cit.*, ch. 4.

⁵ Sur ces trois critères, cf. P. MOOR et E. POLTIER, *Droit administratif II : Les actes administratifs et leur contrôle*, Berne, Staempfli, 2011, p. 605 et s.

⁶ Pour prendre le terme de A. SOMEK, *Rechtliches Wissen*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 2006, p. 10 et s.

veut dire, ou, plus précisément, elles ont la compétence de dire que la norme est reproduite exactement dans leurs discours, et que c'est dans cette teneur qu'elle doit être appliquée. Ce n'est néanmoins qu'une présomption, qui peut être renversée institutionnellement par une autre autorité à qui pareille compétence est conférée, et c'est alors cette nouvelle teneur qui aura « force de loi », mais seulement dans le cadre de ses attributions. Toutefois, l'assertion normative jouissant d'une impérativité institutionnelle doit être justifiée par une argumentation convaincante⁷ : c'est l'exigence de rationalité du droit, qui se concrétise pour le parlement par la publicité de l'exposé des motifs du projet de loi et celle des débats et, pour le juge, par l'obligation de motiver ses jugements⁸.

Le renversement de la présomption pose la problématique de l'interprétation, sur laquelle nous reviendrons.

2.2. Normes et textes juridiques

Les assertions juridiques sont exprimées dans des textes, qui incorporent donc un savoir sur la norme qui est visée par elles. On vient de dire qu'il existe deux types de textes juridiques — les textes normatifs et les textes non normatifs. Les deux comportent au même titre des assertions juridiques. Cela paraît clair pour ceux du second type, qui émanent essentiellement de la doctrine : ce sont des analyses, des présentations, des commentaires, des propositions. On verra que peu importe, du point de vue du savoir qu'elles expriment, c'est-à-dire de celui de leur nature de leur savoir, que ces assertions sont justes ou fausses : la question sera tranchée, ailleurs, par les instances compétentes. Il en va de même des savoirs implicitement incorporés dans les pratiques des justiciables.

Que, en revanche, les textes normatifs — textes de lois, arrêts des tribunaux — sont constitués d'assertions paraît paradoxal. Le législateur n'est-il pas l'auteur de la norme ? Son travail — un acte créateur — ne constitue-t-il donc pas plus qu'une simple assertion ? De telles objections passent à côté des modalités du processus législatif. Certes, il y a un acte de volonté — si tant est que le terme de « volonté » ne soit pas autre chose qu'une métaphore — qui a pour finalité de créer une norme ; mais cette volonté se manifeste uniquement par l'adoption d'un texte, c'est-à-dire par la formulation d'une assertion. Ce texte est le signe de la création de la norme ; en termes de sémiologie, il a la norme pour référent. Celle-ci est donc une réalité il est vrai imaginaire⁹ — par opposition aux choses réelles —, qui restera à ce titre dépendante dans son existence de l'acte de volonté qui l'a créée ; mais, dès lors qu'elle a été créée, elle va exister pour elle-même, et elle sera indépendante dans sa substance du texte adopté, qui n'est pas autre chose que la manifestation d'un savoir sur ce que l'acte de volonté a créé.

Cette conclusion ne doit pas surprendre : en effet, il est généralement admis que la norme ne se confond pas avec le texte qui la dit. Mais ce qu'il ne faut pas laisser dans l'ombre, c'est la nature de la relation qui relie l'une à l'autre. Or tout texte est

⁷ Rappelons — nous l'exposerons par la suite — que le destinataire de l'argumentation est une entité fictive que, à la suite de C. PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Paris, L.G.D.J., 1984, p. 5, et C. PERELMAN et L. OLBRICHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, Paris, P.U.F., 1958, p. 40 et s, nous nommons « auditoire universel ».

⁸ Sur l'exigence de rationalité, cf. notamment P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris, P.U.F., 2005, p. 151 et s.

⁹ Sur ce concept d'« imaginaire », voir plus haut.

un ensemble de signes, dont le sens est de dire quelque chose au sujet d'autre chose. Mais l'existence et la substance d'un texte ne garantissent jamais seulement par elles-mêmes que ce qu'il dit correspond effectivement à la chose qu'il vise. Le texte ne peut donc être qu'un savoir sur cette chose, savoir dont l'exactitude doit être vérifiée ou bien crue sur parole. Ici, la parole est celle du législateur, qui a voulu et créé la norme dont il parle : on peut donc lui faire confiance. Et même plus : on doit lui faire confiance : car cette parole est celle qui va communiquer la création de la norme à la communauté, et, pour que celle-ci ait une référence unique sur cette norme de manière que tous puissent être assurés qu'ils ont à l'esprit la même chose, il faut que la parole législative bénéficie de la confiance en la stabilité de son sens. Mais, comme on l'a dit, rien n'exclut que la confiance soit ébranlée par des indices qui montreraient que le texte – le savoir qu'il dit – est imparfait : on retrouve à ce point aussi la problématique de l'interprétation.

Toute cette problématique est à mettre en rapport avec l'ambiguïté du concept de la volonté du législateur. Sous ces termes, il y a d'abord une véritable fiction juridique : celle du législateur. Cette fiction est nécessaire, car, comme dans toute collectivité ou corporation, il faut un organe pour prendre les décisions qui doivent lui être imputées : les lois doivent pouvoir être attribuées à un organe – dont c'est la responsabilité de droit – pour être politico-juridiquement légitimement considérées comme celle de l'État ; il ne suffirait pas qu'elles soient attribuées à une somme aléatoire d'individus. En revanche, la « volonté » est une métaphore, qui repose sur une fausse analogie avec les déterminations qui décident les individus : car elle ne correspond à aucune manifestation qui l'expliquerait comme telle : il n'y a jamais un et un seul législateur qui puisse avoir et exprimer une « volonté » (sauf dans les dictatures !), il y a un ensemble de députés, qui adoptent, chacun selon la volonté que lui dictent ses motivations, les lois à la majorité. La « volonté » du législateur est en réalité une construction de l'interprète du texte normatif sur la base de différents indices, fournis par les travaux préparatoires et les interventions de divers députés lors des délibérations, qui lui servent de matrice – parmi d'autres – lorsqu'il cherche le sens à donner à la norme dont c'est le texte¹⁰.

Cependant, c'est l'objet visé par cette volonté qui doit être décomposé. Il est en effet double. D'une part, la volonté porte sur l'adoption d'une norme ; d'autre part, elle se rapporte à la formulation à donner à un texte dont le référent est cette norme ; cette formulation exprime le savoir que le créateur de la norme a de sa norme et qu'il communique ainsi pour exprimer sa volonté de la créer. Or rien ne garantit qu'une coïncidence parfaite entre ces deux volontés soit par nature réalisée ; bien au contraire, il y a, de toute manière, toujours une distance entre un texte quelconque (exprimant un savoir) et l'objet qu'il vise (l'objet de ce savoir), comme pour tout signe et son référent. La coïncidence est donc une présomption ; mais il n'y a aucune raison de penser par principe qu'elle est irréfragable. Il faut cependant des indices pertinents pour qu'elle soit renversée : car elle est forte, puisque le texte adopté est le résultat du travail de celui qui a créé la norme, et que, au titre de sa compétence institutionnelle, celui-ci a voulu l'un et l'autre en même temps. Ces

¹⁰ Voir l'éclairante « déconstruction » du concept de « volonté » du législateur et, plus largement, de la méthodologie traditionnelle de l'interprétation, A. SOMEK, *Rechtliches Wissen, op. cit.*, p. 57 et s ; Cf. aussi la critique du normativisme, dont la définition du droit est quasi entièrement axée sur le concept de loi, dévalorisant ainsi la fonction judiciaire, chez R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit*, Paris, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 58 et s.

indices – car ce ne peuvent être que des indices – sont ceux, classiques, tirés du canon interprétatif bien connu¹¹ ; ils doivent dans leur ensemble former une argumentation épistémiquement assez solide pour être de nature à emporter la conviction de la communauté juridique – de cet auditoire universel dont il sera question plus bas – que la formulation de la norme à laquelle cette argumentation aboutit est la plus adéquate à la norme. Mais celle-ci ne se substitue à la formulation légale que si elle émane d'une autre autorité, investie d'une compétence institutionnelle et uniquement dans ce cadre. L'argumentation elle-même consiste pour l'interprète – c'est-à-dire le lecteur du texte légal – à réunir ces indices en un tout le plus cohérent possible¹², comme un récit, lu du point de vue où le lecteur, toujours historiquement situé, accomplit son acte contemporain de lecture.

Cependant, les assertions du législateur sur la substance des normes qu'il adopte ont pourtant un statut spécifique par rapport à celles qui sont le fait d'autres acteurs. Ce statut tient à la compétence institutionnelle de créer des normes, ce qui implique celle de leur formulation.

Le législateur dit – communique – dans son texte ce qu'il a fait dans son acte créatif d'une norme. Or dire et faire relèvent de deux univers distincts et ont par conséquent deux objets : il faut qu'on puisse penser qu'un objet – la norme – est reflétée dans l'autre – l'assertion qui la dit – comme dans un miroir. En l'espèce, la parole du créateur de la norme veut apporter la garantie que tel est bien le cas ; mais il peut arriver que cette parole soit insuffisante : le savoir qu'elle formule ne permet pas de résoudre le cas. Il peut s'agir d'une erreur proprement dite – situation qui ne se présente que très rarement –, ou bien d'une ambiguïté dans les termes employés – une polysémie ; ou bien encore, le législateur, utilisant le langage commun, ne peut préciser son texte que dans les limites que lui imposent les mots courants, ce qui peut affecter la densité normative¹³ ; ou bien encore la matière même que la norme régit va viser une infinité de cas présentant chacun sa propre idiosyncrasie, exigeant donc une texture normative ouverte. Mais l'erreur peut aussi affecter la norme elle-même, qui se révèle incomplète – le législateur a « oublié » de régler un point essentiel, ce qui se répercute dans son texte. Dans tous ces cas, il faudra compléter le texte pour corriger l'imperfection, dans la mesure où le texte original ne sera pas suffisant pour dégager le sens de la norme appelée à résoudre la question juridique qui lui est posée.

En d'autres termes, le lecteur-interprète, lisant le texte original, le fait parler dans la situation et le langage contemporains à son acte de lecture, de manière, le cas échéant, en faire ressortir une formulation de la norme adéquate à l'univers dans lequel cet acte se situe. C'est dans ce sens que le texte original peut être décrit comme le point de départ, mais non pas forcément le point d'arrivée, de l'interprétation. Il y a donc dans celle-ci la (re)connaissance de deux distances : d'une part celle de la distance *structurelle* entre un texte et son référent (la norme), d'autre part celle, *temporelle*, entre l'acte d'écriture et celui de la lecture. Mais il y a aussi

¹¹ Sur ce canon et son histoire, cf. T. VESTING, *Rechtstheorie*, Munich, C.H. Beck, 2007, p. 104 et s.

¹² On reconnaît ici la figure du raisonnement par abduction.

¹³ Sur ce concept, voir P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, op. cit., p. 117 et s. Il se rapproche de la « texture ouverte » de H.L.A. HART, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 159 et s, comme ces termes ont déjà été employés ci-dessus.

la position institutionnelle du lecteur, dans la mesure où elle détermine l'autorité au nom de laquelle il lit le texte¹⁴.

Deux exemples, pour illustrer. Le terme employé par le texte à interpréter (« Suisse ») est-il épicène ou non ? Si tel est le cas, la norme sera applicable aux hommes et aux femmes, sinon le choix respecte l'interprétation historiquement reçue¹⁵. S'agissant de savoir si le texte selon lequel « ont le droit de vote les Suisses âgés de 20 ans révolus » comprend les Suissesses, la lecture du terme ne sera pas forcément la même que pour un texte réservant l'exercice d'une profession aux hommes. En l'espèce, au motif qu'une lecture épicène aurait doublé le corps électoral de toute la Suisse et qu'il n'appartenait pas à un juge de renverser un usage constitutionnel traditionnel par le simple acte d'une nouvelle lecture, le Tribunal fédéral y a renoncé alors même que tous les pays environnants avaient depuis des années introduit le suffrage féminin et que le principe d'égalité de traitement avait un ancrage constitutionnel.

L'évolution des mœurs et le régime adopté par une majorité des États voisins a au contraire conduit à un raisonnement opposé dans un autre cas. Selon un texte plus que centenaire tel qu'interprété depuis son adoption, le divorce d'étrangers en Suisse ne pouvait être prononcé qu'à la condition d'être reconnu par leur État d'origine — donc, en cas d'époux de nationalité différente, par deux États. Or, à l'époque, l'Italie ne connaissait pas le divorce, et l'épouse demanderesse, qui était française, ne pouvait donc divorcer de son mari italien. Le Tribunal fédéral, constatant que le divorce était reconnu de longue date en Suisse et ailleurs, et qu'il était largement entré dans les mœurs, a considéré qu'on ne pouvait pénaliser quelqu'un du fait d'une législation étrangère rétrograde et a donc procédé à un revirement de jurisprudence : selon cette nouvelle lecture du même texte, il suffirait dorénavant de la reconnaissance par l'État d'origine de l'époux demandeur¹⁶.

Cet exemple est celui d'un cas où il s'agit directement d'interpréter la norme. Mais l'interprétation est aussi requise dans les cas d'application de notions de faible densité normative, dans lesquelles elle devra dégager leur programme normatif, c'est-à-dire les critères qui devront être utilisés dans leur concrétisation.

2.3. De l'interprétation et de l'application

2.3.1. La position du problème

On sait d'abord qu'il n'y a que de rares textes législatifs qui soient toujours et en toutes circonstances clairs, non seulement dans l'abstraction de leur texte, mais aussi dans la concrétisation de leur application ; il faut pour cela que leur formulation fournit directement la solution de la question juridique à résoudre, quels que soient les faits des causes portées devant le juge. Le texte normatif n'est suffisant que lorsque sa densité normative est maximale, c'est-à-dire lorsque — pour le dire dans le jargon traditionnel — il suffit du syllogisme dit judiciaire pour résoudre la question posée. Or cela est beaucoup plus rare qu'on ne le pense. Il faut pour cela

¹⁴ Sur l'herméneutique, cf. plus bas.

¹⁵ Voir l'analyse de ce cas dans P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, *op. cit.*, p. 252 et s.

¹⁶ Sur ces deux exemples, cf. l'analyse plus détaillée dans P. MOOR, *Dynamique du système juridique*, *op. cit.*, p. 252 et s.

que les faits pertinents tels que définis par la norme applicable soient identiques dans tous les cas dans lesquels l'application de la norme est en jeu.

C'est ici le *futur* des textes et de leur champ d'application qui est ici visé : or, de par la nature des choses, il est plutôt rare que la configuration des faits soit telle que leur qualification serait simplement réitérable telle quelle dans tous les cas d'espèce et qu'on puisse donc faire abstraction de leur idiosyncrasie. Les situations d'application qui pourront se présenter sont le plus souvent imprévisibles ; d'ailleurs, on peut constater souvent que plus les faits sont décrits normativement de manière précise, pour permettre la réitération de leur qualification, plus le risque est grand que des configurations imprévues aient échappé à l'attention de l'auteur de la norme. Même, d'ailleurs, des textes qui, dans leur syntaxe et leur lexique, sont apparemment clairs, peuvent se révéler, dans des configurations imprévues, comme requérant une interprétation : la nécessité d'interpréter se révèle dans la phase de l'application.

Ces constatations sont bien connues. Entre ce qui est pensé — la norme — dans le moment de l'écriture du texte et dans celui de sa lecture, lecture de celui qui a à l'appliquer, il peut y avoir coïncidence — le texte écrit, qui peut être dit originaire, est clair ; mais la situation ordinaire est celle d'une distance, que le lecteur doit combler pour résoudre le cas qui lui est soumis, et il le fait en formulant un nouveau texte, qui sera dit second, dont le référent est le même que celui du texte originaire et qui constitue un savoir *nouveau* sur la norme. Mais il est clair que ce savoir doit pouvoir s'inscrire dans le programme normatif¹⁷ du texte originaire, ce qui garantit l'identité du référent entre les deux moments de l'écriture et de toute lecture ultérieure¹⁸.

La clarté, affirmée ou perçue comme un idéal, relève donc d'une illusion à laquelle on ne croit plus guère : elle provient de l'oblitération de ce qu'il y a toujours de créateur dans l'acte de lecture. Toute lecture est un travail de production de savoir, et on sait que cela vaut même pour considérer que le texte originaire présente un sens clair : la clarté d'un texte est le résultat de l'argumentation qui vise à la démontrer. En effet, puisqu'il faut passer par les mots du texte, ceux-ci n'ont pas d'autre statut que d'être des signes qu'il faut lire. Or on sait, grâce à l'herméneutique, que chaque lecteur projette dans sa lecture son monde mental et culturel — son historicité — avec lequel il donne sens au texte qu'il lit. Mais, comme il s'agit, en droit, d'un texte normatif, ce lecteur reste lié à ses dénotations et connotations de même qu'à sa rhétorique et ses figures de style, lesquelles sont autant d'indices qui lui permettent d'argumenter le bien-fondé de sa lecture.

Cette illusion est celle d'un législateur qui, s'il voulait bien se donner la peine de rédiger avec soin, pourrait formuler un texte parfait. Il n'y a d'ailleurs aucune raison de souhaiter que cette utopie devienne réalité. Un monde où tout le concret des existences humaines pourrait être régi par simple déduction à partir de notions abstraites serait une simple mécanique.

On voit donc que le texte n'est sacré que dans une mythologie légaliste — et cela même s'il est clair : un cas concret peut révéler une insuffisance, par exemple s'il dit que « les véhicules automobiles sont interdits d'accès dans le parc »¹⁹, qu'en sera-t-il lorsque les services d'une ambulance seront nécessaires ? Et s'il n'est pas

¹⁷ Sur ce concept, voir P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, op. cit., p. 124 et s.

¹⁸ Cf. *Ibid.*, p. 74 et s, 242 et s.

¹⁹ Exemple donné par H.L.A. HART, *Le concept de droit*, op. cit.

sacré, c'est parce qu'il n'incorpore que la formulation d'une parole dont les significations sont non seulement tributaires de la sémantique de la langue utilisée, mais aussi d'erreurs — inconscientes —, ainsi que de l'histoire qui a entouré son élaboration.

2.3.2. *L'interprétation*

Alors, qu'est-ce qu'interpréter ? Quel cheminement l'interprétation suit-elle ? On peut l'analyser en trois étapes.

La première consiste à diagnostiquer l'insuffisance du savoir exprimée dans l'assertion législative (son texte). La deuxième sera d'en tirer les conséquences. Celles-ci pourront être irrémédiables et mener soit à l'inapplicabilité de la norme, soit même à sa nullité si l'instance compétente pour l'appliquer l'est également pour prononcer cette sanction (une telle conjonction de compétences est à vrai dire rare). Ces cas se trouvent dans les cas où l'insuffisance est telle qu'elle affecte la validité de la norme — par exemple l'insuffisance de sa densité normative au regard du principe de la base légale. Mais, normalement, l'instance compétente pourra remédier à l'insuffisance, soit en adoptant des normes secondaires (par exemple pour les notions juridiques indéterminées, en énumérant les critères topiques et en posant ceux de leur pondération (ainsi pour les « sites dignes de protection » ou pour la notion de « forêt »), soit en complétant le texte (ainsi pour l'accès des automobiles au parc, en précisant « sauf pour les véhicules du service public »²⁰), soit enfin en interprétant le terme impropre ou ambigu par une formulation plus précise (ainsi « Suisses de sexe masculin »²¹, ou « doivent être considérés comme "chiens" les animaux qui présentent un danger pour le trafic et la sécurité des usagers »²²).

Il faut toutefois préciser que ces compléments normatifs ne prennent effet juridique que pour l'instance qui les a émis²³ — à quoi s'ajoute, mais sans la lier, la continuité de la jurisprudence qui pourra être rendue par la suite. Ils n'en sont pas moins des textes normatifs, puisqu'ils servent à dire la norme particulière sur la base de laquelle le jugement dans le cas d'espèce va être rendu.

2.3.3. *L'application*

On appelle application l'acte de mise en œuvre de la norme et dont la validité se mesure par rapport à celle-ci en même temps qu'à l'ordre juridique dont cette norme se réclame. Plus précisément, toute application doit être conforme aux normes dont l'auteur a, dans le système juridique, un rang supérieur à celui de l'auteur de la décision d'application. Cette condition étant respectée, il peut être dit intégré à l'ordre juridique. Cette intégration, qui constitue une validation²⁴, est

²⁰ Cf. note 19.

²¹ Cf. note 16.

²² Le texte normatif oblige à tenir les « chiens » en laisse dans les gares : comment l'interpréter si quelqu'un se présente avec un singe ? L'exemple est donné par C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1979, not. p. 34 et *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, *op. cit.*, p. 103.

²³ C'est-à-dire un lecteur « habilité » : P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, *op. cit.*, p. 218 et s.

²⁴ N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1995, p. 103 et s.

l’analogue de la preuve de l’exactitude d’une assertion scientifique – mais l’analogue seulement, car rares sont les cas où une telle preuve peut être apportée incontestablement.

En effet, rapportée aux idiosyncrasies de chaque cas d’application de la même norme, l’application doit se référer à son texte et au programme normatif que l’interprétation en a dégagé. Or leur substance n’a pas toujours la même densité : celle-ci varie selon les possibilités de précision que la langue offre à l’auteur de la norme, et les modalités d’intégration vont varier de manière correspondante. On peut distinguer deux extrêmes : la conformité et la compatibilité. Il y a une exigence de conformité lorsque la densité normative est à ce point élevée qu’elle ne donne pas lieu à interprétation et ne laisse pas non plus de choix à l’application. Il y a une simple exigence de compatibilité lorsque plusieurs possibilités sont ouvertes entre lesquelles l’interprétation ou l’application doivent choisir. Il est rarissime qu’un tel choix porte sur des alternatives toutes compatibles ; peut-être même le seul exemple est-il celui de la grâce. En général, se trouvent combinées conformité et compatibilité. L’interprétation de la norme fournit alors un cadre, plus moins large : le respect de ce cadre relève de l’examen de la conformité, le choix à l’intérieur relève de la compatibilité ; c’est ce cadre que nous appelons programme normatif.

Plus le cadre du programme est large, plus nombreuses seront les possibilités de choix *a priori* compatibles : c’est à ce point que se situent les questions d’application. En d’autres mots, et pour se référer au schéma du syllogisme judiciaire, alors que la majeure concerne l’interprétation de la norme, l’application pose la question de la justification de la mineure. Ainsi, par exemple, lorsque la norme se réfère à la notion de « circonstances personnelles » des justiciables, le cadre peut en exclure l’état de sa fortune : c’est un problème d’interprétation. Mais déterminer si, dans la situation d’un cas d’espèce, se trouve une « circonstance personnelle » dont il faut tenir compte relève de l’établissement de la mineure. Pour prendre un autre exemple : la définition de ce qu’il faut entendre par « causer » dans la norme régissant la responsabilité civile est une question d’interprétation ; savoir s’il y a eu faute dans le cas concret relève de l’application.

Mais il importe de préciser ici que la délimitation interprétative du cadre peut aussi porter sur des notions à moindre densité normative – ainsi le champ de la liberté personnelle s’est-il étendu avec les innovations technologiques contemporaines. Interprétation et application se confondent alors.

Lorsqu’une autorité interprète ou applique une notion à moindre densité normative, elle émet une norme qui a force de loi, mais seulement dans l’étendue de ses attributions. D’une part, elle va fonder juridiquement sa décision ; de l’autre, elle servira de base aux jurisprudences futures, dans l’argumentation desquelles elle entrera – mais ce n’est là qu’un effet matériel, dû à la prédominance de l’usage de la répétition référentielle dans les raisonnements juridiques.

3. LES TEXTES NON NORMATIFS

3.1. La « science du droit »

Une première catégorie de textes non normatifs est celle des assertions juridiques proposant une lecture des textes normatifs : ils les interprètent soit simplement en répétant leur contenu sous une autre forme (une paraphrase ; par exemple dans un but pédagogique d’éclaircissement ou d’orientation de la pratique sur la portée ou l’évolution de la jurisprudence), soit en mettant en avant la possibilité

d'une autre interprétation de la norme (d'une autre lecture que celle du texte normatif interprété) que celle à laquelle a procédé une autorité dans sa propre formulation.

Ils n'émanent donc pas d'une autorité et ne jouissent d'aucune impérativité institutionnelle. Mais, du point de vue de leur substance, ils ne sont pas d'une autre nature que les textes normatifs : ils sont la formulation textuelle d'une norme. Cette formulation repose sur une argumentation qui, du point de vue de leur auteur, rendrait épistémiquement mieux compte de la norme. Ils revendentiquent donc une impérativité épistémique : leur assertion manifeste un savoir. Peu importe qu'il ne soit que la prétention d'un savoir meilleur ; il a la même référence — la norme — que celle d'un texte normatif et les mêmes critères de validité épistémique. Peu importe, au moment de la formulation de ces assertions et du point de vue de leur nature de texte juridique, que le savoir qu'elles affirment soit erroné : en effet, une fois émises, elles vont entrer le monde juridique — comme dans une arène — de telle manière que, précisément, leur validité épistémologique soit argumentée et discutée pour être admise ou au contraire rejetée. Si leur admission est le fait d'une autorité dotée d'une compétence institutionnelle, elles changeront alors, non pas dans la nature de leur substance, mais dans leur portée : la même substance deviendra celle d'un texte normatif.

De tels textes émanent de la doctrine — en allemand, de la *Rechtswissenschaft*, de la science du droit²⁵. Ils commentent, suivent, intègrent, tendent à orienter la jurisprudence. Ils travaillent la substance du droit, pour la réaffirmer ou pour l'orienter. Qu'ils soient dépourvus d'impérativité institutionnelle ne change rien à la nature de ce travail sur le plan de l'épistémie : elle est la même que lorsqu'un juge élabore la norme particulière appliquant une norme générale, reprenant une jurisprudence antérieure ou en inaugurant une nouvelle.

La doctrine comprend une seconde catégorie de textes non normatifs, qui est comme la continuation ou l'élargissement de la précédente. Ce sont ceux qui organisent et synthétisent des ensembles normatifs (droit des contrats, de la responsabilité, par exemple), les mettent en rapport les uns avec les autres (ainsi les droits fondamentaux et le régime des usages des biens publics), définissent les concepts centraux (droit de la personne, concept de l'acte administratif). Ces textes, lorsqu'ils sont écrits, ce sont principalement les traités, manuels, monographies. Mais peut-être le plus important est l'enseignement dans les facultés de droit : c'est là qu'on apprend le droit, non pas par la lecture des seuls textes normatifs (il suffirait de savoir lire pour devenir juriste !), mais par la présentation d'ensembles organisés et structurés des textes normatifs, légaux et jurisprudentiels, s'accompagnant de celle d'éventuelles controverses doctrinales.

La doctrine peut être descriptive (critique ou non) du droit positif (les textes normatifs en vigueur) ou dogmatique (analysant pour eux-mêmes les concepts juridiques). Ces deux approches sont complémentaires, l'une s'appuyant fréquemment sur l'autre. Ainsi, l'analyse d'abord purement dogmatique des droits fondamentaux comme donnant droit à des prestations positives de l'État a conduit à en élargir la portée au-delà de la conception classique d'un simple droit à une abstention.

²⁵ Sur ce sujet, voir aussi la position nuancée de R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit*, *op. cit.*, p. 367 et s.

tion de l'État ; ou celle de la portée des actes de puissance publique a permis d'élaborer le concept d'acte administratif matériel pour faire à celui-ci une place dans le contentieux administratif.

3.2. La doctrine comme source du droit ?

L'importance de la doctrine est souvent niée parce qu'elle n'est pas impérative — elle n'aurait pas qualité de source du droit. Ce rejet est impliqué par un *a priori*, définissant le droit comme un ensemble de normes — un *a priori*, parce qu'il occulte les questions liées à la constitution et au fonctionnement de cet ensemble comme système organisé qu'il faut observer avant toute définition qui en serait postulée. S'y ajoute le fait que le stade de l'application du droit est le plus souvent négligé par la théorie. Autrement dit, le droit est conçu comme un édifice dont, en le visitant, on ne verrait pas tout le travail qui l'aménage et l'organise pour le rendre utile — le travail des juristes.

Or lorsqu'un juriste interprète ou applique une norme, il se sert de tout ce qu'il a appris du droit en général ; il ne se contente pas de ce qu'il peut savoir sur la norme, dans la mesure où sa vision est imprégnée de tout ce qu'il sait en tant que juriste. Il y a un univers mental de référence qui codétermine toute lecture juridique d'une norme ; cet univers est organisé, systématisé dans l'esprit de tout juriste, dont il est le bien commun, pour ne pas dire un langage préformé, qui leur permet de communiquer en se faisant comprendre — qui en fait une communauté définie par un même univers intellectuel²⁶.

L'a priori auquel il a été fait allusion se retrouve dans le concept de source du droit. Mais il faut ici s'interroger sur ce concept : qu'est-ce qu'une source ?

On connaît les discussions doctrinales sur l'appartenance ou non de la doctrine aux sources du droit. Certes, elle ne l'est pas si on définit le droit comme l'ensemble des normes dites juridiques — et cette thèse est dominante. Cependant, comme toute métaphore, celle des sources est ambiguë. Pour vérifier sa pertinence, on va la filer en la prenant au pied de la lettre. Une source est le point d'origine d'un cours d'eau — par exemple un fleuve. Ce fleuve va grossir de tous ses affluents jusqu'à son embouchure. Mais que signifie alors « droit » dans la métaphore ? Si on introduit la dimension temporelle, le droit — c'est-à-dire la norme — est le fleuve, et non pas l'eau qui surgit à la source. « Source » désigne dès lors seulement le moment où le texte normatif qui est à l'origine de la norme est émis — « surgit » dans son historicité —, et cela seulement. Ensuite, la norme va s'augmenter de tous les apports, institutionnels (ainsi la jurisprudence) et épistémiques (la doctrine), qui vont progressivement enrichir la compréhension de la norme — le savoir de plus en plus différencié que la communauté juridique en a.

En ce sens, jurisprudence et doctrine sont aussi des sources du droit, non son origine, mais en quelque sorte, si on continue avec la même métaphore, en suivant, en révélant, voire en découvrant les lignes constituant le bassin hydrographique des normes créées à la source du texte normatif ; ou, plutôt, elles dessinent et redessinent de manière permanente la carte de ce bassin. La jurisprudence a notamment à veiller à ce qu'elle décide s'y intègre ; la doctrine redessine la carte chaque fois qu'il lui paraît qu'une innovation en modifie les tracés, les pourtours, les axes.

²⁶ Ce qui est d'ailleurs parfaitement perçu par les laïcs, même s'ils sont sociologues.

Ces deux sources « disent » donc bien un savoir — qu’elles manifestent dans leur cartographie.

Certes, ces deux sources se distinguent : ce que celle-là émet est au bénéfice d’une impérativité institutionnelle (la force de chose jugée), attachée à sa compétence de décision, alors que celle-ci ne peut prétendre qu’à une impérativité épistémique. Mais, comme on va le voir, compétence institutionnelle et expertise épistémique se combinent, dans la mesure où la seconde peut conditionner la première. Mais ce qu’elles ont de commun est que le savoir lui-même n’est pas celui d’individus, mais l’œuvre d’une communauté — un savoir impersonnel, qui ne repose pas sur une autorité mais doit se justifier dans le cadre constant d’un échange communicationnel d’arguments²⁷.

3.3. Le métatexte

3.3.1. *Le métatexte comme langage juridique*

Les textes normatifs contiennent deux types de notions. Le premier est celui des notions juridiques matérielles : elles renvoient à des référents extérieurs à l’ordre juridique (forêt, beauté, animal, etc.), bien que, insérées dans un texte normatif, elles puissent y prendre un sens plus spécifique, plus large ou plus étroit que dans le langage courant.

Le second type est celui des notions juridiques formelles : elles désignent des concepts propres à l’ordre juridique, bien que le terme juridique, employé dans le langage courant, puisse prendre un sens autre (par exemple, contrat, forclusion, préemption, prescription, etc.). Les notions de ce second type servent à définir le statut, ou le régime que les normes prévoient pour les premières. Exemple : « il faut une autorisation pour défricher une parcelle en nature de forêt », « le délai de préemption de la créance est de dix ans » (par contraste, dans le langage courant, « le père a donné à sa fille l’autorisation de sortir jusqu’à 22 heures », ou « tel aliment est périmé à telle date »).

La sémantique des secondes ressemble à celle des premières, en ce sens que, pour les unes comme pour les autres, le mot qui est utilisé existe dans le langage en dehors de son utilisation concrète dans une parole. Chaque mot de la langue a une encyclopédie, qui résulte, diachroniquement, de son histoire et, synchroniquement, de toutes les dénotations et connotations de ses emplois actuels. Par rapport aux textes juridiques qui l’emploient, cette encyclopédie constitue un métatexte : en quelque sorte la mémoire, actuelle et passée, que, de manière sous-jacente, voire inconsciente, l’ordre juridique véhicule.

Quant à elles, les notions matérielles exigent en outre, pour devenir normatives, une connaissance du terrain dans lequel les effets normatifs se déployeront — terrain qui n’est pas celui du droit, mais ceux de la finance, de la biologie, de l’urbanisme (pour prendre des exemples hétéroclites) : leur métatexte n’est pas juridique.

3.3.2. *La fonction du métatexte comme composante du système juridique*

Il en va autrement des notions juridiques formelles. Leur métatexte fait partie intégrante du droit. La notion utilisée dans un texte normatif comme un de ses

²⁷ Cf. aussi A. SOMEK, *Wissen des Rechts*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 2018, p. 42 et s.

termes existe déjà dans le langage juridique comme concept indépendamment de son utilisation concrète dans ce texte. Le contrat, par exemple, n'est pas né comme notion juridique lorsque le codificateur a légiféré sur l'institution contractuelle, il n'a pas inventé non plus toutes les règles qui en définissent le régime : bien au contraire, il a puisé dans ce qu'il savait déjà de l'institution contractuelle, choisissant le cas échéant la solution qui lui paraissait la plus adéquate parmi celles qui se présentaient à lui — par exemple, pour le contrat de vente, entre le transfert des risques au moment de la conclusion du contrat, à celui du paiement du prix ou à celui du transfert de la possession de la chose vendue. En d'autres mots, pour concevoir la norme, il exploite ce qu'il sait déjà.

Le métatexte permet aussi de repérer toutes les conséquences juridiques des choix que fait le législateur : ainsi lorsqu'il doit se décider, s'agissant de réglementer une relation entre un établissement public et ses usagers, entre un rapport contractuel ou unilatéral.

Le métatexte inclut de même des principes d'organisation : ainsi les catégories du droit public et du droit privé avec leurs critères de distinction. Il inclut enfin des cheminements argumentatifs : ainsi le canon des méthodes d'interprétation.

Le métatexte est ainsi une accumulation collective de savoirs, à laquelle les juristes se réfèrent lorsqu'ils conçoivent des normes, lorsqu'ils construisent une argumentation, lorsqu'ils décortiquent un problème, lorsqu'ils lui imaginent une solution.

Ces savoirs se sont constitués au cours des temps, essentiellement à partir du droit romain, mais aussi partiellement avec l'apport des droits germaniques. Élaborés, retenus ou rejettés, classés, triés, développés par la jurisprudence et la doctrine, ils permettent de penser le droit, c'est-à-dire d'y réfléchir et de le réfléchir dans ses évolutions et dans celles que les contextes sociaux, culturels, idéologiques, économiques, environnementaux, etc., en exigent.

Certes, ces savoirs n'ont aucune portée normative, et le législateur peut toujours s'en écarter — par exemple en prévoyant qu'un délai de prescription ne peut être ni prolongé ni suspendu mais qu'à son échéance subsiste une obligation naturelle ou que la compensation reste possible. Mais une telle innovation va entrer dans le métatexte, modalisant ainsi le savoir antérieur sur le concept de prescription.

3.4. Les textes laïcs

3.4.1. La pratique juridique laïque

Pour être complet, il ne faudrait pas oublier une troisième catégorie de textes : celle de la pratique des sujets de droit, qui ne sont pas des juristes mais dont les comportements sont visés par le droit ou qui sont considérés par eux comme visés par le droit : ils considèrent par exemple que l'accord qu'ils ont passé est un contrat et qu'ils créent ainsi des droits et des obligations réciproques. Ce savoir peut être implicite — le voleur sait qu'il vole, les parties à un accord pensent qu'elles passent un contrat. Cette pratique est celle qu'on peut appeler *infradroit*²⁸. Peu importe

²⁸ Dans un sens différent de celui que l'inventeur du terme lui a donné : A.-J ARNAUD, *Critique de la raison juridique. 1. Où va la sociologie du droit ?*, Paris, L.G.D.J., 1981, p. 25, 338 ; A. ARNAUD et M.-J. FARINAS DULCE, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 151, 268 et s. Voir aussi N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, *op. cit.*, p. 67 et s.

alors que ce savoir soit erroné — il sera invalidé le cas échéant par le juge, qui seul a la compétence de dire ce qui est de droit ; cette compétence exclusive est une manifestation de l'autoréférentialité.

L'invalidation de ce savoir peut jouer au détriment de celui qui le prétend. Si tel est le cas, l'ordre juridique se réfère au principe selon lequel nul n'est censé ignorer le droit : ce principe, à laquelle il n'est guère fait exception que dans le droit pénal (« l'erreur de droit »²⁹ postule que tous les sujets de droit (n')ont (qu'à avoir) un savoir suffisant quant aux normes en vigueur et qu'ils doivent se comporter de manière conforme à ce savoir). Tout savoir laïc qui se révèle comme non intégré à l'ordre juridique est donc disqualifié comme étant non pertinent. En d'autres mots, le savoir juridique — contrairement aux autres savoirs — est un monopole des juristes ; les laïcs en sont en quelque sorte dépossédés³⁰. En vérité, il ne saurait en aller autrement. Cette centralisation est nécessaire car elle seule peut faire obstacle à une subjectivisation absolue de la qualification des rapports sociaux.

Néanmoins, il peut arriver que la pratique puisse se répercuter sur l'ordre juridique. Il en est ainsi dans les cas d'obsolescence d'une norme — elle n'est plus appliquée pendant longtemps — à vrai dire, cela est rarissime. Une pratique peut aussi se développer qui, sans être juridiquement réglée, est intégrable à l'ordre juridique : ainsi le contrat de leasing a d'abord été une pratique avant de faire l'objet d'une législation. Mais dans tous les cas, cette intégrabilité doit être constatée par une autorité pour être juridiquement effective.

3.4.2. Les savoirs sociaux

Le droit est d'un côté un système normatif clos : autopoïétique, il définit lui-même ce qui lui appartient. Mais, de l'autre, il reste ouvert à la référence à des savoirs sociaux de toute nature, qu'il importe dans la mesure où ses propres savoirs ne lui permettent pas à eux seuls de résoudre le problème qui lui est soumis. Cette importation les transmute en savoirs juridiques, normativement pertinents.

Comme on le verra, cette transmutation est rendue possible chaque fois que la norme juridique présente une texture ouverte — des notions juridiques générales indéterminées — qui requiert l'adoption de normes particulières dont le contenu spécifique n'est pas *a priori* défini par la sémantique du droit lui-même. C'est ainsi qu'une communication de savoirs entre la société et le système juridique³¹ peut

²⁹ Voir le Code pénal français, art. 122-3 : « N'est pas pénallement responsable la personne qui justifie avoir cru, par erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte ». On notera qu'il doit s'agir d'une erreur qualifiée, et non d'une simple ignorance. En outre, certaines clauses générales permettent qu'il soit, au vu de circonstances particulières, dérogé à la loi : le principe de la bonne foi, la prohibition de l'abus de droit et de la fraude à la loi (P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, *op. cit.*, p. 279 et s.).

³⁰ Cela correspond à l'image du droit comme mise en scène (cf. P. MOOR, *Le travail du droit*, *op. cit.*, p. 9 et s.).

³¹ Étant donné les usages multiples de ces termes, on rappelle qu'on appelle ici « ordre juridique » l'ensemble des normes adoptées selon des règles posées par des normes appartenant à cet ensemble ; le « système juridique » inclut les structures de fonctionnement institutionnelles et épistémiques par lesquelles le droit est mis en œuvre. Ces deux concepts, quel que soit le sens qui leur est donné, ont une portée descriptive uniquement. Cf. R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit*, *op. cit.*, p. 150.

être assurée ; et c'est le législateur qui décide de l'opportunité de créer de tels espaces ouverts dans les normes qu'il adopte, lorsqu'il considère que pareille communication est appropriée. Cette ouverture cognitive présuppose qu'elle n'existe que là où le tissu normatif la ménage : dans la compétence macropolitique normative du législateur et dans celles, micropolitique, qui s'ouvrent dans les phases de l'application. En d'autres mots, la fermeture est la règle, car c'est elle qui permet l'autoréférentialité du système et, donc, sa distinction d'avec son environnement. Et l'apport extérieur une fois accueilli — transmuté —, l'ouverture se referme : il devient juridique³².

Ces savoirs sont de toute nature. Expériences et pratiques sociales, codes ou usages professionnels, expertises techniques ou scientifiques, voire simplement le bon sens commun — autrement dit l'expérience générale de la vie — peuvent ainsi être appelés à devenir normes juridiques particulières lorsque l'ordre juridique y renvoie expressément ou lorsqu'il renonce à spécifier lui-même entièrement ou exhaustivement le contenu normatif que son application requiert — la notion de faute dans le droit de la responsabilité, ou celle de règles de l'art, par exemple.

De telles reprises de savoirs sociaux permet au droit de rester en communication avec la collectivité. Il est donc important que, suivant les domaines, les normes ménagent en leur sein un espace suffisant pour les accueillir dans les opérations d'interprétation ou d'application, de manière à créer les passerelles utiles entre droit étatique et société civile, entre savoir juridique et savoir social³³.

Les théories du pluralisme juridique vont plus loin : elles affirment que constitue aussi du droit des formes de régulation sociale indépendantes du droit étatique : à la limite, il est question de panjuridisme³⁴. Ce n'est pas ce dont il est question ici, où il s'agit seulement de mettre en évidence que le droit est apte à accueillir d'autres savoirs que juridiques. Parmi ces savoirs, on compte toutes sortes de règles ou d'ensemble de règles qui sont adoptées ou respectées de manière autonome par des organisations sociales et leurs membres. Le phénomène normatif n'est donc pas monopolisé par le droit ; il faudrait par conséquent le désigner comme pan-normativité plutôt que comme panjuridisme, si, du moins, on considère le droit comme un système spécifique dans sa constitution social-historique, avec une organisation particulière de la normativité.

4. DE LA VALIDITÉ

4.1. La validité

Une norme est *institutionnellement* valide dès qu'elle a été créée comme telle par l'adoption du texte qui la formule ; l'émission de ce texte a dès lors un effet performatif. L'ordre juridique pose les normes de compétence et de procédure dans le

³² Suivant ici N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, *op. cit.*, p. 76 et s.

³³ Voir sur ce sujet T. VESTING, *Rechtstheorie*, *op. cit.*, p. 120 et s.

³⁴ Sur ce sujet, voir la présentation de R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit*, *op. cit.*, p. 81 et s., 119 et s., 245 et celle, beaucoup plus critique, de B. MELKEVIK, *Une approche critique de l'idéologie du « panjuridisme »*, in *Politica.eu*, Turin, 2015/2.

respect desquelles le texte doit être émis pour avoir pour effet de créer une norme, respect qui en conditionne la validité.

Ces normes de compétence et de procédure — normes secondaires, ou habilitantes³⁵ — n'ont pas une autre nature ni un autre statut que les normes de comportement (normes primaires). Comme pour celles-ci, leur texte incorpore un savoir et elles peuvent elles aussi devoir être sanctionnées comme invalides si elles ne respectent pas les conditions auxquelles elles peuvent être émises.

Mais la validité est tout autant conditionnée par le respect des normes matérielles émises par une autorité supérieure : la norme n'est *épistémiquement* valable que si son intégration est également assurée de ce point de vue.

Il faut donc s'arrêter sur les mécanismes d'invalidation. Lorsqu'une autorité émet un texte normatif, elle considère implicitement que non seulement elle est institutionnellement compétente, mais aussi que la norme qu'elle crée en même temps est intégrée dans l'ordre juridique : le savoir qu'elle a de sa norme correspond à celui qu'elle a des normes de compétence et de procédure qui la régissent et à celui qu'elle a de l'ordre juridique matériel auquel elle est soumise. Les mécanismes d'invalidation vont donc porter sur la vérification de ces savoirs.

4.2. Validation et invalidation

4.2.1 Le savoir du droit et le savoir sur le droit

Le savoir juridique : un savoir sur les normes, dont le critère de « vérité » est l'intégration dans l'ordre juridique, laquelle conditionne sa validité épistémique — intégration constatée institutionnellement pour les textes normatifs, intégration épistémiquement postulée dans les textes non normatifs. Pour utiliser ce qui n'est que partiellement une métaphore, dans le savoir juridique, le droit réfléchit et se réfléchit³⁶. En tant qu'il s'y réfléchit, le savoir juridique se confond avec son objet, puisque cet objet n'est connaissable que dans les formulations des textes qui manifestent ce savoir. Mais en tant qu'il réfléchit sur les textes pour en dégager un savoir valide sur les normes, il prend provisoirement le droit comme objet — c'est-à-dire le temps de sa réflexion. D'où la nature complexe de l'ordre juridique, en même temps sujet et objet de la connaissance. D'où aussi le critère de sa « vérité » du savoir : non pas son exactitude, c'est-à-dire comme reproduction formalisée de son objet, mais son *intégration* à cet objet — laquelle peut être la conformité (dans le cas des notions juridiques déterminées), mais, le plus souvent, ce sera la compatibilité, une compatibilité raisonnablement argumentée, avec le programme normatif dont la notion indéterminée fournit le cadre.

On retrouve d'ailleurs ainsi dans cette autoréflexion/autoréfection une variation sur le thème de l'autoréférentialité. L'intégration sert à confirmer l'interprétation nouvelle de la notion indéterminée ; mais, en même temps, elle affirme l'actualité innovante de cette notion à l'intérieur même de la stabilité de la norme

³⁵ Respectivement H.L.A. HART, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 119 et s ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 76, 194 et s., et *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud et F. Malkani, Paris, P.U.F., 1996, p. 126, 133 et s.

³⁶ A. SOMEK, *Wissen des Rechts*, *op. cit.*, p. 10, 19, exprime autrement une thèse sans doute analogue : « Das Wissen des Rechts ist das Wissen eines Gegenstandes, der auch das Subjekt dieses Wissen ist ».

qu'elle applique. En d'autres mots, elle se valide dans l'instant où elle renouvelle la validité de la notion à laquelle elle se réfère et par là même, de fil en aiguille, de l'ordre juridique à qui cette norme doit elle-même sa validité, dans son ensemble³⁷.

4.2.2. Institutionnel et épistémique

La validité d'une norme n'est pas entièrement garantie de par sa seule qualité de norme : il y a toujours moyen de la contester.

Il faut ici distinguer entre deux formes, liées aux deux formes d'impérativité — l'épistémique et l'institutionnelle. Tout d'abord, l'argumentation, quel qu'en soit l'auteur — législateur, juge, doctrine — qui a conduit à constater ou à reconnaître la validité peut être critiquée quant à sa rationalité, c'est-à-dire à son intégration dans l'ordre juridique : c'est ici la validation qu'on appellera épistémique. Sa portée est purement matérielle, en ce sens qu'elle entrera dans le champ — l'arène — de la libre discussion juridique, soit entre les auteurs de doctrine, soit par un juge dans une procédure ultérieure. Mais le résultat de cette discussion n'aura pas d'effet sur la portée normative, c'est-à-dire sur l'intégration effective dans l'ordre juridique de la norme dont elle discute la rationalité — celle-ci restera en vigueur.

Et elle le restera tant qu'une autorité dotée d'une compétence d'invalidation n'aura pas constaté le défaut d'impérativité épistémique de la norme et aura en conséquence prononcé son invalidité et dès lors son absence d'impérativité institutionnelle. Il est clair que l'argumentation qui l'aura conduite à ce résultat pourra alors être contestée sur le plan épistémique — elle entrera dans le champ de la libre discussion — ou sur le plan institutionnel par une autorité — ce qui aura pour effet de faire rentrer dans l'ordre juridique la norme invalidée par l'instance précédente.

Le savoir juridique circule ainsi à l'intérieur du système juridique pour être discuté et, institutionnellement, soit validé soit, le cas échéant, invalidé pour être remplacé par un autre savoir. Cette circulation assure une dynamique à l'intérieur du système juridique et, par effet de chaîne, de l'ordre juridique comme ensemble normatif.

4.3. Les sanctions de l'invalidité

L'invalidité épistémique tient à un vice dans l'argumentation. Toute argumentation est dans sa nature contestable, dans la mesure où la densité normative ouvre la possibilité de deux ou plusieurs solutions ; néanmoins, elle doit par principe être objective — elle doit pouvoir être partagée par n'importe lequel de ses lecteurs et, par conséquent, être indépendante de la subjectivité de son auteur ; cela dans la mesure du possible, car il reste toujours un espace micropolitique où, puisqu'il y a un choix à faire, cette subjectivité jouera un rôle³⁸. La conclusion à laquelle elle aboutit ne sera donc pas nécessaire, mais de nature à emporter l'adhésion par sa force de persuasion. N'importe quel lecteur : cela signifie qu'elle s'adresse à un ensemble de destinataires potentiels qu'on appellera un auditoire universel. Et la

³⁷ Dans une perspective inspirée de N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, *op. cit.*, p. 98 et s., dans le chapitre qu'il concerne à la validité (« Geltung »).

³⁸ Cf. sur ce point P. MOOR, *Le travail du droit*, *op. cit.*, ch. 5.

contre-argumentation est à son tour contestable dans sa nature. On entre donc dans un circuit communicationnel qui, en tant que tel, ne connaît pas de fin³⁹.

Mais le système juridique ne peut se satisfaire d'une telle situation. Lorsqu'un litige est porté devant un juge, celui-ci doit trancher : sous peine de déni de justice, il est soumis à une contrainte de réponse aux questions dont il est saisi⁴⁰. Et son jugement (ou l'arrêt rendu par une instance de recours) sera doté d'une impérativité institutionnelle, et cela quelle que soit sa validité épistémique. De même, si un projet de loi est contesté dans son rapport avec une norme supérieure (constitution ou droit international), le législateur tranchera en l'adoptant ou non, implicitement — par son acte même — ou explicitement.

L'argumentation qui a motivé le jugement ou celle dont le législateur s'est inspiré entreront cependant dans le circuit communicationnel de l'auditoire universel. D'où son importance et la nécessité de s'arrêter sur le travail de production de savoirs en quoi elle consiste⁴¹.

Quant à la sanction institutionnelle elle-même, telle que prononcée par une autorité, on distingue souvent entre nullité et annulabilité : un acte nul est censé être et avoir été inexistant juridiquement dès son origine, ce qui n'est pas le cas d'un acte simplement annulable, qui n'est privé d'effet juridique que dès le moment où cette sanction est prononcée. Mais, de toute manière, cette inexistence ne prend effet que lorsqu'elle est constatée par une autorité compétente⁴².

Reste la problématique des rapports entre deux normes contradictoires — il faut plutôt dire : entre deux textes normatifs contradictoires. Il faut ici distinguer entre impérativités épistémique et institutionnelle. Sur le plan épistémique, cela ne devrait pas être : l'ordre juridique postule sa cohérence interne. Mais cela ne relève pas du fait (un « Sein »), mais constitue une exigence (un « Sollen ») : la contradiction va donc subsister, créant une incertitude, tant que, dans l'exercice de ses compétences et selon les règles procédurales qui la régissent, une autorité ne l'aura pas levée : soit par une interprétation coordonnant les deux normes par une modification adaptatrice de l'un ou l'autre de ces deux textes, soit en invalidant l'un ou l'autre, ce qui invalidera la norme correspondante⁴³.

³⁹ Ainsi que N. LUHMANN l'a mis en lumière : *Das Recht der Gesellschaft*, *op. cit.*, p. 106 et s., 319. Toutefois, on s'en écarte ici dans la mesure il ne s'intéresse pas aux messages qui sont communiqués : les « opérations de droit » (« Rechtsoperationen ») sont faites au moyen de textes — donc d'un ensemble de signes, au sens saussurien du terme — et ce sont ces textes qui, circulant au sein de la communauté juridique, sont communiqués.

⁴⁰ P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, *op. cit.*, p. 144 et s.

⁴¹ Cf. P. MOOR, *Le travail du droit*, *op. cit.*, ch. 5.

⁴² Le choix entre les deux formes de sanction dépend de la gravité du vice et de son caractère manifeste. On rappelle que la nullité peut être constatée en tout temps et par toute autorité, alors que l'annulabilité doit être invoquée dans un délai déterminé devant l'instance de recours compétente ; la nullité a un effet rétroactif, qui affecte tous les actes pris sur le fondement de l'acte vicié et qui auraient déjà été exécutés.

⁴³ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 355 et s., raisonne autrement : l'autorité qui annule une norme substitue sa propre norme à celle qu'elle annule sur le seul fondement de sa compétence, et non pas sur le fondement de l'illégalité de cette dernière. Ce raisonnement passe sous silence que cette autorité n'est compétente que si elle intervient pour le critère de validité qu'elle est compétente pour vérifier — et ce critère est celui de la légalité de la décision attaquée, plus

5. LE TRAVAIL D'ARGUMENTATION COMME PROCESSUS DE LÉGITIMATION

5.1. La place de l'argumentation

Dans leur pratique, les juristes ne se contentent pas de citer des textes de loi pour affirmer le bon droit de la cause qu'ils défendent ou de la solution qu'ils veulent justifier — qu'il s'agisse en premier lieu des juges ou en second lieu des auteurs de doctrine, des avocats, des conseillers juridiques. Les uns écrivent des motivations, les autres des commentaires, des mémoires ; mais ils argumentent tous pour démontrer que ce qu'ils soutiennent est la meilleure intégration à l'ordre juridique. Ils visent à établir un savoir en recourant aux savoirs qu'ils possèdent déjà. Cette visée est la même pour tous : tous argumentent dans le même but — il n'y a donc, épistémiquement, aucune différence entre les modalités de leurs savoirs. La distinction entre les deux catégories tient uniquement — mais c'est évidemment fondamental — dans l'impérativité institutionnelle qui s'attache aux assertions des juges, qui deviennent des normes de par cette impérativité.

La pratique argumentative est le quotidien de l'activité des juristes et fait donc partie intégrante de ce que nous appelons le phénomène juridique. Il importe dès lors de lui faire place dans la théorie du droit.

Quand faut-il argumenter ? L'argumentation tend à lever une incertitude qui empêche de considérer que, pour trancher une question juridique, une — et une seule — solution est envisageable et s'impose donc d'emblée, sans qu'il soit nécessaire de la justifier autrement que par la simple référence au texte normatif déterminant. L'argumentation n'est donc pas nécessaire pour les notions juridiques déterminées, sauf lorsqu'elles doivent être interprétées parce qu'il règne une incertitude sur leur sens — incertitude qui peut naître même si le texte normatif a une clarté dans sa lecture littérale — par exemple, s'il s'agit de savoir si un terme peut être lu comme étant épicène — c'est souvent un cas concret d'application qui fait alors surgir l'incertitude⁴⁴. Mais la situation de très loin la plus fréquente est celle

rarement de l'exactitude des faits, plus rarement encore de son opportunité. De plus, son affirmation selon laquelle l'idée même qu'une norme juridique puisse être contraire au droit — ce qui représenterait une « contradiction *in adjecto* » — repose sur une conception de l'ordonnancement de l'ordre juridique fondée uniquement sur les niveaux de compétence : si, comme le dit Kelsen, l'invalidité d'une norme au motif qu'elle est contraire au droit ne prend bien effet qu'au moment où elle est prononcée par une autorité compétente, le fondement de ce prononcé est en même temps la compétence de cette autorité (cependant pas seulement), mais aussi en même temps la constatation de l'illégalité. Ce ne sont donc pas deux normes qui sont contradictoires, mais leurs textes, créant une incertitude épistémique sur une potentielle contradiction entre elles : et cette contradiction ne peut être levée normativement que par une autorité. Il peut arriver que l'un des deux textes émane de la dernière instance judiciaire (devenant ainsi définitif) et l'autre d'une autorité dont les actes sont eux aussi définitifs. Dans une telle hypothèse, il faut se résoudre à une coexistence conflictuelle, qui peut être prétendue par des textes non normatifs, mais qui ne peut être éliminée que par un texte normatif émanant d'une autorité compétente précisément pour constater la cause de l'invalidité de l'une ou l'autre des deux normes.

⁴⁴ Pour reprendre les exemples donnés plus haut : « Suisse », terme littéralement clair (une personne de nationalité suisse) inclut les deux sexes ; mais, les droits civiques étant conférés à l'époque aux « Suisses », pouvait-on lire le terme comme étant épicène ? On peut ici rappeler le texte normatif selon lequel « les chiens doivent être tenus en laisse dans les gares » : le sens de « chien » est parfaitement univoque, mais son interprétation peut mener à lire la norme comme visant « tout animal présentant un danger pour la sécurité » — une notion indéterminée.

des notions indéterminées — par exemple la notion de « faute » ou celle de « causalité adéquate » dans le droit de la responsabilité civile.

L'argumentation est une construction qui utilise une série d'indices pour les réunir en un ensemble qui peut être considéré comme cohérent en lui-même et en même temps avec l'ordre juridique. En logique, un tel schéma est celui de l'abduction, laquelle consiste à retenir comme la plus vraisemblable l'hypothèse la plus cohérente au vu des indices disponibles. Ces indices sont le produit de savoirs partiels. Ce sont en première ligne des savoirs juridiques — par exemple tirés de jurisprudences antérieures concernant des cas plus ou moins analogues ou de connaissances métatextuelles (ainsi le canon des critères de distinction entre droit public et droit privé).

Il n'est cependant pas exclu — et même le plus souvent nécessaire — de recourir à des savoirs non juridiques : tel est le cas lorsque, pour déterminer s'il y a faute, il s'agit de se référer à des règles professionnelles, aux « règles de l'art » ou à un code de déontologie. De tels emprunts ne se font cependant pas tels quels : leur pertinence est examinée et, au besoin, ils sont adaptés autant qu'il est nécessaire pour qu'ils puissent être juridicisés, c'est-à-dire accueillis dans l'ordre juridique ; le savoir extérieur est alors transmuté, comme une sorte d'alchimie, en une rationalité juridique fondant la norme particulière qui va justifier la solution⁴⁵.

L'argumentation légitimante entre donc dans le savoir juridique comme rationalité de l'interprétation d'une norme générale ou de l'élaboration d'une norme particulière : elle fait proprement partie de la norme, la soutenant comme la fondation d'un édifice. C'est d'ailleurs pourquoi, quand un juge procède dans un acte d'application à un revirement de jurisprudence en adoptant une norme particulière d'un autre contenu, il doit établir que la précédente argumentation n'était pas convaincante, donc montrer un autre savoir ; il en va de même lorsqu'il modifie l'interprétation donnée antérieurement à un texte normatif — ce qui a pour effet, on le note en passant, que le contenu de la norme va changer sans que son texte ne change⁴⁶.

5.2. L'auditoire universel

L'argumentation a deux catégories de destinataires. La première groupe tous ceux à qui est destinée la norme argumentée. En sont membres les justiciables dont cette norme affecte les intérêts ou la situation, les parties au litige que le juge tranche en faveur de l'une ou de l'autre, la personne ayant sollicité d'un expert un avis de droit pour savoir quel comportement serait conforme au droit : ce groupe est moins intéressé par l'argumentation que par la norme elle-même sur laquelle ils doivent se régler.

⁴⁵ Sur tous ces points, cf. le développement dans P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, *op. cit.*, p. 261 et s, ou *Perméabilités du système juridique. Essais sur le droit de l'État de droit*, Presses Universitaires de Laval, 2016, p. 145 et s. Sur l'abduction : *ibid.*, p. 289 et s ; A. SOMEK, *Rechtliches Wissen*, *op. cit.*, p. 114 et s.

⁴⁶ P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, *op. cit.*, p. 258 et s.

Le second groupe est celui qui est appelé ici l'auditoire universel⁴⁷ et qui, en réalité, est fictif, si important qu'il soit : c'est un personnage fantasmé par tout juriste, qui, en vérité, s'adresse à lui plus qu'aux membres du premier groupe. Peut-être le terme d'architecteur⁴⁸ serait-il plus parlant : il désignerait comme le surmoi de tout juriste qui, lorsqu'il dit ou écrit un texte juridique, soumet celui-ci à l'épreuve de sa lecture. Une telle fonction est impliquée par la dépersonnalisation de l'ordre juridique, qui doit être postulée pour garantir qu'il existe en soi et pour soi, indépendamment de toute subjectivité qui en déterminerait la consistance⁴⁹. C'est l'approbation de cet auditoire ou de cet architecteur qui est visée par toute argumentation juridique : c'est donc en fonction de cette visée qu'elle doit être élaborée puis dite. Mais on ne s'attendra pas à ce qu'elle soit atteinte, puisque son destinataire est fictif. Bien plus : épistémiquement, il restera toujours une incertitude, mais, si l'argumentation émane d'un juge, elle sera réduite du fait de la tendance à la répétition des jurisprudences antérieures.

S'il s'agit aussi de persuader le destinataire du premier groupe à qui elle est adressée du bien-fondé de la solution à laquelle elle aboutit, l'argumentation vise avant tout l'auditoire universel – le premier groupe est de toute manière lié par l'impérativité institutionnelle dont jouit le juge auteur de l'argumentation. L'enjeu est de démontrer que la solution argumentée est celle qui s'intègre plus que toute autre à l'ordre juridique puisque, selon son auteur, elle peut convaincre l'auditoire universel représentatif de l'ensemble normatif, qui, quelque fictif qu'il soit, est le lecteur le plus objectif qu'on puisse imaginer ; et même, c'est parce qu'il est fictif qu'il peut être universel : l'argumentation doit être telle qu'elle est de nature à convaincre n'importe quel lecteur, même si son auteur sait qu'il restera toujours des lecteurs qui n'en seront pas persuadés.

L'argumentation doit donc mettre en œuvre un savoir juridique pertinent, pour se mettre au bénéfice d'une impérativité épistémique suffisante pour pouvoir revendiquer une impérativité normative. Mais il est clair qu'elle ne jouira de celle-ci que si elle émane d'une autorité jouissant d'une compétence institutionnelle ou si, à la requête de son auteur, elle est consacrée par une telle autorité.

Encore faut-il que ces argumentations soient connues. C'est pourquoi en premier lieu l'obligation d'écrire les motivations a dû s'imposer, puis celle de les publier.

Concrètement, la fonction d'auditoire universel est évidemment d'abord assurée par la doctrine, commentant, critiquant, synthétisant, développant la jurisprudence. Mais, au-delà du monde des juristes, c'est la société elle-même qui est visée : il faut que l'argumentation établisse l'acceptabilité sociale de la solution à laquelle elle aboutit. Par-là, il faut entendre non seulement les valeurs dominantes, mais aussi la valeur du droit lui-même comme modalité normative de la société – y compris lorsqu'il s'agit de justifier que *dura lex sed lex*. C'est en quoi la publicité de la

⁴⁷ À la suite de C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, *op. cit.*, p. 40 et s ; C. PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, *op. cit.*, p. 95.

⁴⁸ Emprunté, quoiqu'utilisé dans un autre contexte, à M. RIFFATERRE, *Essais de stylistique structurale*, Paris, Flammarion, 1971, p. 46 et s.

⁴⁹ En ce sens, ce serait un « système sémantique global » au sens d'U. ECO, *Lector in fabula – Le rôle du lecteur*, trad. M. Bouzaher, Paris, Grasset, 1985, p. 25 et s. : « postulat de la théorie et hypothèse régulatrice de l'analyse ».

justice est un principe fondamental : celle des audiences et de la lecture des jugements, parfois même des délibérations⁵⁰.

L'important n'est donc pas tellement que l'écriture juridique parvienne effectivement à des destinataires, mais surtout qu'elle soit conçue, pensée, élaborée dans la perspective qu'elle sera lire parce que généralement accessible ; cela signifie, plus largement, que, si elle est lue, elle sera propre à être acceptée soit dans le concret du chemin qu'elle a suivi dans le cas d'espèce, soit dans le principe abstrait de constituer une argumentation recevable même si elle peut être contestée dans le cas d'espèce. Peu importe à cet égard que le nombre de lecteurs soit réduit : ce qui est essentiel, c'est que l'argumentation soit conçue comme si ce nombre était la société dans son ensemble.

5.3. Herméneutique et méthodologie

Le problème se pose de savoir si une méthodologie peut exister qui garantisse l'exactitude de l'interprétation ou de l'application de la norme dont il recherche le sens par la lecture du texte normatif qui l'a créée. Une réponse négative s'impose, ne serait-ce qu'à cause de la distance qui sépare l'acte de l'écriture de celui de la lecture. Un rappel de l'herméneutique suffira ici. Écrire un texte, c'est entreprendre de faire comprendre ce dont il traite. Adoptant un texte normatif, l'auteur lit le texte qu'il écrit, et décide que, dans la formulation qu'il choisit, ses futurs lecteurs comprendront ce qu'il a voulu donner à comprendre. La position du législateur n'est nullement différente de celle de n'importe quel auteur. Sa qualité de créateur de la norme laisse cependant penser qu'il sait mieux que quiconque ce que signifie ce qu'il veut créer. C'est donc par la médiation du texte que doit passer la compréhension des lecteurs ultérieurs. De ce point de vue, la formulation littérale est un passage obligé, mais qui peut se révéler insuffisant : rien ne permet au lecteur d'être assuré qu'il y a une correspondance exacte entre la formulation du texte normatif et la norme que son adoption a créée et que cette formulation a pour but de faire comprendre. Rien ne lui permet non plus d'être assuré que sa lecture, faite à partir de son propre univers, correspond à ce que l'auteur du texte a écrit. Rien enfin ne peut l'empêcher de penser que, si le créateur de la norme avait écrit son texte aujourd'hui, il aurait donné à celle-ci la même formulation qu'à son époque. De là la conséquence : toute lecture est par essence incertaine, de même qu'aucune écriture ne peut préjuger de ce qui va être compris de ce qu'elle veut donner à comprendre ; il en découle aussi que l'incertitude pèse aussi bien sur l'écriture, passée, que sur la lecture, présente.

Car le but de la lecture juridique est de lever l'incertitude, c'est-à-dire découvrir le sens de la norme tel qu'il permette de donner une solution à la question posée par le cas d'espèce, dans la position du lecteur au moment de sa lecture, compte tenu de celle de l'auteur au moment de son écriture.

Mais il y a plus. Si la situation du lecteur lui pose un problème, c'est qu'elle présente une nouveauté spécifique qu'il ne peut absorber par simple lecture du texte normatif et qui lui impose en conséquence une autre lecture, qui ne peut être que créative. Et il ne peut donc exister une méthode qui permette de transformer l'innovation, à laquelle il peut être contraint de procéder pour résoudre la question

⁵⁰ Certaines cours suprêmes.

qu'il doit trancher, en une simple répétition d'un sens existant *a priori*. Il doit prendre une décision — la décision n'est pas déjà prise par le texte qu'il lit — et cette situation presuppose par définition une certaine liberté.

On peut donc soupçonner que les tentatives de définir une méthodologie ont pour visée de limiter cette liberté, en tout cas de l'occulter, au moins dans une certaine mesure ; peut-être aussi le but inavoué pourrait être de recouvrir du manteau de Noé la dimension micropolitique de la mise en œuvre du droit. Si tel est le cas, on oublierait que cette liberté résulte soit de l'indétermination sémantique du langage employé — ce qui la rend inévitable —, soit de la finalité d'une faible densité normative — permettant à dessein de moduler l'application en fonction des circonstances concrètes. La méthodologie doit donc la respecter : elle ne peut donner que des indications, des lignes directrices, et dessiner seulement la structure du programme normatif pertinent pour le cas d'espèce⁵¹. Ce seront les indices grâce auxquels l'argumentation sera conduite, examinant les différentes possibilités que leur combinaison permet d'imaginer et évaluant leur force de persuasion respectif — on retrouve ici la logique de l'abduction.

C'est dire que le problème n'est pas tant méthodologique qu'institutionnel et épistémique. Institutionnel d'abord : le juge est soumis à la loi, donc le sens qu'il va donner à son innovation doit être en rapport raisonnable avec l'acte d'adoption de la norme — ce qui lui donne une plus grande marge de liberté que s'il devait respecter littéralement son texte. Épistémique ensuite : que cette relation soit raisonnable signifie d'abord que l'argumentation et la norme à laquelle elle aboutit soit intégrable dans la rationalité générale de l'ordre juridique⁵², mais aussi, cumulativement, qu'elle soit recevable pour tout lecteur — l'auditoire universel — et cela même s'il n'en est pas persuadé — et, au-delà, de la société elle-même.

Raisonnables, intégrables, recevables : ce ne sont pas des nécessités, mais des qualités. Cela signifie que, quelles qu'elles soient, leur mise en œuvre laissera toujours subsister une incertitude. C'est en cela que le droit est vivant (on pardonnera la métaphore) — dans l'ouverture permanente de ses savoirs aux aléas que traversent les rapports sociaux. En irait-il autrement qu'il serait emprisonné en lui-même et que, du même coup, il emprisonnerait la société.

6. CONCLUSION

6.1. Le droit comme miroir de lui-même

Les textes juridiques se définissent par leur objet : ils visent une norme ou un ensemble de normes dont ils considèrent que, épistémiquement, ils l'expriment au mieux ou qu'ils y sont intégrés au mieux. Ils relèvent de la dimension du penser.

Certains de ces textes ont une portée particulière, reposant sur la compétence institutionnelle de leur auteur : ils créent la norme par le texte même qu'ils écrivent et qui, dans le même moment, la décrit. Mais ce moment inclut deux actes de nature différente : l'un est créateur et relève du faire, l'autre reproduit par l'écriture ce qui

⁵¹ Dans le sens, par exemple, de F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, trad. O. Jouanjan, Paris, P.U.F., 1993, ou de A. SOMEK, *Rechtliches Wissen*, *op. cit.*, p. 120 et s.

⁵² D'où par exemple le critère de l'« interprétation conforme à la constitution ».

est en train d'être fait et relève donc du penser. Ce second acte a donc la nature de tout texte juridique.

Quelle que soit leur catégorie, les textes juridiques ont donc le même référent, qui est la norme qu'ils visent ; et ils ont la même visée, soit établir que ce qu'ils disent — leur jurisdiction⁵³ — est celle qui dit le mieux le contenu de la norme ou que la norme telle qu'ils la disent s'intègre au mieux dans l'ordre juridique dont elle relève. Or la norme comme l'ordre juridique lui-même ne sont connaissables que par les textes qui les disent. Ce n'est pas ressusciter ici le mythe platonicien de la caverne : les textes ne sont pas les ombres des normes, puisqu'ils les créent, et que, si elles n'étaient pas dites par eux, non seulement elles ne seraient pas connaissables mais elles n'existeraient même pas — ou plutôt elles n'existeraient pas en dehors de la connaissance que les textes en donnent.

Quel est alors le statut ontologique de la norme ? C'est celui d'une idée — relevant de l'univers de l'idéalité en tant que produit de l'imaginaire social⁵⁴, comme on l'a dit. Cette idée ne peut être que collective, puisqu'elle doit être normative pour l'ensemble de la société. Mais, pour pouvoir être collective, elle requiert une identité qui permette d'être assuré qu'en s'y référant, on parle de la même norme. Cette identité est constituée par le texte normatif dont l'adoption a eu comme effet performatif de créer cette norme : en se référant au texte, on se réfère en même temps à la norme. Il faut donc passer par le texte pour formuler quelque assertion que ce soit au sujet de la norme : celui-ci sert en quelque sorte de filtre pour toute communication relative à celle-là.

Il y aura donc autoréférentialité entre les savoirs fournis par les textes et leur objet. L'intégration d'un savoir — c'est-à-dire de la définition qu'il donne de la norme — dans l'ordre juridique ne peut se mesurer qu'à la connaissance des autres savoirs de cet ordre juridique. Autrement dit, les savoirs juridiques se mesurent à eux-mêmes, et c'est ce qui mérite bien le nom d'intégration.

Mais alors le droit est ce qui est dit qu'il est, institutionnellement et impérativement (mais toujours potentiellement sujet à revirement) dans les textes normatifs, et de même dans les textes non normatifs, mais alors descriptivement ou potentiellement dans la mesure où, selon la persuasivité de leur force épistémique, ils seront repris institutionnellement comme textes normatifs.

Ce niveau de jurisdiction dédouble celui des normes elles-mêmes, qui est son référent. Mais il ne faut pas oublier que la jurisdiction peut modifier, par l'adoption d'un texte normatif, le référent. De même, rien ne garantit qu'elle en rende effectivement compte. La coïncidence entre les deux niveaux est simplement postulée, jusqu'à ce qu'une autorité la pose dans l'exercice de ses compétences ; mais même dans une telle situation, la distance entre l'assertion et son référent subsiste, elle est simplement en quelque sorte escamotée — mise sous le tapis de la force institutionnelle.

⁵³ Ce néologisme est repris de G. Timsit, *Les figures du jugement*, Paris, P.U.F., 1993, p. 20 et s, 50 et s, 72 et s (dans sa critique du positivisme) et *Archipel de la norme*, Paris, P.U.F., 1997, p. 37, notamment.

⁵⁴ Dans le sens de C. CASTORIADIS, *L'institution imaginaire de la société*, op. cit., cf. les références ch. II, note 47.

Il en ressort que le savoir juridique est toujours imprégné par l'incertitude résultant de cette distance⁵⁵. C'est pourquoi l'impérativité institutionnelle est là, pour y mettre fin, car la société demande au droit des solutions stables ; mais elle aussi requiert d'être argumentée — et, donc, épistémiquement, l'incertitude n'a pas de fin, précisément parce que les référents ne sont accessibles que dans la formulation des textes qui les disent : par conséquent, ces textes se renvoient les uns aux autres pour dire ce qu'il y a à dire sur les normes qui sont l'objet de leurs assertions mais qui ne peuvent être connues que par ces textes.

Ce n'est pas succomber à la théorie réaliste pour laquelle le droit n'est que ce que le juge dit qu'il est⁵⁶. Car, dans un État de droit — et c'est de son droit qu'on fait la théorie —, toute juridiction est soumise à l'exigence générale de rationalité. Si la théorie (dite !) réaliste reflétait effectivement la réalité des opérations juridiques, il en résulterait non seulement que ce que le juge dit serait le droit, mais en même temps, logiquement, qu'il serait à l'abri de toute critique juridique. Mais, quelle que soit son impérativité institutionnelle, dans la pratique juridique comme dans le fondement de l'idéologie politique de l'État de droit, ce qu'il dit n'est épistémiquement valable que si la norme qu'il pose se justifie par une argumentation montrant qu'elle est la plus cohérente avec les normes — ou plutôt avec leurs textes — auxquelles elle est soumise dans l'organisation hiérarchique de l'ordre juridique. La rationalité exposée institutionnellement — et rédigée à l'intention d'un auditoire universel — va entrer dans un circuit communicationnel de savoirs où elle pourra être contestée par d'autres constructions argumentatives. Soit dit en passant — bien que ce soit fondamental — on voit à ce point combien la garantie de la libre communication des idées est indispensable à la dynamique juridique entreprise entre les deux impérativités : dans la plénitude de ses potentialités, l'ordre juridique est un corollaire de la structure politique de l'État de droit.

On voit aussi comment le droit oscille dans son essence entre stabilité (et répétition) et innovation (et adaptation). Dans la théorie de l'information, la répétition — plus précisément la redondance — a pour fonction de garantir la consistance et la continuité du système, soit son opérabilité — en maîtrisant le désordre potentiel d'éparpillements incontrôlables d'informations⁵⁷. Mais l'imprévisibilité des applications requiert l'ouverture du système à des informations non répétitives. L'incertitude oblige à l'innovation et l'intégration assure la stabilité. Cette oscillation entre répétition et adaptation est le fruit des deux distances que nous avons repérées : la norme, dans sa nécessaire textualité, les comprend en elle-même. Qu'il s'agisse de

⁵⁵ « Only those questions that are in principle undecidable, we can decide », pour citer la célèbre formule de H. VON FOERSTER ; mais attention au changement de sens ! « Indécidable » qualifie une question pour la solution de laquelle aucune méthodologie ne permet d'aboutir à une seule réponse possible — c'est la situation au début du processus ; « décider » se rapporte à la fin du processus, au moment où la réponse est fournie. C'est pourquoi on préfère le terme d'incertitude, qui rejoint celui d'hésitation, un sentiment que B. LATOUR, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, La Découverte, 2004, p. 104, 153-4, 161-2, 181, 187, 202, a jugé dominant chez les juristes. Or le droit présente, par rapport à d'autres systèmes de savoir, la caractéristique d'obéir à une contrainte de réponse : non seulement il peut décider — et cela signifie que précisément l'« indécidabilité » lui laisse une certaine liberté —, mais il doit décider — quelles que soient ses hésitations.

⁵⁶ Notre formule, nous en sommes conscients, résume caricaturalement un ensemble de théories plus différencié. Voir sur cette théorie la présentation critique de R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit*, op. cit., p. 70 et s.

⁵⁷ Voir l'exposé de N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, op. cit., p. 352 et s.

décisions d'interprétation ou d'application, l'identité du référent garantit la stabilité de la norme malgré les mouvements et variations de lecture ; mais le renouvellement des lectures s'inscrit dans la double distance qui est inhérente à logique textuelle de la norme et qui permet à celle-ci de demeurer toujours contemporaine.

6.2. Autonomie du droit et dépendance du politique

Mais c'est au prix d'une circularité qui l'autonomise, puisque ce qu'il dit n'est justifié que par l'ensemble de ce qu'il a déjà dit : il ne rend compte qu'à lui-même, autrement dit, il est autoréférentiel. Il vise à garantir ainsi que l'exercice du pouvoir — dans la mesure où des normes juridiques le régissent — soit objectivable, c'est-à-dire indépendant de la volonté subjective de son titulaire.

Cependant, la construction de l'ordre juridique dans un État de droit n'en est que la structure formelle. Elle ne dit rien quant à la substance des normes qui vont y être intégrées : c'est l'affaire de décisions des institutions politiques. Ce sont en premier lieu, dans la dimension macropolitique, le parlement et le gouvernement dans les domaines inscrits à leur agenda et avec des choix de contenu limités par l'opinion publique ou par les groupes de pression : il appartient à la science politique d'analyser ces processus et le système d'acteurs. En second lieu, il s'agit de la micropolitique des juges, moins spectaculaire, lorsque leurs décisions remplissent les espaces vides que la densité normative laisse à leur initiative : ils le font en absorbant dans les normes des savoirs non juridiques — techniques, déontologiques, idéologiques, qui, par là même, prennent la fonction de normes juridiques. Ici, la psychologie judiciaire peut démontrer de telles opérations.

On voit combien le reproche fait au droit de faire obstacle à des réformes souhaitées pour porter remède à des situations de fait malheureuses (particulièrement écologiques) confond deux responsabilités : celle liée au contenu du droit, dépendant des choix faits par les autorités politiques, et celle liée à l'organisation des structures du système juridique qui mettent ceux-ci en œuvre⁵⁸. Ce sont ces autorités (y compris les juges dans leur micropolitique) qui ouvrent l'univers du droit à ce qu'elles ont décidé, univers qui donc se voit imposer ce qu'il a à dire : il n'est pas légitimé à savoir autre chose que ce que l'univers ainsi créé lui permet de savoir. C'est seulement par ce circuit complexe que la société civile peut se faire entendre dans le droit : une démocratie médiatisée.

Pierre Moor

Professeur honoraire de l'Université de Lausanne (Suisse), docteur *honoris causa* de l'Université de Bâle, auteur d'un traité de droit administratif en trois tomes, plusieurs fois réédité, et de quatre ouvrages de théorie du droit : *Pour une théorie micropolitique du droit* (2005), *Dynamique du système juridique* (2010), *Perméabilités du système juridique* (2016) et *Le travail du droit* (2021).

⁵⁸ Cf. aussi R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit*, op. cit., p. 142.

AUTEURS

Denis Baranger

Denis Baranger est Professeur de droit public à l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

Paul W. Kahn

Paul W. Kahn est le Robert W. Winner Professor of Law and Humanities à l'école de droit de Yale, où il dirige le *Orville H. Schell Center for Human Rights*. Il a obtenu son doctorat en philosophie de l'Université de Yale, et son *Juris Doctor* (JD) de l'école de droit de la même université. De 1980 à 1982, il a été clerc de justice pour le juge White à la Cour Suprême des États-Unis. Avant de rejoindre Yale en 1985, il a exercé en tant qu'avocat à Washington D.C., où il a représenté le Nicaragua devant la Cour Internationale de Justice. Il enseigne dans les domaines du droit constitutionnel et de la théorie constitutionnelle, du droit international, des études culturelles et de la philosophie. Il a écrit de nombreux ouvrages consacrés au droit constitutionnel, à la théorie politique ainsi qu'aux études culturelles. Ses dernières publications sont *Origins of Order: Project and System in the American Legal Imagination* (Yale University Press, 2019), *Testimony* (Cascade Books, 2021), et *Democracy in America 2020* (Yale University Press, à paraître en 2022).

Duncan Kennedy

Duncan Kennedy est Carter Professor of General Jurisprudence à l'école de droit de Harvard (*Emeritus*). Ayant directement participé à fonder le courant des *Critical Legal Studies*, le professeur Kennedy a œuvré à proposer une analyse critique du droit privé et de la pensée juridique américaine. Auteur prolifique, il a notamment publié *Sexy Dressing Etc. Essays on the Power and Politics of Cultural Identity* (1995), *A Critique of Adjudication. Fin de siècle* (1998) et *The Rise and Fall of Classical Legal Thought* (2006). Duncan Kennedy est fellow de l'Institut Michel Villey. Il a été en 2018 le titulaire de la Chaire Michel Villey (*Paris Jurisprudence lectures*).

Mathilde Laporte

Mathilde Laporte est enseignante-chercheuse contractuelle en droit public à la CY Cergy Paris Université. Elle a soutenu sa thèse à l'Université Paris II Panthéon-Assas en 2020 sous la direction du Pr Denis Baranger, intitulée *La distinction public-privé aux États-Unis et la tradition doctrinale du legal process*. Cette thèse vient de recevoir le prix solennel de thèse de la Chancellerie des Universités de Paris (2021) dans la mention « droit ».

Pierre Moor

Professeur honoraire de l’Université de Lausanne (Suisse), docteur *honoris causa* de l’Université de Bâle, auteur d’un traité de droit administratif en trois tomes, plusieurs fois réédité, et de quatre ouvrages de théorie du droit : *Pour une théorie micropolitique du droit* (2005), *Dynamique du système juridique* (2010), *Perméabilités du système juridique* (2016) et *Le travail du droit* (2021).

Aurélien de Travy

Aurélien de Travy est doctorant en droit public à l’Université Paris II, Panthéon-Assas, Institut Michel Villey.

Benno Zabel

Benno Zabel est professeur de philosophie du droit et de théorie juridique à la Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität de Bonn.

COLOPHON

Ce numéro de *Droit & Philosophie* a été composé à l'aide de deux polices de caractères, Linux Libertine et Alegreya Sans. La première est développée par le « *Libertine Open Fonts Projekt* » sous la direction de Philipp H. Poll, sous licence à sources ouvertes GNU GPL (*GNU General Public License*). La seconde a été développée par Juan Pablo del Peral pour le compte de Huerta Tipográfica, et est disponible sous licence OFL (*SIL Open Font Licence*).

ISSN : 2606-4596

DROIT & PHILOSOPHIE

Droit & Philosophie est la revue française consacrée à l'étude critique des liens entre droit, philosophie, théorie et culture juridiques. Elle se situe à leur intersection et se veut également un lieu de rencontre des doctrines françaises et étrangères dans ces matières. Cette ligne éditoriale ainsi que la qualité de ses publications sont garanties par un comité de lecture et une procédure d'évaluation systématique en double aveugle.

La revue *Droit & Philosophie* publie chaque année un volume numérique puis imprimé aux éditions Dalloz, ainsi que des contenus inédits tout au long de l'année (hors-séries, articles, traductions, recensions, mémoires, etc.).