

ÉCOLE NORMALE SUPÉRIEURE (ULM)  
Département de sciences sociales

Cours de philosophie du Droit / théorie du Droit international  
Florian Couveinhes Matsumoto

*Les discours sur la licéité des comportements  
et la validité des instruments et normes juridiques*

## **Partie I : deux niveaux d'appréciation ou de jugement ?**

**Document 1 : Daniel Kahneman, *Système 1, système 2 – Les deux vitesses de la pensée*, trad. de Raymond Clarinard, Paris, Flammarion, 2012 [1<sup>ère</sup> éd. en langue anglaise : 2011], pp. 27-40 et 253-263**

- a) Première partie (deux systèmes de pensée), chapitre 1 : les personnages de l'histoire
- b) Troisième partie (l'excès de confiance en soi), chapitre 20 : l'illusion de validité (extrait)

**Document 2 : John Dewey, « Méthode logique et droit » (1924), in John Dewey, *Écrits politiques*, trad., prés. et annotés par Jean-Pierre Cometti et Joëlle Zask, Paris, NRF, Gallimard, coll. « Bibliothèque de philosophie », 2008, pp. 172-186**

## **Partie II : la théorie du Droit comme interprétation : cas simples et cas difficiles ?**

**Document 3 : Ronald Dworkin, « On Not Prosecuting Civil Disobedience », *The New-York Review of Books*, 6 juin 1968**

**Document 4: Ronald Dworkin, « La théorie du droit comme interprétation », *Droit et société*, 1985, n°1, pp. 81-92**

## **Partie III : de la polyphonie des opinions et discours (défendables) sur la validité d'un instrument ou d'une règle juridiques**

**Document 5 : l'exemple de la conformité à la Charte sociale européenne, donc de la validité en Droit français, de l'ordonnance « Macron » plafonnant les indemnités dues pour licenciement illégal**

- a) Article 10 de la convention n°158 de l'Organisation internationale du travail sur le licenciement
- b) Article 24.4 de la Charte sociale européenne (CSE)
- c) Comité européen des droits sociaux, 8 septembre 2016, *Finnish Society of Social Rights c. Finlande* (recevabilité et bien fondé), réclamation n°106/2014, §45
- d) Article L1235-3 du Code du travail, version en vigueur du 24 septembre 2017 au 01 avril 2018, modifié par Ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017, article 2
- e) C. Const. 21 mars 2018, n°2018-761 DC, « Loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social », §§84-91
- f) Cons. prud'h. Troyes, 13 déc. 2018, n° 18/00036
- g) Cons. prud'h. Grenoble, 19 janv. 2019, n° 18/00989
- h) C. cass., Avis n° 15012 du 17 juillet 2019 - Formation plénière pour avis - (Demande d'avis n°R 19-70.010), Barème d'indemnisation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse 19-70.010 Conseil de prud'hommes de Louviers
- i) News 2022 – Licenciement abusif : la France viole la Charte sociale européenne, 26 septembre 2022 ([www.coe.int/fr](http://www.coe.int/fr))
- j) Leïla de Comarmond, « Le barème prud'homal contesté par le Comité européen des droits sociaux », 28 septembre 2022

- k) A. Schultz, « Des subjectivités reconfigurées – Réflexions sur la réforme de barémisation des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse », *Droits – Revue français de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, 2021/2, n°74, pp. 231-251 (extraits)

## LES PERSONNAGES DE L'HISTOIRE

Pour observer votre esprit en mode automatique, jetez un coup d'œil à l'image ci-dessous.



Figure 1

Votre expérience, quand vous considérez le visage de cette femme, associe l'air de rien ce que l'on appelle d'habitude la vision et la pensée intuitive. Aussi sûrement et rapidement que vous avez vu que ses cheveux étaient noirs, vous avez su qu'elle était en colère. De plus, ce que vous avez vu a des ramifications dans le futur. Vous avez senti que cette femme est sur le point de prononcer quelques mots peu amènes, probablement d'une voix forte et stridente. Une prémonition de ce qu'elle va faire ensuite vous est venue à l'esprit, automatiquement et sans effort. Vous n'avez pas l'intention d'évaluer son humeur ni d'anticiper ce qu'elle risque de faire, et votre réaction à la photographie ne vous a pas

laissé l'impression que vous aviez fait quelque chose de particulier. C'est plutôt comme si ça vous était arrivé malgré vous. C'est un exemple de pensée rapide.

Intéressez-vous maintenant au problème suivant :

17 x 24

Vous avez vu immédiatement qu'il s'agissait d'une multiplication, et vous avez probablement su que vous pouviez la résoudre, avec du papier et un crayon, voire sans. Vous avez aussi eu vaguement conscience de l'éventail des résultats possibles. Vous ne mettriez pas longtemps à admettre que 12 609 et 123 sont l'un et l'autre pas plausibles. En revanche, à moins de consacrer du temps au problème, vous ne seriez pas certain que la réponse n'est pas 568. Une solution précise ne vous est pas venue à l'esprit, et vous avez eu le sentiment que vous pouviez choisir ou non de vous lancer dans le calcul ; si vous ne l'avez pas encore fait, vous devriez vous y essayer maintenant, au moins commencer.

En passant par une succession d'étapes, vous venez de faire l'expérience de la pensée lente. Vous êtes d'abord allé chercher dans votre mémoire le programme cognitif de la multiplication que vous avez appris à l'école, puis vous l'avez mis en œuvre. Le fait d'effectuer le calcul lui-même a représenté une tension. Vous avez ressenti combien il est laborieux de préserver une grande quantité d'informations en mémoire sans oublier ni où vous en étiez ni où vous alliez, et en vous accrochant au résultat intermédiaire. Ce processus est un travail mental : délibéré, ordonné, qui nécessite un effort – un prototype de la pensée lente. Le calcul ne s'est pas déroulé seulement dans votre esprit ; votre organisme a participé lui aussi. Vos muscles se sont tendus, votre tension artérielle a augmenté, de même que votre rythme cardiaque. En regardant vos yeux de près au moment où vous vous attaquez à ce problème, on aurait pu voir vos pupilles se dilater. Vos pupilles ont repris leur dimension normale dès que vous avez terminé le travail, dès que vous avez trouvé la réponse (408, soit dit en passant) ou que vous avez jeté l'éponge.

LES PROTAGONISTES : SYSTÈME 1 / SYSTÈME 2

Depuis des décennies, les psychologues se passionnent pour les deux modes de pensée évoqués par le cliché de la femme en colère et le

problème de multiplication, et ont proposé diverses façons de les nommer<sup>1</sup>. J'adopte des termes suggérés à l'origine par les psychologues Keith Stanovich et Richard West, et me référerai à deux systèmes de l'esprit, le Système 1 et le Système 2.

- Le *Système 1* fonctionne automatiquement et rapidement, avec peu ou pas d'effort et aucune sensation de contrôle délibéré.
- Le *Système 2* accorde de l'attention aux activités mentales contraignantes qui le nécessitent, y compris des calculs complexes. Le fonctionnement du *Système 2* est souvent associé à l'expérience subjective de l'action, du choix, et de la concentration<sup>2</sup>.

Les noms de *Système 1* et *Système 2* sont très souvent utilisés en psychologie, mais je vais plus loin que d'autres dans ce livre, que vous pouvez lire comme un psychodrame à deux personnages.

Quand nous pensons à nous-mêmes, nous nous identifions au *Système 2*, le soi conscient, qui raisonne, qui a des convictions, fait des choix et décide que penser et que faire. Bien que le *Système 2* croie être au cœur de l'action, c'est le *Système 1* automatique qui est le héros du livre. Pour moi, le *Système 1* produit sans effort les impressions et les sentiments qui sont les sources principales des convictions explicites et des choix délibérés du *Système 2*. Les opérations automatiques du *Système 1* engendrent des enchaînements d'idées étonnamment complexes, mais seul le *Système 2*, plus lent, peut élaborer des pensées en une série ordonnée d'étapes. Je décris également les circonstances dans lesquelles le *Système 2* prend les commandes, surmontant les impulsions et les associations en roue libre du *Système 1*. Je vous invite à considérer ces deux systèmes comme des agents disposant de leurs propres capacités, limites et fonctions.

Voici, dans un ordre de complexité sommaire, quelques exemples des activités automatiques attribuées au *Système 1* :

- détecter qu'un objet est plus éloigné qu'un autre ;
- s'orienter vers la source d'un bruit soudain ;
- compléter la phrase « du pain et... » ;
- faire une grimace de dégoût face à une image horrible ;
- détecter de l'hostilité dans une voix ;
- résoudre  $2 + 2 = ?$  ;
- lire des mots sur un grand panneau d'affichage ;
- conduire une voiture sur une route déserte ;

- ◆ trouver un coup fort aux échecs (si vous êtes un maître) ;
- ◆ comprendre des phrases simples ;
- ◆ reconnaître qu'une « personnalité docile et méticuleuse qui se passionne pour les détails » ressemble à tel stéréotype professionnel.

Tous ces événements mentaux ont un rapport avec la femme en colère – ils se produisent automatiquement et ne nécessitent que peu ou pas d'effort. Les capacités du Système 1 comprennent des compétences innées que nous avons en commun avec d'autres animaux. Nous sommes nés prêts à percevoir le monde qui nous entoure, à reconnaître des objets, orienter notre attention, éviter les pertes, à avoir peur des araignées. D'autres activités deviennent rapides et automatiques à l'issue d'une longue pratique. Le Système 1 a appris à associer certaines idées (quelle est la capitale de la France ?) ; il a par ailleurs acquis des compétences comme la lecture et la compréhension des nuances dans des situations sociales. Certains talents, comme celui de trouver des coups forts aux échecs, ne sont acquis que par des experts spécialisés ; d'autres sont très courants. Pour percevoir la similitude entre la description d'une personnalité et un stéréotype professionnel, il faut disposer d'une connaissance étendue de la langue et de la culture, ce que possèdent la plupart d'entre nous. La connaissance est stockée dans la mémoire, et l'on y accède sans intention ni effort.

Plusieurs actions mentales de la liste ci-dessus sont complètement involontaires. Vous ne pouvez pas vous empêcher de comprendre complètement phrases simples dans votre propre langue, ou de vous orienter vers un bruit fort et inattendu, pas plus que vous ne pouvez vous empêcher de savoir que  $2 + 2 = 4$  ou de penser à Paris quand on parle de la capitale de la France. D'autres activités, comme la mastication, peuvent être soumises à un contrôle délibéré, mais fonctionnent normalement en pilote automatique. Le contrôle de l'attention est commun aux deux systèmes. L'orientation vers un son fort est d'ordinaire une opération involontaire du Système 1, qui mobilise immédiatement l'attention volontaire du Système 1, qui mobilise immédiatement l'attention volontaire du Système 2. Vous pouvez peut-être résister à l'envie de vous tourner vers la source d'un commentaire bruyant et insultant dans une fête bondée, mais même si votre tête ne pivote pas, votre attention, au départ, est axée dessus, pendant un moment du moins. Toutefois, il est possible de détourner son atten-

tion d'une cible indésirable, avant tout en la concentrant intensément sur une autre.

Les fonctions très diverses du Système 2 ont un trait commun : toutes nécessitent de l'attention et sont interrompues si cette attention est attirée ailleurs. En voici quelques exemples :

- ◆ se préparer au top-départ d'une course ;
- ◆ concentrer son attention sur les clowns d'un cirque ;
- ◆ se concentrer sur la voix d'une personne particulière dans une salle comble et bruyante ;
- ◆ rechercher une femme aux cheveux blancs ;
- ◆ fouiller dans sa mémoire pour identifier un son surprenant ;
- ◆ marcher plus vite qu'il ne vous est naturel ;
- ◆ veiller à ce que votre comportement soit adapté à la situation sociale dans laquelle vous vous trouvez ;
- ◆ compter le nombre de fois où la lettre A apparaît dans un texte ;
- ◆ donner votre numéro de téléphone à quelqu'un ;
- ◆ se garer sur une place exigüe (pour presque tout le monde sauf les garagistes) ;
- ◆ remplir sa déclaration d'impôts ;
- ◆ vérifier la validité d'un argument logique complexe.

Ce sont autant de situations qui nécessitent votre attention, et dont vous vous tirez moins bien, ou pas du tout, si vous n'êtes pas prêt ou si votre attention n'est pas orientée comme il convient. Le Système 2 est en partie capable de modifier la façon de fonctionner du Système 1, en programmant les fonctions normalement automatiques de l'attention et de la mémoire. En attendant un proche dans une gare bondée, par exemple, vous pouvez à volonté décider de chercher une femme aux cheveux blancs ou un homme portant la barbe, et ainsi augmenter la probabilité de repérer de loin l'arrivée de votre parent. Vous pouvez demander à votre mémoire de trouver des capitales dont le nom commence par *N* ou des romans existentialistes français. Et quand vous louez une voiture à l'aéroport de Heathrow, la personne au comptoir ne manquera probablement pas de vous rappeler que « nous conduisons à gauche, ici ». Dans tous ces cas, on vous demande de faire quelque chose qui ne vous vient pas naturellement, et vous allez vous apercevoir que cette activité nécessite de votre part un effort relatif mais continu.

La phrase « Faites attention », souvent utilisée, est alors parfaitement adaptée : vous disposez d'un capital d'attention limité que vous pouvez répartir entre diverses activités, et si vous essayez de dépasser votre budget, vous échouerez. Les activités qui impliquent des efforts interfèrent les unes avec les autres, c'est une de leurs caractéristiques. C'est pourquoi il est difficile, voire impossible, d'en mener plusieurs de front. Vous ne pourriez pas calculer le produit  $17 \times 24$  tout en tournant à gauche dans un trafic dense, et du reste, je vous déconseille d'essayer. Vous pouvez faire plusieurs choses à la fois, mais seulement si elles sont faciles et n'exigent pas trop de vous. Vous ne risquez probablement rien à discuter avec un passager en conduisant sur une autoroute déserte, et bien des parents se sont aperçus, peut-être avec un certain sentiment de culpabilité, qu'ils pouvaient lire une histoire à un enfant tout en pensant à autre chose.

Tout le monde est à peu près conscient des limites de notre capacité d'attention, et notre comportement social s'adapte à ces limites. Quand le conducteur d'une voiture dépasse un camion sur une route étroite, par exemple, les passagers adultes, fort raisonnablement, cessent de parler. Ils savent que ce ne serait pas une bonne idée de distraire le chauffeur, et ils se doutent aussi qu'il est temporairement sourd et qu'il n'entendra pas ce qu'ils disent.

Le fait de se concentrer intensément sur une tâche peut rendre les gens littéralement insensibles, même à des stimuli qui, d'ordinaire, attirent l'attention. Christopher Chabris et Daniel Simons, dans leur livre, *The Invisible Gorilla* (Le Gorille invisible), en ont sans doute offert la démonstration la plus frappante. Ils ont réalisé un petit film où l'on voit deux équipes se passer une balle, l'une portant des t-shirts blancs, l'autre des noirs. Il est demandé aux spectateurs de compter le nombre de passes effectuées par l'équipe blanche, sans s'intéresser aux joueurs en noir. Une tâche difficile et très absorbante. Vers le milieu de la vidéo, une femme en costume de gorille apparaît, traverse le terrain et se frappe la poitrine avant de poursuivre son chemin. Le gorille est visible pendant neuf secondes. Des milliers de gens ont vu la vidéo, et près de la moitié, en règle générale, ne remarque rien d'inhabituel. C'est le calcul – et surtout l'ordre d'ignorer l'une des deux équipes – qui provoque cette cécité. Voir et orienter son regard sont des fonctions automatiques du Système 1, mais elles dépendent de l'attribution d'une certaine attention au stimulus approprié. Les auteurs soulignent que l'observation la plus remarquable est

leur étude est que les gens sont très surpris par ses résultats. En effet, les spectateurs qui ne voient pas le gorille sont sûrs, au départ, qu'il n'a jamais existé – ils n'imaginent pas être passés à côté d'un événement aussi frappant. Cette étude illustre deux faits importants quant au fonctionnement de notre esprit : nous pouvons être aveugles aux évidences, et inconscients de notre propre cécité.

## L'INTRIGUE

L'interaction entre les deux systèmes est un thème récurrent de ce livre, aussi un bref résumé me semble-t-il s'imposer. Dans l'histoire que je vais vous raconter, les systèmes 1 et 2 sont tous les deux actifs dès que nous sommes éveillés. Le Système 1 fonctionne automatiquement et le Système 2 est normalement installé dans un confortable mode mineur, qui n'implique qu'une fraction de ses capacités. Le Système 1 émet constamment des suggestions pour le Système 2 : des impressions, des intuitions, des intentions et des sentiments. Si elles sont approuvées par le Système 2, les impressions et les intuitions se transforment en convictions, et les impulsions en actions délibérées. Quand tout se passe bien, le Système 2 adopte les suggestions du Système 1 avec peu de modifications ou presque. Vous avez généralement foi dans vos impressions et agissez en fonction de vos désirs, et c'est pour le mieux – la plupart du temps.

Quand le Système 1 se heurte à des difficultés, il fait appel au Système 2 pour se livrer à une gestion plus détaillée et adaptée qui peut résoudre le problème du moment. Le Système 2 est mobilisé quand une question se pose à laquelle le Système 1 n'a pas de réponse, ce qui a dû vous arriver quand vous avez vu la multiplication  $17 \times 24$ . Vous pouvez également ressentir une montée d'attention consciente quand vous êtes surpris. Le Système 2 entre en action quand un événement est détecté qui rompt avec le modèle du monde que gère le Système 1. Dans ce monde, les lampes de bureau ne sautent pas, les chats n'aboient pas, et les gorilles ne traversent pas les terrains de basket. L'expérience du gorille démontre qu'il faut une certaine attention pour que ce stimulus surprenant soit détecté. La surprise actionne alors votre attention et l'orienté : vous allez vous mettre à scruter la

capable de donner du sens à l'événement qui vous surprend. C'est encore le Système 2 qui se charge de la surveillance constante de votre propre comportement – ce contrôle qui fait que vous restez poli quand vous êtes en colère, et que vous êtes sur vos gardes quand vous conduisez la nuit. Le Système 2 se mobilise encore plus quand il détecte une erreur sur le point d'être commise. Souvenez-vous de la fois où vous avez failli bredouiller une réflexion insultante, et voyez comme vous avez lutté pour reprendre le contrôle. Pour résumer, l'essentiel de ce que vous (votre Système 2) pensez et faites provient de votre Système 1, mais le Système 2 prend les choses en main quand elles se compliquent, et c'est normalement lui qui a le dernier mot.

La répartition des tâches entre le Système 1 et le Système 2 est extrêmement efficace : elle minimise les efforts et optimise la performance. Cet arrangement fonctionne très bien la plupart du temps parce que le Système 1 est généralement doué pour ce qu'il fait : il établit des modèles de situations familières qui sont justes, il se trompe aussi rarement dans ses prédictions à court terme, et ses premières réactions aux défis sont rapides et d'ordinaire appropriées. Le Système 1 a des défauts, cependant, ces erreurs systématiques qu'il a tendance à commettre dans certaines circonstances. Comme nous le verrons, il répond parfois à des questions plus faciles que celle qui était posée, et il comprend mal la logique et les statistiques. Autre point faible du Système 1, il ne peut pas être débranché. Autre vous montre un mot dans une langue que vous connaissez, et vous le lirez, à moins que votre attention ne soit complètement occupée ailleurs<sup>3</sup>.

### LE CONFLIT

La figure 2 est une variante d'une expérience classique qui engendre un conflit entre les deux systèmes<sup>4</sup>. Je vous invite à faire l'exercice avant de poursuivre.

Pour commencer, il vous faut lire les deux colonnes de haut en bas en écoutant à voix haute si le mot est imprimé en majuscules ou en minuscules. Ensuite, relisez les deux colonnes, en déclarant si chaque mot est imprimé à gauche ou à droite de la colonne : dites (ou murmurez) « GAUCHE » OU « DROITE ».

GAUCHE	gauche	majuscule	MINUSCULE
droite		minuscule	
DROITE	DROITE	majuscule	MAJUSCULE
GAUCHE	gauche	minuscule	MINUSCULE
	droite	majuscule	majuscule

Figure 2

Vous avez sans aucun doute réussi à accomplir ces deux tâches, et vous vous êtes sûrement aperçu que certaines parties étaient plus faciles que d'autres. Quand vous avez identifié les majuscules et les minuscules, vous n'avez eu aucun mal à lire la colonne de gauche, mais la colonne de droite vous a obligé à ralentir et vous a peut-être fait hésiter ou buter. Quand il s'est agi d'indiquer l'emplacement des mots, vous avez peiné avec la colonne de gauche et la colonne de droite s'est avérée beaucoup plus facile.

Ce sont des tâches qui impliquent l'intervention du Système 2, parce que dire « majuscule/minuscule » ou « droite/gauche » n'est pas ce que vous faites d'habitude quand vous lisez des colonnes de mots. Une des choses que vous avez faites, pour vous préparer à l'exercice, a été de programmer votre mémoire de façon à ce que les mots approchés (*majuscule* et *minuscule* pour la première partie) se trouvent « sur le bout de votre langue ». La priorité accordée à ces mots a été efficace, et il vous a été assez facile de résister à la faible tentation de lire d'autres mots quand vous vous êtes occupé de la première colonne. Ce qui n'a pas été le cas de la seconde, parce qu'elle contenait des mots semblables à ceux pour lesquels vous vous étiez préparé, et que vous ne pouviez pas les ignorer. Dans l'ensemble, vous avez pu réagir comme il le fallait, mais vous avez dû accomplir un effort pour surmonter l'envie de répondre autrement, ce qui vous a ralenti. Vous avez

fait l'expérience d'un conflit entre une tâche dont vous comptiez vous acquitter et une réaction automatique qui interférerait avec elle.

Dans nos vies, ce conflit entre une réaction automatique et l'intention de la maîtriser est courant. Nous avons tous vécu des expériences de ce genre, quand nous essayons par exemple de ne pas regarder fixement le couple bizarrement fagoté à la table voisine dans un restaurant. Nous savons aussi ce que c'est que de contraindre son attention à se focaliser sur un livre ennuyeux, quand nous revenons constamment au point à partir duquel nous avons perdu le fil de la lecture. Quand l'hiver est rude, nombre de conducteurs perdent le contrôle de leur véhicule sur le verglas, et luttent pour appliquer des instructions souvent répétées mais contre-intuitives : « Braquez dans le sens du dérapage et surtout, ne freinez pas ! » Et tout le monde a dû au moins une fois s'efforcer de ne pas dire à quelqu'un d'aller au diable. Une des missions du Système 2 est de surmonter les impulsions du Système 1. En d'autres termes, c'est le Système 2 qui est responsable du contrôle de soi.

### LES ILLUSIONS

Pour prendre la mesure de l'autonomie du Système 1, ainsi que de la distinction entre les impressions et les convictions, regardez bien la figure 3.

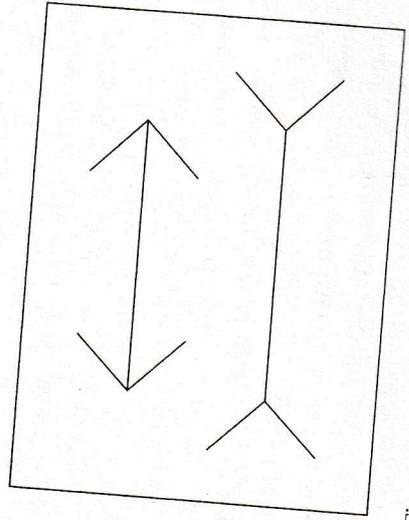


Figure 3

Une image apparemment banale : deux lignes horizontales de longueur différente, avec des appendices pointant dans des directions opposées.

opposées. Celle du bas est manifestement plus longue que celle du haut. C'est ce que nous voyons tous, et nous croyons naturellement ce que nous voyons. Cependant, si vous avez déjà croisé cette image, vous avez reconnu la célèbre illusion de Müller-Lyer. Comme vous pourrez le confirmer sans difficulté à l'aide d'une règle, en réalité, les lignes horizontales sont de même longueur.

Maintenant que vous les avez mesurées, vous – votre Système 2, l'être conscient que vous appelez « je » – avez une nouvelle conviction : vous savez que les lignes sont de même longueur. Si on vous interroge à ce sujet, vous direz ce que vous savez. Or, vous continuez à voir que la ligne du bas est plus longue. Vous avez choisi de croire la mesure prise avec la règle, mais vous ne pouvez pas empêcher le Système 1 de faire ce qu'il fait ; vous ne pouvez pas décider de voir que les lignes sont égales, tout en sachant qu'elles le sont. Pour résister à l'illusion, il n'y a qu'une seule chose que vous puissiez faire : il vous faut apprendre à vous méfier de vos impressions quant à la longueur des lignes quand on y attache des appendices. Pour mettre en œuvre cette règle, vous devez être capable de reconnaître le caractère illusoire du dessin et vous souvenir de ce que vous savez à son propos. Si vous y parvenez, vous ne serez plus jamais berné par l'illusion de Müller-Lyer. Mais vous continuerez quand même à voir qu'une ligne est plus longue que l'autre.

Toutes les illusions ne sont pas visuelles. Il existe des illusions de la pensée, les *illusions cognitives*. Quand j'étais étudiant, j'ai suivi des cours sur l'art et la science de la psychothérapie. Durant un de ces cours, notre professeur nous a confié un peu de sagesse clinique. Voici ce qu'il nous a dit : « De temps à autre, vous rencontrerez un patient qui vous fera le récit troublant des nombreuses erreurs commises lors de son traitement précédent. Il a déjà vu plusieurs cliniciens, et tous ont échoué. Il peut, en toute lucidité, décrire dans quelle mesure ses thérapistes ne l'ont pas compris, mais il a rapidement senti que vous étiez différent. Sentiment que vous partagez. Vous êtes convaincu que vous le comprenez, et que vous allez pouvoir l'aider. » Et là, notre professeur a soudain haussé le ton : « N'oubliez pas même pas accepter ce patient ! Flanquez-le à la porte de votre cabinet ! C'est presque à coup sûr un psychopathe et vous ne pourrez pas l'aider. »

Des années plus tard, j'ai appris que notre professeur nous avait là mis en garde contre le charme psychopathologique<sup>5</sup>, et le plus grand

de ses conseils. Ce cas présente une analogie étroite avec l'illusion de Müller-Lyer. Notre professeur n'avait pas cherché à nous apprendre ce que nous devions ressentir vis-à-vis de ce patient. Il parlait du principe que la sympathie que nous éprouverions ne dépendrait pas de nous ; elle viendrait du Système 1. Pas plus qu'il ne nous enseignait à nous méfier de manière générale de nos sentiments face à nos patients. Il nous a fait comprendre qu'une forte attirance pour un patient dont les traitements passés ont régulièrement échoué est un signe de danger – comme les appendices sur des droites parallèles. C'est une illusion – une illusion cognitive –, j'ai (le Système 2 a) appris à l'identifier et il m'a été conseillé de ne pas y croire et de ne pas agir en conséquence.

La question que l'on pose le plus souvent au sujet des illusions cognitives est de savoir si l'on peut les surmonter. Les exemples précédents n'ont rien d'encourageant. Comme le Système 1 fonctionne automatiquement et ne peut pas être mis hors circuit, il est souvent difficile d'éviter les erreurs de la pensée intuitive. On ne peut pas toujours échapper aux biais, parce que le Système 2 n'a peut-être pas repéré l'erreur. Même quand nous disposons d'indices, ce n'est qu'en renforçant son contrôle que le Système 2, non sans effort, peut éviter les erreurs. Toutefois, il n'est pas forcément bon de vivre constamment sur le qui-vive, et c'est assurément peu pratique. La constante remise en question de vos propres réflexions serait incroyablement pénible, et le Système 2 est beaucoup trop lent et inefficace pour pouvoir remplacer le Système 1 dans la prise de décisions de routine. Le mieux que nous puissions faire, c'est de trouver un compromis : il faut apprendre à reconnaître les situations propices aux erreurs, et mieux veiller à éviter les grosses erreurs quand les enjeux sont importants. Ce livre part du principe qu'il est plus facile de repérer les erreurs des autres que les siennes.

#### UTILITÉ DE LA FICTION

Je vous ai invité à penser aux deux systèmes comme à des agents de l'esprit, avec leurs propres personnalités, capacités et limites. J'aurai souvent recours à des phrases dont les systèmes seront le sujet, comme : « Le Système 2 calcule les produits. »

Dans les cercles professionnels que je fréquente, l'utilisation d'un tel langage est considérée comme une faute, car il donne l'impression

d'expliquer les pensées et les actes d'une personne comme s'ils étaient les pensées et les actes de petits personnages dans sa tête<sup>6</sup>. Sur le plan grammatical, la phrase sur le Système 2 est comparable à celle-ci : « Le majordome vole la monnaie. » Mes collègues vous feront remarquer que l'action du majordome explique effectivement la disparition de la monnaie, et ils se demandent, non sans raison, si la phrase à propos du Système 2 explique comment les produits sont calculés. Je répondrai que cette courte phrase à la forme active qui attribue l'action du calcul au Système 2 est conçue comme une description, non comme une explication. Elle n'a de sens que parce que vous êtes déjà au courant de l'existence du Système 2. C'est un raccourci pour dire ceci : « L'arithmétique mentale est une activité délibérée qui nécessite un effort, qui ne devrait pas être tenté quand on effectue en même temps un virage à gauche, et est associée à la dilatation des pupilles et à une accélération du rythme cardiaque. »

De même, quand je dis que « la conduite sur autoroute dans des conditions normales est confiée au Système 1 », je veux dire que c'est une activité automatique et ne nécessitant presque aucun effort. Cela implique également qu'un conducteur expérimenté est capable de conduire sur une autoroute déchargée tout en entretenant une conversation. Enfin, « le Système 2 a empêché James de réagir de façon idiote à l'insulte » signifie que James aurait eu une réaction plus agressive si sa capacité de contrôle délibéré avait été perturbée (s'il avait été saoul, par exemple).

Le Système 1 et le Système 2 jouent un rôle tellement essentiel dans l'histoire que je raconte dans ce livre que je me dois de souligner clairement qu'il s'agit de personnages fictifs. Les systèmes 1 et 2 ne sont pas des systèmes au sens habituel, des entités dont des aspects ou des composants entrent en interaction. Et il n'y a aucune région du cerveau que l'un ou l'autre pourrait considérer comme son chez-soi. Vous êtes donc en droit de vous dire : à quoi bon inventer des personnages de fiction avec des noms aussi moches dans un livre sérieux ? La réponse est que ces personnages sont utiles à cause de certaines bizarreries de nos esprits, le vôtre et le mien. Une phrase sera mieux comprise si elle décrit ce que fait un agent (le Système 2) plutôt que ce qu'est une chose et quelles sont ses propriétés. En d'autres termes, « le Système 2 » est un meilleur sujet pour une phrase que « l'arithmétique mentale ». L'esprit – en particulier le Système 1 – est, semble-t-il, tout à fait apte à la construction et à l'interprétation d'histoires réalisées

par des agents actifs, dotés de personnalités, d'habitudes et de compétences. Vous vous êtes rapidement fait une opinion négative sur le majordome voleur, vous vous attendez à ce qu'il commette d'autres délits et vous ne l'oublierez pas de sitôt. C'est aussi, je l'espère, ce qui se passera avec le langage des systèmes.

Pourquoi les appeler Système 1 et Système 2, au lieu d'expressions plus descriptives comme « système automatique » et « système de contrainte » ? Pour une raison toute simple : il faut plus de temps pour dire « système automatique » que « Système 1 », ce qui prend donc plus d'espaces dans votre mémoire fonctionnelle<sup>7</sup>. C'est important, car tout ce qui occupe votre mémoire fonctionnelle réduit votre capacité à penser. Considérez « Système 1 » et « Système 2 » comme des surnoms (comme Bob et Joe), dont sont affublés des personnages que vous allez apprendre à connaître au fil de ces pages. Grâce à ces systèmes fictifs, il m'est plus facile de penser au fonctionnement des jugements et des choix, et vous comprendrez aussi plus facilement ce que je dis.

\*

#### LE SYSTÈME 1 ET LE SYSTÈME 2 EN BREF

« Il avait une impression, mais parfois, ses impressions sont des illusions. »

« C'est une réaction typique du Système 1. Elle a réagi à la menace avant même de l'avoir identifiée. »

« Là, c'est ton Système 1 qui parle. Calme-toi et laisse ton Système 2 prendre les commandes. »

## 2

### L'ATTENTION ET L'EFFORT<sup>1</sup>

Dans le cas, bien improbable, où ce livre serait un jour adapté à l'écran, le Système 2 serait un second rôle persuadé d'être le héros. Sa caractéristique principale, dans cette histoire, c'est que son fonctionnement nécessite un effort, alors qu'un de ses traits dominants est la paresse, la réticence à investir plus d'efforts qu'il n'est nécessaire. Par conséquent, les pensées et les actes que le Système 2 croit avoir choisis sont souvent guidés par le personnage au centre de l'histoire, le Système 1. Toutefois, certaines tâches vitales ne peuvent être accomplies que par le Système 2, parce qu'elles requièrent un effort et un contrôle de soi qui dépassent les intuitions et les impulsions du Système 1.

Si vous voulez savoir à quoi ressemble votre Système 2 quand il tourne à plein régime, l'exercice suivant devrait suffire ; il devrait vous pousser jusqu'aux limites de vos capacités cognitives, le tout en cinq secondes. Pour commencer, composez plusieurs séries de quatre chiffres, toutes différentes, et notez chaque série sur une fiche. Placez une carte vierge au sommet de la pile. Ce petit jeu s'appelle l'Add-1. Voilà comment ça marche :

Commencez par suivre une pulsation constante (mieux encore, réglez un métronome sur 1/s). Retirez la carte vierge et lisez les quatre chiffres à voix haute. Laissez passer deux pulsations, puis, sans plus regarder la carte, inscrivez une série où chacun des chiffres de départ est augmenté de 1. Si les chiffres sur la carte étaient 5294, la bonne réponse est 6305. Il est essentiel de rester en rythme.

## LE BIAIS RÉTROSPECTIF EN BREF

« Cette erreur a l'air évidente, mais ce n'est qu'un biais rétrospectif. Vous ne pouviez pas le savoir à l'avance. »

« Il se réfère trop à cette histoire de réussite, trop parfaite. Il est sous le coup d'une erreur de narration. »

« Rien ne lui permet de dire que la société est mal gérée. Tout ce qu'elle sait, c'est que son action a plongé. C'est un biais du résultat, en partie un effet de biais rétrospectif, en partie un effet de halo. »

« Ne cédon pas au biais du résultat. C'était une décision stupide, même si elle a bien marché. »

## L'ILLUSION DE VALIDITÉ

Le Système 1 est conçu pour tirer des conclusions hâtives à partir de très peu d'informations – et il n'est pas conçu pour comprendre à quel point ses conclusions peuvent être hâtives. À cause de COVERA, seules les preuves dont il dispose comptent. Comme la cohérence intrinsèque de la confiance, la confiance subjective que nous avons en nos opinions reflète la cohérence de l'histoire que les Systèmes 1 et 2 ont concoctée. La quantité et la qualité des informations n'ont guère d'influence, parce que les informations les plus succinctes font les meilleures histoires. C'est ainsi que certaines de nos convictions les plus ancrées ne reposent sur aucune preuve, hormis le fait que des gens que nous aimons et en qui nous avons confiance les partagent. Compte tenu de leurs maigres assises, la confiance que nous avons en nos convictions est absurde – mais elle est aussi essentielle.

## L'ILLUSION DE VALIDITÉ

Il y a des années, j'ai passé ce qui m'a paru beaucoup de temps sous un soleil de plomb à observer des groupes de soldats occupés à résoudre un problème. À l'époque, j'effectuais mon service militaire dans l'armée israélienne. J'avais obtenu ma licence en psychologie, et après un an en tant qu'officier dans l'infanterie, j'avais été affecté au département de psychologie de l'armée, où il m'arrivait parfois de participer à l'évaluation des candidats à la formation d'officier. Nous utilisons des méthodes développées par l'armée britannique pendant la Seconde Guerre mondiale.

L'un des tests, le « défi du groupe sans chef », se déroulait sur le terrain. Huit candidats, qui ne se connaissaient pas, privés de toute marque de grade et seulement identifiés par leurs matricules, recevaient l'ordre de soulever une longue poutre et de la transporter jusqu'à un mur d'environ 1,80 mètre de haut. Là, tout le groupe devait franchir le mur sans que la poutre touche ni le sol ni le mur, et sans que personne ne touche le mur. Dès que cela arrivait, ils devaient le signaler et recommencer.

Il y avait plus d'une façon de résoudre le problème. La solution la plus courante consistait à tenir la poutre penchée au-dessus du mur, comme une sorte de canne à pêche géante, qui permettait alors à une partie de l'équipe de passer de l'autre côté. Parfois, des soldats montaient sur les épaules des autres et sautaient par-dessus le mur. Puis, ceux qui étaient passés de l'autre côté récupéraient la poutre et la penchaient à leur tour, et le dernier homme n'avait plus qu'à sauter pour s'y suspendre, et à se laisser glisser jusqu'à pouvoir sauter tranquillement de l'autre côté. C'était généralement là que les groupes échouaient, ce qui les obligeait à tout recommencer.

Avec un collègue, je surveillais le déroulement de l'exercice, et nous notions qui semblait prendre la direction des opérations, qui tentait de commander mais se faisait rabrouer, quel était le degré de coopération de chacun au sein du groupe. Nous observions qui paraissait borné, passif, arrogant, patient, colérique, tenace ou dégonflé. Parfois, l'esprit de compétition tournait au dépit, quand une personne dont l'idée avait été rejetée par le groupe faisait preuve ensuite de mauvaise volonté. Nous guettions aussi la façon des uns et des autres de réagir aux crises : qui s'en prenait à un camarade dont l'erreur avait fait échouer le groupe, qui prenait les commandes quand l'équipe, épuisée, devait tout recommencer. Face au stress, pensions-nous, chacun révélait sa vraie nature. Le caractère de chaque candidat, avions-nous l'impression, était aussi limpide et évident que la couleur du ciel.

Nous assistions à plusieurs tentatives avant de donner notre sentiment quant à l'aptitude des soldats au commandement et d'attribuer des notes déterminant lesquels étaient susceptibles de suivre une formation d'officier. Nous prenions le temps de discuter de chaque cas et d'analyser nos impressions. Ce n'était pas une tâche difficile, justement parce que nous avions l'impression d'avoir été les témoins directs, durant l'exercice, des talents de chef de chaque homme. Certains s'étaient montrés de bons chefs, d'autres des mauviettes ou des

crétins arrogants, d'autres encore médiocres, mais pas irrécupérables. Beaucoup avaient l'air si faibles que nous les éliminions d'emblée. Quand nos multiples observations convergèrent pour former une histoire cohérente, nous avions une confiance absolue en nos évaluations et estimions que ce que nous avions vu était annonciateur de l'avenir. Le soldat qui avait pris la tête du groupe quand celui-ci était en difficulté et fait franchir le mur à l'équipe avait été le chef à cet instant et pouvait être à peu près sûr de ce qu'il ferait à l'entraînement et au combat, et qu'il y serait aussi efficace que face au mur. Toute autre prédiction, avec les preuves que nous avions sous les yeux, nous semblait sans intérêt.

Nos impressions des performances de chaque candidat étant généralement cohérentes et claires, nos prédictions officielles étaient tout aussi concises. Une seule note nous venait d'ordinaire à l'esprit, et nous ne faisons que rarement l'expérience du doute ou d'opinions conflictuelles. Nous étions tout à fait prêts à déclarer : « Celui-là n'y arrivera jamais », « Ce gars est médiocre, mais il devrait s'en tirer », ou « Il va devenir une star ». Nous n'éprouvions aucun besoin de remettre en question nos prévisions, de les modérer ou de tergiverser. Malgré tout, s'il arrivait que quelqu'un mette en cause nos verdicts, nous étions tout prêts à admettre que « bien sûr, tout peut arriver ». Car, en dépit de nos impressions claires et nettes sur les candidats, nous savions parfaitement que nos prédictions étaient en grande partie inutiles.

Il était tout à fait évident que nous n'étions pas en mesure de prévoir le succès avec précision. De temps à autre, nous assistions à des réunions où l'on revenait sur nos sélections et où nous apprenions comment les élèves se débrouillaient à l'école d'officiers. Nous pouvions comparer nos évaluations avec l'avis des commandants qui les supervisaient depuis un moment. C'était toujours la même histoire : notre capacité à prédire leurs performances à l'école était minime. Nos prévisions valaient mieux que de distribuer des notes à l'aveuglette, mais de peu.

Cela nous a déprimés un moment. Mais c'était l'armée. Utile ou non, il fallait respecter la routine et obéir aux ordres. Le lendemain, une nouvelle promotion de candidats débarquait. Nous les emmenions au champ d'obstacles, nous les plaçons face au mur, ils soulevaient la poutre, et l'espace de quelques minutes, nous avions sous les yeux la révélation de leur vraie nature, avec autant de clarté qu'avant. La triste

vérité au sujet de la qualité de nos prédictions n'avait absolument aucun effet sur notre façon d'évaluer les candidats, et fort peu sur la confiance que nous avions en nos jugements et nos prévisions sur les individus.

C'était remarquable. La preuve globale de notre échec précédent aurait dû avoir ébranlé notre confiance, mais ce n'était pas le cas. Elle aurait aussi dû nous pousser à modérer nos prévisions, mais ce n'était pas non plus le cas. C'était un fait, nous le savions : nos prédictions valaient à peine mieux que des conjectures aléatoires, mais nous continuions à penser et à agir comme si chacune de nos prévisions était valide. Cela me rappela l'illusion de Müller-Lyer, où nous savons que les droites sont de même longueur, mais n'en continuons pas moins à les voir comme si elles étaient différentes. Je fus si frappé par cette analogie que j'inventai un terme pour décrire notre expérience : *l'illusion de validité*.

Je venais de découvrir ma première illusion cognitive.

Des décennies plus tard, je retrouve bien des thèmes centraux de mes réflexions – et de ce livre – dans cette vieille anecdote. Nos attentes quant aux performances futures des soldats étaient un cas manifeste de substitution, une manifestation de l'heuristique de la représentativité. Ayant observé pendant une heure le comportement d'un soldat dans une situation artificielle, nous pensions savoir comment il répondrait au défi de la formation d'officier et du commandement au combat – nous n'hésitions pas à prédire des échecs ou des succès exceptionnels à partir d'aussi maigres indices. C'était clairement un cas de COVERA. Nous avions des impressions convaincantes du comportement que nous observions, et aucun moyen efficace de nous représenter notre ignorance des facteurs qui détermineraient plus tard la prestation du candidat en tant qu'officier.

Avec le recul, l'élément le plus frappant de cette histoire, c'est que notre connaissance de la règle générale – le fait que nous étions incapables de prédire – n'avait aucun effet sur notre confiance au cas par cas. Je comprends aujourd'hui que notre réaction était la même que celle des étudiants de Nisbett et Borgida quand ils apprenaient que la plupart des gens n'avaient pas aidé un inconnu victime d'une crise. Ils avaient bel et bien foi dans les statistiques qu'on leur montrait, mais les taux de base n'influençaient pas leur jugement quand il leur fallait

inconnu. Tout comme l'ont démontré Nisbett et Borgida, les gens rechignent souvent à déduire le particulier de l'ensemble.

La confiance subjective en un jugement n'est pas une évaluation raisonnée de la probabilité que ce jugement soit correct. La confiance est un sentiment, qui reflète la cohérence de l'information et l'aisance cognitive du traitement de cette dernière. Il est sage de prendre au sérieux les aveux d'incertitude, mais les déclarations de grande confiance ne vous disent qu'une chose, c'est qu'un individu s'est fabriqué une histoire cohérente, pas forcément que cette histoire est vraie.

### L'ILLUSION DE TALENT

En 1984, Amos, notre ami Richard Thaler et moi-même fûmes appelés par une société de Wall Street. Notre hôte, un gérant de portefeuilles, nous avait invités pour discuter du rôle des biais du jugement en matière d'investissement. J'en savais si peu sur la finance que je ne voyais même pas quelles questions poser, mais je me souviers d'un de nos échanges. « Quand vous vendez une action, lui ai-je demandé, qui l'achète ? » Il m'a répondu d'un geste vague en direction de la fenêtre, indiquant qu'il s'attendait à ce que l'acheteur soit quelqu'un de tout à fait semblable à lui. C'était curieux : qu'est-ce qui fait qu'une personne achète et qu'une autre vend ? Que pensaient savoir les vendeurs, que leurs acheteurs, eux, ne savaient pas ?

Depuis, mes questions au sujet de la Bourse se sont muées en un problème plus difficile : un gigantesque secteur économique est, semble-t-il, bâti sur une *illusion de talent*. Des milliards d'actions s'échangent chaque jour, beaucoup de gens les achetant tandis que d'autres les leur vendent. Il n'est pas rare que plus de millions d'actions d'un même titre changent de main en une seule journée. La plupart des acheteurs et des vendeurs savent qu'ils disposent de la même information ; ils échangent les actions essentiellement parce qu'ils ont des opinions différentes. Les acheteurs pensent que le prix est trop bas et qu'il va sans doute monter, tandis que les vendeurs pensent que le prix est trop élevé et qu'il va sans doute chuter. Mais une question demeure : pourquoi les uns comme les autres pensent-ils que le prix en cours n'est pas le bon ? Qu'est-ce qui les porte à croire qu'ils en savent plus que le marché sur ce que devrait être ce prix ? Pour la

Dans les grandes lignes, la théorie classique sur le fonctionnement de la Bourse est acceptée par tous les intervenants du secteur. Dans le monde des investissements, tout le monde a lu le merveilleux livre de Burton Malkiel, *Une marche au hasard à travers la Bourse*<sup>1</sup>. L'idée maîtresse de Malkiel est que le prix d'une action intègre toutes les connaissances disponibles sur la valeur de la société et les meilleures prédictions quant à l'avenir du titre. Ce qui entraîne alors une augmentation du prix. Si tous les actifs d'un marché donné sont correctement évalués, personne ne doit pouvoir s'attendre à gagner ou à perdre en les échangeant. Des prix parfaits ne laissent aucune marge de manœuvre à l'intelligence, mais ils protègent également les fous de leur propre folie. Cependant, nous savons maintenant que cette théorie n'est pas tout à fait juste. Beaucoup d'investisseurs individuels perdent tout le temps, ce que même un chimpanzé investissant au hasard ne parviendrait pas à faire. La première démonstration de cette conclusion stupéfiante a été le fait de Terry Odean, professeur de finance à Berkeley, et l'un de mes anciens élèves<sup>2</sup>.

Odean a commencé par étudier les échanges de 10 000 comptes de courtage d'investisseurs individuels sur une période de sept ans. Il a été en mesure d'analyser toutes les transactions effectuées par les investisseurs par l'entremise de cette agence, soit près de 163 000 échanges. Cette abondance de données lui a permis d'identifier tous les cas où un investisseur vendait une partie des actions avant d'en acheter d'autres peu après. L'investisseur montrait ainsi qu'il (la plupart des investisseurs sont des hommes) avait une idée précise de l'avenir de ces deux actions : il s'attendait à ce que celle qu'il avait choisi d'acheter se comporte mieux que celle qu'il avait décidé de vendre.

Pour déterminer si ces idées étaient fondées, Odean a comparé les rendements de l'action que l'investisseur avait vendue et de celle qu'il avait achetée à sa place pendant l'année qui a suivi la transaction. Les résultats sont sans équivoque, et ils sont mauvais. En moyenne, les actions que les courtiers individuels avaient vendues s'étaient mieux comportées que celles qu'ils avaient achetées, avec une marge substantielle : 3,2 points de pourcentage par an, au-dessus et au-delà des coûts significatifs des deux transactions.

Il est important de ne pas perdre de vue que l'on parle là de moyenne, que certains individus ont fait mieux que d'autres, et certains bien pires. Toutefois, il est clair que pour la grande majorité des investisseurs individuels, il aurait mieux valu prendre une douche ou

ne rien faire du tout plutôt que de mettre en application l'idée qui leur est venue à l'esprit. Des recherches ultérieures menées par Odean et son collègue Brad Barber ont confirmé ces conclusions. Dans un article intitulé « Trading Is Hazardous to Your Health » (La Bourse est dangereuse pour votre santé), ils ont montré que, en moyenne, c'étaient les courtiers les plus actifs qui affichaient les moins bons résultats, tandis que les investisseurs qui intervenaient le moins étaient ceux qui récoltaient les meilleurs rendements. Dans un autre article, « Boys will be boys » (Un truc d'hommes), ils ont montré que les hommes agissaient en fonction de leurs idées inutiles nettement plus que les femmes, et que par conséquent, ces dernières obtenaient de meilleurs résultats qu'eux dans le domaine des investissements<sup>3</sup>.

Bien sûr, on trouve toujours quelqu'un à l'autre bout de la transaction ; en général, ce sont des institutions financières et des investisseurs professionnels qui sont prêts à profiter des erreurs commises par les courtiers individuels. D'autres recherches de Barber et Odean ont levé le voile sur ces erreurs. Les investisseurs individuels aiment verrouiller leurs profits en vendant des « gagnants », des actions qui se sont appréciées depuis leur achat, et ils s'accrochent aux perdants<sup>4</sup>. Malheureusement pour eux, les gagnants récents ont tendance à mieux se comporter que les perdants récents à court terme, et les gens vendent donc les mauvaises actions. Tout comme ils achètent celles qu'il ne faut pas. De façon prévisible, les investisseurs individuels se ruent sur les sociétés qui attirent leur attention parce que les médias parlent d'elles. Les investisseurs professionnels se montrent plus sélectifs dans leur réaction aux informations<sup>5</sup>. Ces découvertes permettent de mieux comprendre le sens de l'expression « argent intelligent », que les professionnels de la finance ont tendance à revendiquer.

Bien que les professionnels parviennent à récolter des richesses considérables sur le dos des amateurs<sup>6</sup>, bien peu de courtiers, voire aucun, ont le talent nécessaire pour prendre le marché constamment à contre-pied, année après année. Les investisseurs professionnels, y compris les gérants de fonds, échouent à un test de compétence simple, celui de la réussite persistante. Le diagnostic permettant de déterminer l'existence d'un talent quel qu'il soit repose sur la constance des différences individuelles dans la réussite. La logique est évidente : si les différences individuelles sur une année donnée sont entièrement dues à la chance, le classement des investisseurs et des fonds changera de façon erratique et la corrélation d'une année à l'autre sera égale à

zéro. Mais en présence de talent, les classements seront plus stables. La constance des différences individuelles est la mesure qui permet de confirmer l'existence du talent chez les golfeurs, les vendeurs de voitures, les orthodontistes ou les guichetiers de péages autoroutiers.

Les fonds mutuels sont gérés par des professionnels très expérimentés et travaillent qui achètent et vendent des actions pour obtenir les meilleurs résultats pour leurs clients. Cependant, cinquante ans de recherche sur le sujet le confirment : pour une grande majorité de gestionnaires d'actifs, la sélection des actions tient plus du jeu de dés que du poker. En général, au moins deux fonds communs de placement sur trois sont en dessous des performances de l'ensemble du marché quelle que soit l'année<sup>7</sup>.

Plus important encore, la corrélation d'une année sur l'autre entre les résultats des fonds communs de placement est très réduite, à peine supérieure à zéro. Ceux qui réussissent durant une année donnée ont surtout de la chance ; ils ont tiré un bon chiffre aux dés. La plupart des chercheurs s'entendent à reconnaître que presque tous les boursicoteurs, qu'ils le sachent ou non – et bien peu le savent –, pratiquent un jeu de hasard. Les courtiers, considérant leur expérience subjective, pensent que leurs choix sont fondés sur leur expertise rationnelle dans une situation de grande incertitude. Sur des marchés extrêmement efficaces, toutefois, les choix fondés sur l'expertise ne sont pas plus exacts que s'ils étaient faits à l'aveuglette.

Il y a quelques années, j'ai eu l'occasion exceptionnelle de pouvoir analyser de près cette illusion du talent financier. J'avais été invité à m'exprimer devant un groupe de conseillers financiers d'un cabinet de consultants offrant conseils et autres services à des clients très riches. J'avais demandé quelques informations afin de préparer mon intervention, et j'ai ainsi eu droit à un véritable trésor : une feuille de calcul résumant les résultats des investissements d'environ vingt-cinq consultants en patrimoine anonymes, sur huit années consécutives. Le résultat de chaque consultant (presque tous des hommes), pour chaque année, était le facteur déterminant pour sa prime annuelle. Il était donc facile de classer les consultants en fonction de leur performance annuelle et d'établir s'il y avait des différences durables entre eux en termes de talent et si c'étaient toujours les mêmes qui obtenaient les meilleurs retours sur investissements pour leurs clients année après année<sup>8</sup>.

Pour répondre à cette question, j'ai calculé les coefficients de corrélation entre les classements sur des années associées par paire : l'année 1 avec l'année 2, l'année 1 avec l'année 3, et ainsi de suite jusqu'à l'année 7 avec l'année 8. Ce qui me donnait 28 coefficients de corrélation, un par paire d'années. Au fait de la théorie, je m'attendais à trouver une preuve limitée de la persistance du talent. Je fus néanmoins surpris de constater que la moyenne des 28 corrélations était 0,1. Autrement dit, zéro. Il n'y avait nulle part de corrélation constante permettant de conclure à des différences en termes de compétence. Les résultats ressemblaient à ce que l'on pourrait attendre d'un concours de dés, plutôt que d'une confrontation de talent.

Dans le cabinet, personne ne semblait conscient de la nature du jeu auquel se livraient leurs chasseurs de valeurs. Les consultants eux-mêmes avaient le sentiment d'être des professionnels compétents chargés d'un travail sérieux, avis que partageaient leurs supérieurs. La veille du séminaire, Richard Thaler et moi avons dîné avec quelques-uns des hauts responsables du cabinet, ces gens qui décident du montant des primes de leurs collaborateurs. Nous leur avons demandé de deviner la corrélation d'une année sur l'autre dans le classement des consultants. Se doutant probablement de ce qui les attendait, ils ont souri et nous ont répondu : « pas très élevée » ou « la performance est changeante, c'est certain ». Mais aucun n'imaginait que la corrélation moyenne était nulle.

Le message que nous avons fait passer aux dirigeants était le suivant : au moins dans le secteur de la gestion des portefeuilles, ce qu'ils récompensaient, c'était la chance, pas le talent. La nouvelle aurait dû les choquer, mais ce ne fut pas le cas. Apparemment, ils nous ont crus. Comment auraient-ils pu faire autrement ? Après tout, nous avions analysé leurs propres résultats, et ils étaient assez cultivés pour en saisir les implications, que nous nous sommes poliment abstenus d'exprimer ouvertement. Nous avons poursuivi calmement notre dîner, et je suis à peu près sûr que tant nos découvertes que leurs implications ont été rapidement remises dans un coin et que la vie a continué comme si de rien n'était dans ce cabinet. L'illusion du talent n'est pas seulement une aberration au cas par cas ; elle est profondément enracinée dans la culture du secteur. Les faits qui contredisent des idées aussi fondamentales – et, par conséquent, qui menacent le gagne-pain et l'estime de soi des gens – ne sont tout simplement pas intégrés. L'esprit ne les digère pas. C'est particulièrement vrai pour les études statistiques de

la performance, qui fournissent des informations sur les taux de base que les gens ont généralement tendance à ignorer dès qu'elles entrent en conflit avec leurs impressions et leur expérience personnelles.

Le lendemain matin, nous avons présenté nos découvertes aux consultants, et leur réaction a été tout aussi neutre. Leur propre expérience, qui leur disait qu'ils se livraient à des jugements avisés sur des problèmes complexes, leur paraissait beaucoup plus convaincante que d'obscurs faits statistiques. À l'issue de notre présentation, un des dirigeants avec qui j'avais défini la veille me conduisit à l'aéroport. Encore sur la défensive, il m'a dit : « J'ai obtenu d'excellents résultats pour le cabinet et personne ne peut dire le contraire. » J'ai souri et gardé le silence, tout en pensant : « Eh bien, moi, j'ai dit le contraire ce matin. Si ta réussite est surtout due à la chance, pourquoi t'en attribuerait-on le mérite ? »

#### SUR QUOI REPOSENT LES ILLUSIONS DE TALENT ET DE VALIDITÉ ?

Les illusions cognitives peuvent s'avérer plus tenaces que les illusions visuelles. Ce que vous avez appris de l'illusion de Müller-Lyer n'a pas modifié votre façon de voir les droites, mais elle a influé sur votre comportement. Vous savez désormais que vous ne pouvez pas faire confiance à l'impression que vous avez de la longueur de lignes affublées d'appendices, et vous savez également que dans la présentation classique de Müller-Lyer, vous ne pouvez pas avoir confiance en ce que vous voyez. Si l'on vous interroge sur la longueur des lignes, vous donnerez une réponse informée, non l'illusion que vous continuez de voir. En revanche, quand j'étais dans l'armée, mes collègues et moi avions certes appris que nos tests d'évaluation de la capacité à commander étaient d'une validité douteuse, un fait que nous acceptions intellectuellement, mais qui n'a eu aucun impact sur nos sentiments et nos actions par la suite. La réaction à laquelle nous avons assisté dans le cabinet de consultants a été encore plus extrême. Je suis persuadé que le message que Thaler et moi avons communiqué tant aux dirigeants qu'aux gérants de portefeuilles a été instantanément jeté aux oubliettes de la mémoire, où il ne risquait plus de faire du dégât.

Pourquoi les investisseurs, simples boursicoteurs ou professionnels, continuent-ils de croire avec obstination qu'ils peuvent faire mieux

que le marché, contrairement à la théorie économique que la plupart acceptent, et contrairement à ce que leur apprendrait une évaluation dépassionnée de leur expérience personnelle ? Plusieurs thèmes abordés dans les chapitres précédents permettent d'expliquer la prédominance et la persistance d'une illusion de talent dans le monde financier.

La cause psychologique la plus puissante de cette illusion tient certainement au fait que les gens qui décident d'acheter ou de vendre des actions exercent des compétences de haut niveau. Ils consultent des données et des prévisions économiques, examinent des déclarations de revenus et des bilans, évaluent la qualité des équipes de direction, et jugent la concurrence. Tout cela est un travail sérieux, qui nécessite une formation très complète, et les gens qui l'exercent font l'expérience immédiate de l'emploi de leurs talents. Malheureusement, la capacité à évaluer les perspectives commerciales d'une société ne suffit pas à garantir la réussite en Bourse, où la question clé est de savoir si les informations se rapportant à la société sont déjà prises en compte dans la valeur de son titre. Apparemment, les courtiers ne disposent pas du talent pour répondre à cette question cruciale, mais semblent ignorer leur ignorance. Comme je l'avais découvert en observant les soldats sur le champ d'obstacles, la confiance subjective de l'aisance cognitive, pas un jugement. Notre compréhension de l'aisance cognitive et de la cohérence associative nous permet de situer sans aucun doute la confiance subjective dans le Système 1.

Enfin, les illusions de validité et de compétence sont soutenues par une puissante culture professionnelle. Nous savons que les gens peuvent entretenir une foi inébranlable dans n'importe quelle proposition, aussi absurde soit-elle, quand ils sont entourés par une communauté partageant la même foi. Compte tenu de la culture professionnelle de la communauté financière, il n'est pas étonnant qu'un grand nombre de représentants de ce monde se prennent pour des élus capables de faire ce dont les autres ne seraient pas capables.

#### L'ILLUSION DES EXPERTS

L'idée que le futur est imprévisible est quotidiennement contredite par la facilité avec laquelle on explique le passé. Comme l'a souligné Nassim Taleb dans *Le Cygne noir*, notre tendance à construire des récits

Dans l'autre sorte de conduite humaine, l'action succède à une décision et celle-ci résulte d'une enquête, de la comparaison des possibilités, du poids des faits ; la délibération ou la pensée a joué un rôle. On appelle « raisons » les considérations qui pèsent sur la conclusion portant sur ce qui doit être fait ou qui sont employées pour la justifier lorsqu'elle est mise en question. Lorsque ces considérations sont énoncées en des termes suffisamment généraux, on les appelle des « principes ». Lorsque l'opération est formulée de manière condensée, la décision prend le nom de conclusion et les considérations qui y conduisent sont appelées les prémisses. Les décisions du premier type peuvent être raisonnables, ce qui veut dire qu'elles peuvent convenir à de bons résultats ; celles du second type sont de nature raisonnée ou rationnelle, à des degrés divers, selon le degré d'attention et de pénétration avec lequel l'enquête a été conduite et l'ordre selon lequel les connexions ont été établies entre les considérations auxquelles on a affaire.

La théorie logique, dans la définition que j'en donne, est une explication des procédures suivies dans la recherche d'une décision du second type, dans les cas où l'expérience qui s'ensuit montre qu'elles étaient les meilleures parmi celles qui pouvaient être utilisées dans les conditions données. Une telle définition serait probablement contestée par de nombreuses autorités en la matière ; je ne dois seulement de dire qu'elle ne représente pas la conception orthodoxe et dominante. Si je la formule en commençant, c'est afin que le lecteur soit conscient de la conception de la logique qui sous-tend la discussion qui suit. En prenant en considération une objection qui serait opposée à cette conception par les partisans de la notion traditionnelle, on pourra en clarifier la signification. On dira que la définition proposée restreint la pensée au processus qui précède une prise de décision ou un choix délibératif, si bien qu'en confinant la procédure logique à des questions pratiques elle se condamne à ignorer les cas qui exemplifient le mieux la véritable méthode logique, c'est-à-dire ceux qui concernent la science et, tout particulièrement, les sujets mathématiques.

On peut partiellement répondre à cette objection en faisant valoir que le sujet spécifique de notre discussion réside dans la méthode logique appliquée au raisonnement légal et à la décision juridique, et que de tels cas sont du moins semblables au type de décision que prennent généralement les ingénieurs, les

### Méthode logique et droit

Il existe deux sortes de conduite humaine, au sens large du terme : les cas particuliers se recourent, mais la différence est visible dans toute considération de conduite d'ampleur suffisante. Les êtres humains agissent parfois avec un minimum d'intuition, sans penser à ce qu'ils font ni aux probables conséquences susceptibles d'en résulter. Ils n'agissent pas après en avoir délibéré, mais par routine, par instinct, sous l'impulsion directe de l'appétit ou d'un « élan » aveugle. Ce serait une erreur de supposer qu'un tel comportement est systématiquement inefficace ou sans succès. Dans les cas où nous ne l'apprécions pas, nous le condamnons comme capricieux, arbitraire, sans égard, négligent. Dans d'autres cas, cependant, nous louons la merveilleuse rectitude de l'instinct ou de l'intuition ; nous sommes portés à privilégier l'avis d'un expert à notre disposition par rapport aux conclusions issues d'un calcul élaboré d'un homme mal informé. On connaît l'histoire de ce néophyte qui fut envoyé en Inde pour y occuper un poste dont les fonctions officielles lui demandaient de s'occuper de diverses questions en discussion chez les autochtones. Consulté par l'un de ses amis, celui-ci lui conseilla de s'en remettre à son sens commun et de faire fermement état de ses décisions ; dans la majorité des cas, sa décision naturelle quant à ce qui était juste et raisonnable suffirait, mais son ami ajouta : « Ne t'avise jamais de donner des raisons, car elles se révéleraient fausses. »

« Logical Method and Law », publié dans *Philosophical Review*, n° 33, 1924, p. 560-572, repris dans *The Middle Works*, vol. 15, p. 65-77.

marchands, les physiciens, les banquiers, etc., dans l'exercice de leur métier. En droit, nous sommes certainement concernés par la nécessité de nous fonder sur le déroulement de l'action à accomplir, de donner des jugements d'une sorte ou d'une autre en faveur ou non de l'adoption d'un mode de conduite. Mais la portée de la décision prise apparaîtra plus clairement si nous ne nous contentons pas de cette réponse *ad hoc*.

Si nous considérons la procédure du mathématicien ou de n'importe quel homme de science, telle qu'elle se déroule effectivement, au lieu de considérer simplement les relations d'implication consistantes qui subsistent entre les propositions dans lesquelles les conclusions qu'il finit par approuver sont avancées, nous nous apercevons qu'au même titre qu'un fermier intelligent, un homme d'affaires ou un physicien il est constamment engagé dans un processus de décision, et qu'afin de les prendre raisonnablement, il se représente mentalement les diverses considérations présentes à l'esprit et il ne les accepte et ne les rejette qu'après les avoir examinées pour rendre sa décision aussi rationnelle que possible. La question concrète à laquelle il a affaire, le matériau qu'il examine, accepte, rejette et utilise en aboutissant à une décision et en la justifiant, se distingue de celle du fermier, de l'homme de loi ou du marchand, mais le déroulement de l'opération, la forme de la procédure sont semblables. L'homme de science a l'avantage de travailler dans des conditions beaucoup plus étroitement et exactement contrôlées, à l'aide de symboles savamment destinés à protéger sa procédure. Il est naturel et pertinent, pour cette raison, de considérer ces opérations, dans nos traités formels, comme des normes et des modèles, et de traiter les raisonnements « pratiques » ordinaires débouchant sur des décisions quant à ce qui doit être fait comme de simples approximations. Mais tout penseur, en tant que chercheur, mathématicien ou physicien, autant qu'« homme pratique », pense afin de déterminer ses décisions et sa conduite — sa conduite en tant qu'agent spécialisé travaillant dans un champ délimité avec soin.

On peut naturellement répondre que cette idée de la logique est arbitraire, et qu'en réalité la logique concerne les relations et les ordres de relations entre des propositions constituant l'objet reconnu d'une science, que ces relations sont indépendantes des opérations de l'enquête et de ce qui conduit à des conclusions ou à

des décisions. Je n'essaierai pas de contredire cette position, mais je l'utiliserai pour montrer l'importante différence qu'il y a par rapport à la position défendue dans le présent article. Selon cette dernière, la systématisation logique visant la plus grande généralité et la plus grande consistance des propositions est indispensable, mais elle n'est pas tout. Il s'agit d'un instrument et non d'une fin. C'est un moyen pour améliorer, faciliter, clarifier l'enquête orientée vers des décisions concrètes; à commencer par cette enquête particulière qui vient juste de s'engager, mais secondairement et de manière qui importe encore plus, d'autres enquêtes orientées vers d'autres décisions dans des champs similaires. Et ici, du moins, je peux revenir pour confirmation au thème particulier du droit. Il est extrêmement important que les règles du droit forment des systèmes logiques aussi cohérents et généralisés que possible. Mais ces systématisations logiques du droit dans quelque domaine que ce soit, celui du crime, des contrats ou des dommages, avec leur réduction d'une multitude de décisions à quelques principes généraux logiquement consistants les uns par rapport aux autres, bien qu'elles puissent constituer une fin en elle-même pour un étudiant particulier, sont clairement, en dernier ressort, soumises à un processus économique et effectif de prise de décision dans des cas particuliers.

Il en résulte que la logique est en dernier ressort une discipline empirique et concrète. Les hommes commencent par utiliser certains moyens d'investigation, de collecte, d'enregistrement et d'utilisation des données afin de parvenir à des conclusions et prendre des décisions. Ils tirent des inférences et font appel à des contrôles et à des tests de différentes façons, qui constituent le matériau empirique brut de la théorie logique. Celle-ci voit le jour sans aucune pensée consciente de logique, comme de simples formes de discours ont lieu sans référence consciente aux règles de la syntaxe ou aux conventions rhétoriques. On apprend toutefois progressivement que certaines méthodes utilisées marchent mieux que d'autres. Certaines fournissent des conclusions qui ne satisfont pas le test d'autres situations; elles entraînent des conflits et des confusions; les décisions qui en dépendent doivent être révisées ou abandonnées. D'autres méthodes se révèlent aboutir à des conclusions valables pour des enquêtes ultérieures tout en y trouvant une confirmation. Il se produit alors une sorte de

sélection naturelle des méthodes qui permettent le meilleur type de conclusion, meilleur pour des usages qui s'ensuivent, exactement comme cela se produit dans le développement des règles qui président au développement d'un art. Après coup, les méthodes sont elles-mêmes étudiées de manière critique. Celles qui sont couronnées de succès ne sont pas seulement choisies et comparées, mais on découvre alors les causes de leur efficacité. La théorie logique devient ainsi scientifique.

La portée de la conception de la logique ici avancée sur la pensée et les décisions légales peut être mise en lumière en examinant l'apparente disparité qui existe entre le développement légal réel et les strictes exigences de la théorie logique<sup>1</sup>. Justice Holmes a généralisé la situation en disant que « l'ensemble de la loi est le résultat d'un conflit point par point entre la logique et le bon sens — l'une s'efforçant de plier la fiction à des résultats conséquents, l'autre retenant et à la fin surmontant cet effort lorsque les résultats deviennent trop manifestement injustes<sup>2</sup> ». Il donne un contenu à cet énoncé en examinant d'un bout à l'autre le développement de certaines notions légales. Considéré superficiellement, un tel énoncé implique une vision de la logique différente de celle qui est établie. Il implique que la logique n'est pas la méthode du bon sens, qu'elle a pour ainsi dire une substance et une vie qui lui sont propres et qui entrent en conflit avec ce qu'exigent les bonnes décisions par rapport à des questions concrètes. La différence est toutefois verbale, pour une large part. Ce que Justice Holmes nomme logique, c'est la cohérence formelle, celle des concepts indépendamment des conséquences de leurs applications à des questions concrètes. Nous pourrions établir le fait en disant que les concepts une fois développés ont une

1. Cette logique, est-il besoin de le dire, est celle de l'enquête, telle qu'elle a été primitivement thématisée par Peirce et reprise par Dewey dans sa *Logique ou théorie de l'enquête*. Sa portée, comme on le voit ici, s'étend au-delà du champ scientifique au sens restreint du terme. Le propos de Dewey, ici, se conjugue de manière intéressante à ce qu'il suggère à propos des règles dans d'autres textes du présent recueil, en particulier dans « La motivation de la philosophie politique de Hobbes », art. cité, et dans « La science politique en exil » (p. 136-141). (N.d.T.)

2. *Collected Legal Papers*, p. 50. [Justice Oliver Wendell Holmes (1841-1935). Son livre le plus connu, *The Common Law*, est publié en 1881. Holmes soutenait que la loi est une affaire non pas de logique, mais d'expérience. Cette idée est à l'arrière-plan de la présente discussion. (N.d.T.)]

sorte d'inertie intrinsèque qu'ils ne doivent qu'à eux-mêmes. Une fois qu'ils sont développés, la loi de l'habitude s'applique à eux. Il est économique dans la pratique d'utiliser un concept qui est à notre disposition, au lieu de dépenser notre temps et nos efforts pour le modifier ou pour en inventer un nouveau. L'usage de concepts déjà prêts et familiers donne également naissance à un sens de la stabilité, de la garantie, s'opposant aux changements soudains et arbitraires de règles qui déterminent les conséquences auxquelles les actes sont légalement soumis. Il est dans la nature des concepts, comme dans celle des habitudes, de changer plus lentement que les circonstances concrètes dans lesquelles ils sont employés. L'expérience montre que la fixité relative des concepts donne aux hommes un sens particulier de la protection, de l'assurance contre le flux dérangeant des événements. Ainsi Justice Holmes dit : « Le langage de la décision juridique est principalement celui de la logique. Et de la méthode et de la forme logiques qui flattent ce désir de certitude et de repos qui se trouve dans tout esprit. Mais la certitude est en général une illusion<sup>1</sup>. » À en juger à partir de la méthode logique qui est ici défendue, les faits indubitables auxquels pense Justice Holmes concernent non pas la logique, toutefois, mais certaines tendances des créatures humaines, tendances qu'une saine logique permet d'éviter. Car elles proviennent des habitudes déjà formées et expriment l'effet de l'habitude sur nos sentiments de confort et de stabilité — sentiments qui n'ont que peu de chose à voir avec les faits réels dont il est question.

Il ne s'agit cependant que d'une partie de l'histoire. La suite est mise en lumière dans d'autres passages de Justice Holmes. « La vie réelle du droit a été non pas celle de la logique, mais de l'expérience. Les nécessités vécues de l'époque, les théories politiques et morales dominantes, les intuitions de la politique publique, avouées ou inconscientes, y compris les préjugés que les juges partagent avec leurs concitoyens, ont joué pour une bonne part un rôle plus important que le syllogisme pour la détermination des règles qui permettent aux hommes d'être gouvernés<sup>2</sup>. » En d'autres termes, Justice Holmes assimile la logique au syllogisme,

1. *Ibid.*, p. 181.

2. *The Common Law*, p. 1.

comme il est autorisé à le faire par la tradition orthodoxe. Du point de vue du syllogisme comme modèle logique introduit par la scolastique, il y a une antithèse entre l'expérience et la logique, entre la logique et le bon sens. Car la philosophie impliquée dans la théorie formelle du syllogisme soutenait que la pensée et la raison sont solidaires de formes fixes qu'elles tiennent d'elles-mêmes, antérieures aux objets auxquels elles s'appliquent, indépendantes de ces derniers et telles que ces derniers doivent de toute façon s'y adapter. Voilà l'aspect négatif de cette discussion ; elle montre par contraste l'exigence d'une autre sorte de logique susceptible de diminuer l'influence de l'habitude et de faciliter l'usage du bon sens pour les questions qui ont une importance sociale.

En d'autres termes, il y a plusieurs logiques en usage. L'une d'elles, celle qui a le plus marqué l'histoire et qui a exercé la plus grande influence sur les décisions légales, est celle du syllogisme. Les réserves de Justice Holmes s'appliquent à elle de toute leur force. Car son ambition est d'être une logique stricte de la démonstration et non pas une logique de la découverte. Son ambition la porte vers des formes fixes, plus que vers une méthode destinée à une prise de décision intelligente dans des situations concrètes ou vers des méthodes employées pour régler les différends mettant en jeu des intérêts publics et durables. Ceux qui ignorent tout de la logique formelle, de la logique des relations abstraites entre des conceptions préétablies ont au moins entendu parler du syllogisme standard : « Tous les hommes sont mortels. Socrate est un homme, donc Socrate est mortel. » On y voit généralement le modèle de toute preuve ou de toute démonstration. Il implique que la première chose dont nous ayons besoin, et qu'il nous faut nous procurer, réside dans un *principe* général fixé que l'on appelle la prémisse majeure, par exemple : « Tous les hommes sont mortels », puis en second lieu d'un *fait*, intrinsèquement et manifestement propre à une classe de choses auxquelles s'applique le principe général, par exemple : « Socrate est un homme. » Après quoi la conclusion s'ensuit automatiquement : « Socrate est mortel. » Selon ce modèle, toute conclusion démonstrative ou strictement logique subsume un particulier sous un universel approprié. Il implique l'existence antérieure et donnée de particuliers et d'universaux.

Il en résulte que, pour tout cas susceptible de se produire, il existe une règle antérieure préétablie déjà disponible, et que le cas

en question ou bien s'avère simple et sans ambiguïté, ou bien se résout au moyen d'une inspection directe opérée dans une collection de faits simples et indubitables comme « Socrate est un homme ». Un tel modèle, dès lors qu'il est avalisé, tend ainsi à produire et à confirmer ce que le Pr Pound a appelé une jurisprudence mécanique<sup>1</sup>. Il flatte ce désir de certitude dont parle Justice Holmes. Il renforce ces facteurs d'inertie de la nature humaine qui conduisent les hommes à embrasser aussi longtemps qu'ils le peuvent n'importe quelle idée, une fois qu'elle s'est logée dans leur esprit.

En un certain sens, il est insensé de critiquer le modèle offert par le syllogisme. Les propositions concernant les hommes et Socrate sont manifestement vraies et la connexion établie entre elles n'offre aucune prise au doute. La difficulté réside en ceci que si le syllogisme énonce bien les *résultats* de la pensée, il n'a rien à voir avec les *opérations* de la pensée. Considérons le cas de Socrate jugé par les citoyens d'Athènes et la pensée que réclame la prise d'une décision à ce sujet. Il est clair que la question ne fut pas de savoir si Socrate était mortel, mais de savoir si cette mortalité se manifesterait à telle ou telle date et de quelle manière. Or il s'agit précisément de ce qui ne découle pas et ne peut pas découler d'un principe général ou d'une prémisse majeure. Encore une fois, pour citer Justice Holmes : « Les propositions générales ne permettent pas de décider des cas concrets. » Aucune proposition concrète, c'est-à-dire une proposition clairement située dans l'espace et dans le temps, ne découle de propositions générales ni de rapports établis entre elles.

Il suffit d'accorder quelque crédit à une logique expérimentale pour s'apercevoir que les principes généraux procèdent de propositions liées à des manières de traiter des cas concrets qui se sont révélées utiles. La force réelle de la proposition selon laquelle tous les hommes sont mortels se trouve dans les tableaux prévisionnels des compagnies d'assurance qui, avec les taux qui leur correspondent, montrent combien il est prudent et socialement utile de

1. Roscoe Pound (1870-1964). Dans le livre publié sous ce titre (*Mechanical Jurisprudence*) en 1908, Pound critiquait la pratique qui consistait, pour les juges, à se prononcer sur les cas qui leur étaient soumis en fonction de principes précédemment appliqués à des cas antérieurs sans se soucier des conséquences. (N.d.T.)

s'occuper de la mortalité humaine. L'« universel » posé dans la prémisses majeure ne se situe pas en dehors des cas particuliers et il n'en est pas indépendant ; il ne procède pas davantage de la sélection d'un élément qui appartiendrait à une variété de cas. Il constitue une indication sur une manière unifiée de traiter d'une pluralité de cas en vue de certains buts ou de certaines conséquences, en dépit de leur diversité. Sa signification et sa valeur se prêtent donc à une investigation et à d'éventuelles révisions par rapport à ce qui se produit et à ce que sont les conséquences, dès lors qu'il est utilisé comme une méthode de traitement.

En fait, les hommes ne commencent pas à penser en faisant appel à des prémisses. Leur point de départ réside dans des cas relativement complexes et confus, autorisant apparemment plusieurs possibilités de traitement et de solution. Les prémisses n'émergent que graduellement de l'analyse de la situation dans sa totalité. Il ne s'agit pas de tirer une conclusion de prémisses données ; c'est une chose qu'une machine inanimée réaliserait beaucoup mieux, et il suffirait de taper sur un clavier. Il s'agit de *trouver* des énoncés ayant la valeur de principe général ou portant sur un fait particulier, susceptibles de servir de prémisses. En réalité, nous commençons généralement par anticiper vaguement une conclusion (ou, du moins, une conclusion possible) et nous nous mettons en quête de principes et de données qui la justifieront ou qui nous permettront de choisir intelligemment entre des conclusions concurrentes. Aucun avocat n'a jamais résolu le problème d'un client en faisant appel à un syllogisme. Il commence par une conclusion qu'il se propose d'atteindre, en faveur de son client naturellement, après quoi il analyse les faits liés à la situation, afin de trouver un matériau d'où il construit un ensemble de faits favorables, de manière à *former* une prémisses mineure. En même temps, il passe en revue un ensemble de cas recensés, afin de trouver des règles de droit utilisées dans des cas pouvant être présentés comme semblables, règles qui pourront justifier une certaine manière de considérer les faits et de les interpréter. Et dès lors que sa connaissance des lois tenues pour applicables s'étend, sa perspective se modifie, ainsi que l'importance respective qu'il accorde aux faits qu'il choisit afin d'en faire des données pouvant servir de preuve. Au fur et à mesure qu'il en sait davantage, il lui est possible de modifier son choix des règles qui serviront de base à son affaire.

Je n'ai pas du tout l'intention de présenter cette procédure comme un modèle de méthode scientifique ; elle est beaucoup trop prédestinée à établir une conclusion particulière et exagérément partisane pour servir de modèle. En dépit de ses défauts, elle fournit néanmoins une illustration de ce qu'il s'agit ici de montrer, à savoir que la pensée trouve réellement son point de départ dans une situation plus ou moins confuse, vague et ambiguë au regard des conclusions qu'elle vise, et que la formation des prémisses, majeure et mineure, procède provisoirement et corrélativement de l'analyse de cette situation et des règles antérieures. Dès lors que des prémisses acceptables sont données — qu'elles soient acceptées, c'est évidemment l'affaire du juge et des jurés —, la conclusion est également donnée. En stricte logique, la conclusion ne découle pas des prémisses ; conclusions et prémisses sont deux manières d'établir la même chose. La pensée peut être définie soit comme un développement de prémisses, soit comme le développement de conclusion. Chacune des deux opérations est équivalente à l'autre.

Les cours de justice ne se contentent pas de prendre des décisions ; elles les exposent et, ce faisant, elles doivent en donner les raisons. Les opérations mentales que cela implique sont passablement différentes de celles qui sont impliquées dans le fait de parvenir à une conclusion. La logique de l'exposition est différente de celle qui guide la recherche et l'enquête. Dans cette dernière, la situation, telle qu'elle se présente, offre plus ou moins d'emprise au doute ; sa signification est indéterminée et problématique. Elle se développe progressivement et peut réserver des surprises dramatiques. De toute façon, elle présente, dans l'état actuel des choses, deux côtés. L'exposition, elle, implique qu'une solution définitive est obtenue, que la situation est dès lors déterminée par rapport à ses implications légales. Sa finalité est de donner des fondements à la décision obtenue, de telle manière qu'elle n'apparaisse pas comme une maxime arbitraire, et qu'elle fournisse ainsi une règle pour traiter les cas similaires dans le futur. Il est hautement probable que le besoin de justifier auprès des autres les conclusions obtenues et les décisions prises a été la cause majeure de l'origine et du développement des opérations logiques au sens strict, de l'abstraction, de la généralisation, du point de vue de la consistance des implications. Il est tout à fait

concevable que si nous n'avions jamais été dans l'obligation de justifier aux yeux des autres nos propres décisions, les opérations logiques n'auraient connu aucun développement et les hommes se seraient exclusivement servis de méthodes qui auraient eu recours à l'intuition, aux impressions et aux sentiments, sans être articulées. Seule une expérience considérable de justification de leurs décisions auprès des autres, dans leur souci d'avancer des raisons ou d'être disculpés jusqu'à ce qu'ils se montrent satisfaits, a conduit les hommes à s'expliquer à eux-mêmes la nature du processus permettant d'aboutir à une conclusion de manière justifiée. Sans se prononcer sur ce qui a pu se passer, il est certain que dans les décisions de justice la seule chose qui puisse se substituer à un jugement arbitraire, et que les parties concernées n'acceptent, de préférence à une controverse, qu'à cause de l'autorité ou du prestige du juge, réside dans un jugement rationnel qui énonce les raisons et expose les liens logiques ou d'enchaînement.

C'est ici qu'intervient le principal stimulus ou la tendance pouvant nous conduire à nous en remettre à un mécanisme logique et à un usage abstrait de concepts formels. Pour ce seul motif que l'élément personnel ne peut pas être entièrement exclu, alors qu'en même temps la décision doit être aussi impersonnelle, objective et formellement rationnelle que possible, on est tenté de renoncer à la logique vitale qui a réellement permis d'aboutir aux conclusions et de lui substituer des formes de discours d'apparence rigoureuse et donnant une illusion de certitude. Une autre force, parmi celles qui agissent en ce sens, réside dans l'indubitable besoin d'une stabilité et d'une régularité optimales des attentes qui déterminent le cours de la conduite. Les hommes éprouvent le besoin de connaître les conséquences légales que la société, à travers ses tribunaux, attachera à leurs transactions particulières, aux obligations qu'ils contractent, aux fruits qu'ils peuvent espérer en tirer en s'engageant dans le cours d'une action donnée.

Il s'agit d'une exigence légitime du point de vue des intérêts de la communauté et des individus particuliers. La confusion de la certitude *théorique* et de la certitude *pratique* a toutefois entraîné une énorme confusion. Il y a un fossé entre la proposition raisonnable aux termes de laquelle les décisions de justice possèdent un maximum possible de régularité, afin de permettre aux personnes de planifier leur conduite pour prévoir l'importance légale de leurs

actes, et la proposition absurde, car impossible, selon laquelle toute décision doit découler d'une nécessité logique formelle de prémisses préalablement connues. Il existe des principes généraux d'interprétation des cas requis — des règles de droit — et des formes de plaidoirie et de jugement que l'on ne peut altérer arbitrairement, grâce auxquels on peut atteindre la première. Mais les principes d'interprétation ne renvoient pas à des règles si rigides qu'elles puissent être établies une fois pour toutes et exiger ainsi d'être littéralement et mécaniquement suivies. Car les situations auxquelles elles doivent s'appliquer ne se répètent pas telles quelles dans le moindre détail. Pour juger la situation considérée, il faut déterminer quelle règle sera employée à partir du degré selon lequel elle s'applique et du poids qu'il convient de lui donner. Une bonne partie de ce qui a été dit concernant la nécessité de règles de droit antérieures absolument uniformes et immuables constitue en effet une tentative pour esquiver la question réellement importante de trouver et d'employer des règles de droit, substantielles et procédurales, susceptibles de garantir réellement, pour les membres de la communauté, une mesure raisonnable de certitude pratique dans l'espoir de cadrer le cours de leur conduite. L'aisance mécanique avec laquelle le tribunal dispose les cas, et non la sécurité réelle des agents, est la véritable cause, par exemple, des règles de plaidoirie faites à la hâte. Le résultat introduit un élément inutile de pari dans le comportement de ceux qui sont à la recherche d'un règlement des disputes, en même temps qu'il apporte aux juges cette simple aisance factice et cette simplicité qui est fournie par une façon d'agir routinière. Elle substitue une procédure mécanique à l'exigence d'une analyse.

Il y a, bien entendu, toutes sortes de raisons pour lesquelles les règles de droit doivent être aussi régulières et définies que possible. Mais le degré et le genre d'assurance que l'on peut réellement atteindre est une question de fait, non de forme. Là où les conditions sociales sont presque uniformes, et lorsque l'industrie, le commerce, les transports, etc., suivent les voies des anciennes coutumes, cette assurance est grande. Elle l'est beaucoup moins dès lors que l'invention est active et lorsque de nouveaux dispositifs dans les affaires et la communication apportent de nouvelles formes de relation humaine. Ainsi, l'appel au pouvoir des machines modifie radicalement les termes anciens de l'association du maître

et de l'esclave et des esclaves entre eux. La rapidité des transports aboutit à une généralisation des connaissances commerciales ; la production de masse engendre une organisation des travailleurs et des négociations collectives ; les conditions industrielles favorisent la concentration du capital. Dans une certaine mesure, la législation entreprend de réélaborer les vieilles règles du droit afin de les rendre applicables aux conditions nouvelles. Mais les statuts n'ont jamais suivi la variété et la subtilité du changement social. Même dans le meilleur des cas, ils ne peuvent se soustraire à une ambiguïté qui n'est pas seulement due à l'inattention, mais à l'impossibilité congénitale de prévoir toutes les circonstances possibles, puisque à défaut de telles prévisions les définitions sont condamnées à demeurer vagues et les classifications indéterminées. Par conséquent, le fait de prétendre que les formes anciennes sont disponibles, qu'elles recouvrent tous les cas et peuvent être appliquées au moyen de syllogismes formels, revient à prétendre à une certitude et à une régularité qui ne peuvent réellement exister. L'effet de cette prétention est d'accroître l'incertitude pratique et l'instabilité sociale. Le simple fait que les circonstances soient effectivement nouvelles et non couvertes par les anciennes règles revient à parler que les vieilles règles seront déclarées s'appliquer à un cas particulier, de telle manière que les hommes astucieux et entreprenants seront encouragés à naviguer au plus près du vent et à compter sur des ingénieux avocats pour trouver une règle grâce à laquelle il leur sera possible de s'en tirer.

Les faits impliqués dans cette discussion sont banals et ils ne sont pas mobilisés pour présenter quelque chose d'original ou de nouveau. Ce qui nous intéresse, c'est leur portée sur la logique des décisions de justice. Car les implications sont plus révolutionnaires qu'elles peuvent sembler de prime abord. Elles indiquent soit que la logique doit être abandonnée ou qu'elle doit être une logique *relative aux conséquences plus qu'aux antécédents*, une logique de la prédiction des probabilités plus que de la déduction des certitudes. Au regard des fins d'une logique de la recherche des conséquences probables, les principes généraux ne peuvent être que des outils que justifie ce qu'ils permettent de faire. Ils offrent des moyens de contrôle intellectuel, d'analyse et d'idées portant sur les facteurs de la situation à laquelle on a affaire. Comme d'autres outils, ils doivent être modifiés lorsqu'ils sont appliqués à des conditions

nouvelles et que de nouveaux résultats doivent être poursuivis. C'est ici qu'intervient le grand mal pratique de la doctrine des règles immuables et nécessairement antérieures. Elle sanctifie l'ancien ; le fait d'y adhérer en pratique ne cesse d'élargir le fossé qui sépare les conditions sociales courantes et les principes utilisés par les tribunaux. L'effet en est d'augmenter l'irritation, le manque de respect pour la loi, en même temps que l'alliance virtuelle entre les intérêts judiciaires et les intérêts implantés qui correspondent le mieux aux conditions auxquelles les règles du droit étaient précédemment établies.

L'impossibilité de reconnaître que les règles légales générales et les principes sont des hypothèses de travail qui demandent à être constamment testées par la manière dont elles opèrent lorsqu'elles s'appliquent à des situations concrètes explique un fait qui sans cela paraîtrait paradoxal, à savoir que les slogans libéraux d'une époque deviennent souvent les remparts de la réaction au cours d'une période ultérieure. Il fut un temps, au XVIII<sup>e</sup> siècle, où l'émancipation de l'industrie et du commerce qui souffrait des restrictions ayant marqué la période féodale en Europe devint une nécessité sociale importante. Bien que ces règles aient plus ou moins réussi à s'adapter aux conditions particulières propres à ce premier âge, elles ne tardèrent pas à se transformer en une entrave dès lors que se manifestèrent les effets des nouvelles méthodes, de l'usage du charbon et de la vapeur. Le mouvement d'émancipation s'exprima dans des principes sur la liberté d'usage de la propriété et la liberté de contrat faisant l'objet d'une masse de dispositions légales. Mais la logique absolutiste des formes rigides du syllogisme a contaminé ces idées. On ne tarda pas à oublier qu'elles étaient liées à l'analyse de situations existantes, destinées à garantir des méthodes ordonnées au nom du bien-être économique et social. Ces principes devinrent ainsi à leur tour suffisamment rigides pour se transformer en un obstacle social aussi important que les lois féodales « immuables » l'avaient été en leur temps.

Ces remarques, bien qu'en elles-mêmes parfaitement banales, n'en ont pas moins une importance pratique profonde, comme le montre la réaction actuelle contre les formules individualistes d'un libéralisme plus ancien. Au cours de ces trente dernières années, on a assisté à une tendance intermittente en faveur d'une législation et, dans une moindre mesure, de décisions judiciaires

orientées vers ce qu'on appelle vaguement la « justice sociale » et des formules de caractère collectif. Or, il est tout à fait possible que les nouvelles lois soient nécessaires et utiles à un certain stade et qu'elles n'en deviennent pas moins nuisibles et socialement néfastes sitôt coulées dans le béton de prémisses absolues et permanentes. Ce n'est qu'à partir du moment où elles sont considérées comme des outils demandant à être adaptés aux conditions dans lesquelles ils sont employés, au lieu de voir en elles des « principes » absolus et intrinsèques, que l'attention peut se porter vers les faits de la vie sociale, de sorte que les lois ne puissent monopoliser l'attention et se poser comme des vérités absolues exigeant de demeurer intactes à n'importe quel prix. Sans cela, nous n'aurions fait que substituer un système de prémisses syllogistiques formellement absolues et immuables à un autre.

En revenant à notre conception de départ, celle qui voit dans la logique une théorie relative à des phénomènes empiriques, se prêtant à un développement et à une amélioration, comme n'importe quelle discipline empirique, nous sommes maintenant en mesure de l'enrichir d'une conviction, à savoir que la question n'est pas purement spéculative, mais qu'elle implique des conséquences de grande ampleur pour la pratique. Je n'hésiterais pas, en effet, à soutenir que la sacralisation de principes universels antérieurs tout faits comme méthodes de pensée constitue l'obstacle majeur au genre de pensée qui conditionne nécessairement toute réforme sociale offrant des garanties de stabilité, de sécurité et d'intelligence, en général, et tout progrès social, en particulier en matière de loi. Or si cela doit être le cas, l'infiltration dans la loi d'une logique plus expérimentale et plus souple répond à un besoin social autant qu'intellectuel.

### Essai sur la « personnalité morale » L'arrière-plan historique de la personnalité morale en droit

L'enquête menée dans cet article montre que, du point de vue du droit, le concept de « personne » est un concept juridique : en gros, le sens de la « personne » vient du sens que lui donne le droit. Si cette conclusion n'avait jamais soulevé de controverses, ou si elle avait été généralement admise, ou encore si, malgré un consensus qui aurait fini par s'établir sur ce qu'elle est en substance, quelques complications avaient continué à surgir en raison de l'utilisation de concepts non juridiques pour justifier certains raisonnements, alors cet article n'aurait pas eu de raison d'être.

« Corporate Personality », publié dans *Yale Law Journal*, vol. XXXV, n° 6 (avril 1926), p. 655-673, sous le titre « The Historic Background of Corporate Legal Personality », repris dans *The Later Works*, vol. 2, p. 22-43.

Le terme *corporate* tout comme le terme *corporation* se rapportent généralement à une entité du type d'une « entreprise », d'une « société » ou d'une « compagnie », à laquelle on reconnaît des droits spécifiques, distincts des droits des personnes physiques qui y exercent une fonction ou y détiennent des droits. C'est la question qu'aborde Dewey dans ce texte. Il s'agit d'une question qui prend un relief particulier dans les débats sur ce que Dewey appelle la « grande société » (voir, notamment, *Le Public et ses problèmes*, *op. cit.*), en ce que cette idée, tout en ayant des sources anciennes, est très étroitement liée à une évolution du libéralisme qui privilège les grandes entités et, de la sorte, une forme de collectivisation que Dewey évoque par ailleurs au titre des problèmes qu'y rencontrent les démocraties. Ces termes posent un problème de traduction, car si l'on peut aisément opter pour « entreprise » et « entrepreneurial » dans de nombreux cas, ici la notion qui correspond le mieux, du point de vue de nos usages juridiques, à celle de *corporate personality* est paradoxalement celle de « personnalité morale ». Nous avons choisi de traduire *corporation* par « personne morale » et *corporate body* par « communauté incorporée » ou « entité incorporée » en nous fondant sur le *Vocabulaire juridique* (PUF, 2016) de Gérard Cornu : « L'incorporation [désigne] la formalité qui donne corps à la société. » (N.d.T.)

**Document 3 : R. Dworkin, « On Not Prosecuting Civil Disobedience », *The New-York Review of Books*, 6 juin 1968**

How should the government deal with those who disobey the draft laws out of conscience? Many people think the answer is obvious: the government must prosecute the dissenters, and if they are convicted it must punish them. Some people reach this conclusion easily, because they hold the mindless view that conscientious disobedience is the same as lawlessness. They think that the dissenters are anarchists who must be punished before their corruption spreads. Many lawyers and intellectuals come to the same conclusion, however, on what looks like a more sophisticated argument. They recognize that disobedience to law may be morally justified, but they insist that it cannot be legally justified, and they think that it follows from this truism that the law must be enforced. Erwin Griswold, the Solicitor General of the United States, and the former dean of the Harvard Law School, appears to have adopted this view in a recent statement. “[It] is of the essence of law,” he said, “that it is equally applied to all, that it binds all alike, irrespective of personal motive. For this reason, one who contemplates civil disobedience out of moral conviction should not be surprised and must not be bitter if a criminal conviction ensues. And he must accept the fact that organized society cannot endure on any other basis.”

The New York Times applauded that statement. A thousand faculty members of several universities had signed a Times advertisement calling on the Justice Department to quash the indictments of the Rev. William Sloane Coffin, Dr. Benjamin Spock, Marcus Raskin, Mitchell Goodman, and Michael Ferber, for conspiring to counsel various draft offenses. The Times said that the request to quash the indictments “confused moral rights with legal responsibilities.”

But the argument that, because the government believes a man has committed a crime, it must prosecute him is much weaker than it seems. Society “cannot endure” if it tolerates all disobedience; it does not follow, however, nor is there evidence, that it will collapse if it tolerates some. In the United States prosecutors have discretion whether to enforce criminal laws in particular cases. A prosecutor may properly decide not to press charges if the lawbreaker is young, or inexperienced, or the sole support of a family, or is repentant, or turns state’s evidence, or if the law is unpopular or unworkable or generally disobeyed, or if the courts are clogged with more important cases, or for dozens of other reasons. This discretion is not license—we expect prosecutors to have good reasons for exercising it—but there are, at least prima facie, some good reasons for not prosecuting those who disobey the draft laws out of conscience. One is the obvious reason that they act out of better motives than those who break the law out of greed or a desire to subvert government. Another is the practical reason that our society suffers a loss if it punishes a group that includes—as the group of draft dissenters does—some of its most thoughtful and loyal citizens. Jailing such men solidifies their alienation from society, and alienates many like them who are deterred by the threat. THOSE WHO THINK that conscientious draft offenders should always be punished must show that these are not good reasons for exercising discretion, or they must find contrary reasons that outweigh them What arguments might they produce? There are practical reasons

4

for enforcing the draft laws, and I shall consider some of these later. But Dean Griswold and those who agree with him seem to rely on a fundamental moral argument that it would be unfair, not merely impractical, to let the dissenters go unpunished. They think it would be unfair, I gather, because society could not function if everyone disobeyed laws he

disapproved of or found disadvantageous. If the government tolerates those few who will not “play the game,” it allows them to secure the benefits of everyone else’s deference to law, without shouldering the burdens, such as the burden of the draft.

This argument is a serious one. It cannot be answered simply by saying that the dissenters would allow everyone else the privilege of disobeying a law he believed immoral. In fact, few draft dissenters would accept a changed society in which sincere segregationists were free to break civil rights laws they hated. The majority want no such change, in any event, because they think that society would be worse off for it; until they are shown this is wrong, they will expect their officials to punish anyone who assumes a privilege which they, for the general benefit, do not assume.

There is, however, a flaw in the argument. The reasoning contains a hidden assumption that makes it almost entirely irrelevant to the draft cases, and indeed to any serious case of civil disobedience in the United States. The argument assumes that the dissenters know that they are breaking a valid law, and that the privilege they assert is the privilege to do that. Of course, almost everyone who discusses civil disobedience recognizes that in America a law may be invalid because it is unconstitutional. But the critics handle this complexity by arguing on separate hypotheses: If the law is invalid, then no crime is committed, and society may not punish. If the law is valid, then no crime has been committed, and society must punish. This reasoning hides the crucial fact that the validity of the law may be doubtful. The officials and judges may believe that the law is valid, the dissenters may disagree, and both sides may have plausible arguments for their positions. If so, then the issues are different from what they would be if the law were clearly valid or clearly invalid, and the argument of fairness, designed for these alternatives, is irrelevant.

DOUBTFUL LAW is by no means special or exotic in cases of civil disobedience. On the contrary. In the United States, at least, almost any law which a significant number of people would be tempted to disobey on moral grounds would be doubtful—if not clearly invalid—on constitutional grounds as well. The constitution makes our conventional political morality relevant to the question of validity; any statute that appears to compromise that morality raises constitutional questions, and if the compromise is serious, the constitutional doubts are serious also.

The connection between moral and legal issues is especially clear in the current draft cases. Dissent has largely been based on the following moral objections: (a) The United States is using immoral weapons and tactics in Vietnam. (b) The war has never been endorsed by deliberate, considered, and open vote of the peoples’ representatives. (c) The United States has no interest at stake in Vietnam remotely strong enough to justify forcing a segment of its citizens to risk death there. (d) If an army is to be raised to fight that war, it is immoral to raise it by a draft that defers or exempts college students, and thus discriminates against the economically underprivileged. (e) The draft exempts those who object to all wars on religious grounds, but not those who object to particular wars on moral grounds; there is no relevant difference between these positions, and so the draft, by making the distinction, implies that the second group is less worthy of the nation’s respect than the first. (f) The law that makes it a crime to counsel draft resistance stifles those who oppose the war, because it is morally impossible to argue that the war is profoundly immoral, without encouraging and assisting those who refuse to fight it.

5

Lawyers will recognize that these moral positions, if we accept them, provide the basis for the following constitutional arguments: (a) The constitution makes treaties part of the law of the

land, and the United States is a party to international conventions and covenants that make illegal the acts of war the dissenters charge the nation with committing. (b) The constitution provides that Congress must declare war; the legal issue of whether our action in Vietnam is a “war” and whether the Tonkin Bay Resolution was a “declaration” is the heart of the moral issue of whether the government has made a deliberate and open decision. (c) Both the due process clause of the Fifth and Fourteenth Amendments and the equal protection clause of the Fourteenth Amendment condemn special burdens placed on a selected class of citizens when the burden or the classification is not reasonable; the burden is unreasonable when it patently does not serve the public interest, or when it is vastly disproportionate to the interest served. If our military action in Vietnam is frivolous or perverse, as the dissenters claim, then the burden we place on men of draft age is unreasonable and unconstitutional. (d) In any event, the discrimination in favor of college students denies to the poor the equal protection of the law that is guaranteed by the constitution. (e) If there is no pertinent difference between religious objection to all wars and moral objection to some wars, then the classification the draft makes is arbitrary and unreasonable, and unconstitutional on that ground. The “establishment of religion” clause of the First Amendment forbids governmental pressure in favor of organized religion; if the draft’s distinction coerces men in this direction, it is invalid on that count also. (f) The First Amendment also condemns invasions of freedom of speech. If the draft law’s prohibition on counseling does inhibit expression of a range of views on the war, it abridges free speech.

The principal counterargument, supporting the view that the courts ought not to hold the draft unconstitutional, also involves moral issues. Under the so-called “political question” doctrine, the courts deny their own jurisdiction to pass on matters—such as foreign or military policy—whose resolution is best assigned to other branches of the government. The Boston court trying the Coffin, Spock case has already declared, on the basis of this doctrine, that it will not hear arguments about the legality of the war. But the Supreme Court has shown itself (in the reapportionment cases, for example) reluctant to refuse jurisdiction when it believed that the gravest issues of political morality were at stake and that no remedy was available through the political process. If the dissenters are right, and the war and the draft are state crimes of profound injustice to a group of citizens, then the argument that the courts must refuse jurisdiction is considerably weakened.

WE CANNOT CONCLUDE from these arguments that the draft (or any part of it) is unconstitutional. If the Supreme Court is called upon to rule on the question, it will probably reject some of them, and refuse to consider the others on grounds that they are political. The majority of lawyers would probably agree with this result. But the arguments of unconstitutionality are at least plausible, and a reasonable and competent lawyer might well think that they present a stronger case, on balance, than the counterarguments. If he does, he will consider that the draft is not constitutional, and there will be no way of proving that he is wrong.

Therefore we cannot assume, in judging what to do with the draft dissenters, that they are asserting a privilege to disobey valid laws. We cannot decide that fairness demands their punishment until we try to answer the further question: What should a citizen do when the law is unclear, and when he thinks it allows what others think it does not? I do not mean to ask, of course, what it is legally proper for him to do, or what his legal rights are—that would be begging the question, because it depends upon whether he is right or they are right. I mean to ask what his proper course is as a citizen, what in other words, we would consider to be

“playing the game.” That is a crucial question, because it cannot be wrong not to punish him if he is acting as, given his opinions, we think he should.<sup>1</sup>

There is no obvious answer on which most citizens would readily agree, and that is itself significant. If we examine our legal institutions and practices, however, we shall discover some relevant underlying principles and policies. I shall set out three possible answers to the question, and then try to show which of these best fits our practices and expectations. The three possibilities I want to consider are these:

(1) If the law is doubtful, and it is therefore unclear whether it permits someone to do what he wants, he should assume the worst, and act on the assumption that it does not. He should obey the executive authorities who command him, even though he thinks they are wrong, while using the political process, if he can, to change the law.

(2) If the law is doubtful, he may follow his own judgment, that is, he may do what he wants if he believes that the case that the law permits this is stronger than the case that it does not. But he may follow his own judgment only until an authoritative institution, like a court, decides the other way in a case involving him or someone else. Once an institutional decision has been reached, he must abide by that decision, even though he thinks that it was wrong. (There are, in theory many subdivisions of this second possibility. We may say that the individual’s choice is foreclosed by the contrary decision of any court, including the lowest court in the system if the case is not appealed. Or we may require a decision of some particular court or institution. I shall discuss this second possibility in its most liberal form, namely that the individual may properly follow his own judgment until a contrary decision of the highest court competent to pass on the issue, which, in the case of the draft, is the United States Supreme Court.)

(3) If the law is doubtful, he may follow his own judgment, even after a contrary decision by the highest competent court. Of course, he must take the contrary decision of any court into account in making his judgment of what the law requires. Otherwise the judgment would not be an honest or reasonable one, because the doctrine of precedent, which is an established part of our legal system, has the effect of allowing the decision of the courts to change the law. Suppose, for example, that a taxpayer believes that he is not required to pay tax on certain forms of income. If the Supreme Court decides to the contrary, he should, taking into account the practice of according great weight to the decisions of the Supreme Court on tax matters, decide that the Court’s decision has itself tipped the balance, and that the law now requires him to pay the tax.

Someone might think that this qualification erases the difference between the third and the second models, but it does not. The doctrine of precedent gives different weights to the decisions of different courts, and greatest weight to the decisions of the Supreme Court, but it does not make the decision of any court conclusive. Sometimes, even after a contrary Supreme Court decision, an individual may still reasonably believe that the law is on his side; such cases are rare, but they are most likely in disputes over constitutional law when civil disobedience is involved. The Court has shown itself more likely to overrule its past decisions if these have limited important personal or political rights, and it is just these decisions that a dissenter might want to challenge.

We cannot assume, in other words, that the Constitution is always what the Supreme Court says it is. Oliver Wendell Holmes, for example, did not follow such a rule in his famous dissent in the *Gitlow* case. A few years before, in *Abrams*, he had lost his battle to persuade the court that the First Amendment protected an anarchist who had been urging general strikes against the government. A similar issue was presented in *Gitlow*, and Holmes once again

dissented. “It is true,” he said, “that in my opinion this criterion was departed from in [Abrams] but the convictions that I expressed in that case are too deep for it to be possible for me as yet to believe that it...settled the law.” Holmes voted for acquitting Gitlow, on the

7

ground that what Gitlow had done was no crime, even though the Supreme Court had recently held that it was.

HERE THEN are three possible models for the behavior of dissenters who disagree with the executive authorities when the law is doubtful. Which of them best fits our legal and social practices?

I think it plain that we do not follow the first of these models, that is, that we do not expect citizens to assume the worst. If no court has decided the issue, and a man thinks, on balance, that the law is on his side, most of our lawyers and critics think it perfectly proper for him to follow his own judgment. Even when many disapprove of what he does—such as peddling pornography—they do not think he must desist just because its legality is subject to doubt. It is worth pausing a moment to consider what society would lose if it did follow the first model or, to put the matter the other way, what society gains when people follow their own judgment in cases like this. When the law is uncertain, in the sense that lawyers can reasonably disagree on what a court ought to decide, the reason usually is that different legal principles and policies have collided, and it is unclear how best to accommodate these conflicting principles and policies.

Our practice, in which different parties are encouraged to pursue their own understanding, provides a means of testing relevant hypotheses. If the question is whether a particular rule would have certain undesirable consequences, or whether these consequences would have limited or broad ramifications, then, before the issue is decided, it is useful to know what does in fact take place when some people proceed on that rule. (Much anti-trust and business regulation law has developed through this kind of testing.) If the question is whether and to what degree a particular solution would offend principles of justice or fair play deeply respected by the community, it is useful, again, to experiment by testing the community’s response. The extent of community indifference to anti-contraception laws, for example, would never have become established had not some organizations deliberately flouted those laws in Connecticut.

If the first model were followed, we would lose the advantages of these tests. The law would suffer, particularly if this model were applied to constitutional issues. When the validity of a criminal statute is in doubt, the statute will almost always strike some people as being unfair or unjust, because it will infringe some principle of liberty or justice or fairness which they take to be built into the Constitution. If our practice were that whenever a law is doubtful on these grounds, one must act as if it were valid, then the chief vehicle we have for challenging the law on moral grounds would be lost, and over time the law we obeyed would certainly become less fair and just, and the liberty of our citizens would certainly be diminished.

We would lose almost as much if we used a variation of the first model, that a citizen must assume the worst unless he can anticipate that the courts will agree with his view of the law. If everyone deferred to his guess of what the courts would do, society and its law would be poorer. Our assumption in rejecting the first model was that the record a citizen makes in following his own judgment, together with the arguments he makes supporting that judgment when he has the opportunity, are helpful in creating the best judicial decision possible. This remains true even when, at the time the citizen acts, the odds are against his success in court. We must remember, too, that the value of the citizen’s example is not exhausted once the

decision has been made. Our practices require that the decision be criticized, by the legal profession and the law schools, and the record of dissent may be invaluable here.

Of course a man must consider what the courts will do when he decides whether it would be prudent to follow his own judgment. He may have to face jail, bankruptcy, or opprobrium if he does. But it is essential that we separate the calculation of prudence from the question of  
8

what, as a good citizen, he may properly do. We are investigating how society ought to treat him when its courts believe that he judged wrong; therefore we must ask what he is justified in doing when his judgment differs from others. We beg the question if we assume that what he may properly do depends on his guess as to how society will treat him.

WE MUST ALSO REJECT the second model, that if the law is unclear a citizen may properly follow his own judgment until the highest court has ruled that he is wrong. This fails to take into account the fact that any court, including the Supreme Court, may overrule itself. In 1940 the Court decided that a West Virginia law requiring students to salute the Flag was constitutional. In 1943 it reversed itself, and decided that such a statute was unconstitutional after all. What was the duty, as citizens, of those people who in 1941 and 1942 objected to saluting the Flag on grounds of conscience, and thought that the Court's 1940 decision was wrong? We can hardly say that their duty was to follow the first decision. They believed that saluting the Flag was unconscionable, and they believed, reasonably, that no valid law required them to do so. The Supreme Court later decided that in this they were right. The Court did not simply hold that after the second decision failing to salute would not be a crime; it held (as in a case like this it almost always would) that it was no crime after the first decision either.

Some will say that the flag-salute dissenters should have obeyed the Court's first decision, while they worked in the legislatures to have the law repealed, and tried in the courts to find some way to challenge the law again without actually violating it. That would be, perhaps, a plausible recommendation if conscience were not involved, because it would then be arguable that the gain in orderly procedure was worth the personal sacrifice of patience. But conscience was involved, and if the dissenters had obeyed the law while biding their time, they would have suffered the irreparable injury of having done what their conscience forbade them to do. It is one thing to say that an individual must sometimes violate his conscience when he knows that the law commands him to do it. It is quite another to say that he must violate his conscience even when he reasonably believes that the law does not require it, because it would inconvenience his fellow citizens if he took the most direct, and perhaps the only, method of attempting to show that he is right and they are wrong.

Since a court may overrule itself, the same reasons we listed for rejecting the first model count against the second as well. If we did not have the pressure of dissent, we would not have a dramatic statement of the degree to which a court decision against the dissenter is felt to be wrong, a demonstration that is surely pertinent to the question of whether it was right. We would increase the chance of being governed by rules that offend the principles we claim to serve.

These considerations force us, I think, from the second model, but some will want to substitute a variation of it. They will argue that once the Supreme Court has decided that a criminal law is valid, then citizens have a duty to abide by that decision until they have a reasonable belief, not merely that the decision is bad law, but that the Supreme Court is likely to overrule it. Under this view the West Virginia dissenters who refused to salute the Flag in 1942 were acting properly, because they might reasonably have anticipated that the Court

would change its mind. But if the Court were to hold the draft laws constitutional, it would be improper to continue to challenge these laws, because there would be no great likelihood that the Court would soon change its mind. This suggestion must also be rejected, however. For once we say that a citizen may properly follow his own judgment of the law, in spite of his judgment that the courts will probably find against him, there is no plausible reason why he should act differently because a contrary decision is already on the books.

9

THUS THE THIRD MODEL, or something close to it, seems to be the fairest statement of a man's social duty in our community. A citizen's allegiance is to the law, not to any particular person's view of what the law is, and he does not behave improperly or unfairly so long as he proceeds on his own considered and reasonable view of what the law requires. Let me repeat (because it is crucial) that this is not the same as saying that an individual may disregard what the courts have said. The doctrine of precedent lies near the core of our legal system, and no one can make a reasonable effort to follow the law unless he grants the courts the general power to alter it by their decisions. But if the issue is one touching fundamental personal or political rights, and it is arguable that the Supreme Court has made a mistake, a man is within his social rights in refusing to accept that decision as conclusive.

One large question remains before we can apply these observations to the problems of draft resistance. I have been talking about the case of a man who believes that the law is not what other people think, or what the courts have held. This description may fit some of those who disobey the draft laws out of conscience, but it does not fit most of them. Most of the dissenters are not lawyers or political philosophers; they believe that the laws on the books are immoral, and inconsistent with their country's legal ideals, but they have not considered the question of whether they may be invalid as well. Of what relevance to their situation, then, is the proposition that one may properly follow one's own view of the law?

To answer this, I shall have to return to the point I made earlier. The Constitution, through the due process clause, the equal protection clause, the First Amendment, and the other provisions I mentioned, injects an extraordinary amount of our political morality into the issue of whether a law is valid. The statement that most draft dissenters are unaware that the law is invalid therefore needs qualification. They hold beliefs that, if true, strongly support the view that the law is on their side; the fact that they have not reached that further conclusion can be traced, in at least most cases, to their lack of legal sophistication. If we believe that when the law is doubtful people who follow their own judgment of the law may be acting properly, it would seem wrong not to extend that view to those dissenters whose judgments come to the same thing. No part of the case that I made for the third model would entitle us to distinguish them from their more knowledgeable colleagues.

We can draw several tentative conclusions from the argument so far: When the law is uncertain, in the sense that a plausible case can be made on both sides, then a citizen who follows his own judgment is not behaving unfairly. Our practices permit and encourage him to follow his own judgment in such cases. For that reason, our government has a special responsibility to try to protect him, and soften his predicament, whenever it can do so without great damage to other policies. It does not follow that the government can guarantee him immunity—it cannot adopt the rule that it will prosecute no one who acts out of conscience, or convict no one who reasonably disagrees with the courts. That would paralyze the government's ability to carry out its policies; it would, moreover, throw away the most important benefit of following the third model. If the state never prosecuted, then the courts could not act on the experience and the arguments the dissent has generated. But it does

follow from the government's responsibility that when the practical reasons for prosecuting are relatively weak in a particular case, or can be met in other ways, the path of fairness may lie in tolerance. The popular view that the law is the law and must always be enforced refuses to distinguish the man who acts on his own judgment of a doubtful law, and thus behaves as our practices provide, from the common criminal. I know of no reason, short of moral blindness, for not drawing a distinction in principle between the two cases.

I ANTICIPATE a philosophical objection to these conclusions: that I am treating law as a "brooding omnipresence in the sky." I have spoken of people making judgments about what

10  
the law requires, even in cases in which the law is unclear and undemonstrable. I have spoken of cases in which a man might think that the law requires one thing, even though the Supreme Court has said that it requires another, and even when it was not likely that the Supreme Court would soon change its mind. I will therefore be charged with the view that there is always a "right answer" to a legal problem to be found in natural law or locked up in some transcendental strongbox.

The strongbox theory of law is, of course, nonsense. When I say that people hold views on the law when the law is doubtful, and that these views are not merely predictions of what the courts will hold, I intend no such metaphysics. I mean only to summarize as accurately as I can many of the practices that are part of our legal process.

Lawyers and judges make statements of legal right and duty, even when they know these are not demonstrable, and support them with arguments even when they know that these arguments will not appeal to everyone. They make these arguments to one another, in the professional journals, in the classroom, and in the courts. They respond to these arguments, when others make them, by judging them good or bad or mediocre. In so doing they assume that some arguments for a given doubtful position are better than others. They also assume that the case on one side of a doubtful proposition may be stronger than the case on the other, which is what I take a claim of law in a doubtful case to mean. They distinguish, without too much difficulty, these arguments from predictions of what the courts will decide.

These practices are poorly represented by the theory that judgments of law on doubtful issues are nonsense, or are merely predictions of what the courts will do. Those who hold such theories cannot deny the fact of these practices; perhaps these theorists mean that the practices are not sensible, because they are based on suppositions that do not hold, or for some other reason. But this makes their objection mysterious, because they never specify what they take the purposes underlying these practices to be; and unless these goals are specified, one cannot decide whether the practices are sensible. I understand these underlying purposes to be those I described earlier: the development and testing of the law through experimentation by citizens and through the adversary process.

Our legal system pursues these goals by inviting citizens to decide the strengths and weaknesses of legal arguments for themselves, or through their own counsel, and to act on these judgments, although that permission is qualified by the limited threat that they may suffer if the courts do not agree. Success in this strategy depends on whether there is sufficient agreement within the community on what counts as a good or bad argument, so that, although different people will reach different judgments, these differences will be neither so profound nor so frequent as to make the system unworkable, or dangerous for those who act by their own lights. I believe there is sufficient agreement on the criteria of the argument to avoid these traps, although one of the main tasks of legal philosophy is to exhibit and clarify these criteria. In any event, the practices I have described have not yet been shown to

be misguided; they therefore must count in determining whether it is just and fair to be lenient to those who break what others think is the law.

I HAVE SAID THAT the government has a special responsibility to those who act on a reasonable judgment that a law is invalid. It should make accommodation for them as far as possible, when this is consistent with other policies. It may be difficult to decide what the government ought to do, in the name of that responsibility, in particular cases. The decision will be a matter of balance, and flat rules will not help. Still, some principles can be set out. I shall start with the prosecutor's decision whether to press charges. He must balance both his responsibility to be lenient and the risk that convictions will rend the society, against the

11

damage to the law's policy that may follow if he leaves the dissenters alone. In making his calculation he must consider not only the extent to which others will be harmed, but also how the law evaluates that harm; and he must therefore make the following distinction. Every rule of law is supported, and presumably justified, by a set of policies it is supposed to advance and principles it is supposed to respect. Some rules (the laws prohibiting murder and theft, for example) are supported by the proposition that the individuals protected have a moral right to be free from the harm proscribed. Other rules (the more technical anti-trust rules, for example) are not supported by any supposition of an underlying right; their support comes chiefly from the alleged utility of the economic and social policies they promote. These may be supplemented with moral principles (like the view that it is a harsh business practice to undercut a weak competitor's prices) but these fall short of recognizing a moral right against the harm in question.

The point of the distinction here is this: The judgment that someone has a moral right to be free from certain injuries is a very strong form of moral judgment, because a moral right, once acknowledged, outweighs competing claims of utility or virtue. When a law rests on such a judgment, that is a powerful argument against tolerating violations which inflict those injuries—for example, violations that involve personal injury or the destruction of property. The prosecutor may respect the dissenter's view that the law is invalid, but unless he agrees, he must honor the law's judgment that others have an overriding claim of right.

IT MAY BE controversial, of course, whether a law rests on the assumption of a right. One must study the background and administration of the law, and reflect on whether any social practices of right and obligation support it. We may take one example in which the judgment is relatively easy. There are many sincere and ardent segregationists who believe that the civil rights laws and decisions are unconstitutional, because they compromise principles of local government and of freedom of association. This is an arguable, though not a persuasive, view. But the constitutional provisions that support these laws clearly embody the view that Negroes, as individuals, have a right not to be segregated. They do not rest simply on the judgment that national policies are best pursued by preventing their segregation. If we take no action against the man who blocks the school house door, therefore, we violate the rights, confirmed by law, of the schoolgirl he blocks. The responsibility of leniency cannot go this far.

The schoolgirl's position is different, however, from that of the draftee who may be called up sooner or given a more dangerous post if draft offenders are not punished. The draft laws do not reflect a judgment that a man has a social or moral right to be drafted only after certain other men or groups have been called. The draft classifications, and the order-of-call according to age within classifications, are arranged for social and administrative convenience. They also reflect considerations of fairness, like the proposition that a mother

who has lost one of two sons in war ought not to be made to risk losing the other. But they presuppose no fixed rights. The draft boards are given considerable discretion in the classification process, and the army, of course, has almost complete discretion in assigning dangerous posts. If the prosecutor tolerates draft offenders, he makes small shifts in the law's calculations of fairness and utility. These may cause disadvantage to others in the pool of draftees but that is a different matter from contradicting their social or moral rights.

It is wrong therefore to analyze draft cases and segregation cases in the same way, as many critics do when considering whether tolerance is justified. I do not mean that fairness to others is irrelevant in draft cases; it must be taken into account, and balanced against fairness to dissenters and the long-term benefit to society. But it does not play the commanding role here that it does in segregation cases, and in other cases when rights are at stake.

12

Where, then, does the balance of fairness and utility lie in the case of those who counsel draft resistance? If these men had encouraged violence or otherwise trespassed on the rights of others, then there would be a strong case for prosecution. But in the absence of such actions, the balance of fairness and utility seems to me to lie the other way, and I therefore think that the decision to prosecute Coffin, Spock, Raskin, Goodman, and Ferber was wrong. It may be argued that if those who counsel draft resistance are free from prosecution, the number who resist induction will increase; but it will not, I think, increase much beyond the number of those who would resist in any event.

If I am wrong, and there is much greater resistance, then a sense of this residual discontent is of importance to policy makers, and it ought not to be hidden under a ban on speech.

Conscience is deeply involved—it is hard to believe that many who counsel resistance do so on any other grounds. The case is strong that the laws making counseling a crime are unconstitutional; even those who do not find the case persuasive will admit that its arguments have substance. The harm to potential draftees, both those who may be persuaded to resist and those who may be called earlier because others have been persuaded, is remote and speculative.

The cases of men who refuse induction when drafted are more complicated. The crucial question is whether a failure to prosecute will lead to wholesale refusals to serve. It may not—there are social pressures, including the threat of career disadvantages, that would force many young Americans to serve if drafted, even if they knew they would not go to jail if they refused. If the number would not much increase, then the state should leave the dissenters alone, and I see no great harm in delaying any prosecution until the effect of that policy becomes clearer. If the number of those who refuse induction turns out to be large, this would argue for prosecution. But it would also make the problem academic, because if there were sufficient dissent to bring us to that pass, it would be most difficult to pursue the war in any event, except under a near-totalitarian regime.

THERE MAY SEEM to be a paradox in these conclusions. I argued earlier that when the law is unclear citizens have the right to follow their own judgment, partly on the grounds that this practice helps to shape issues for adjudication; now I propose a course that eliminates or postpones adjudication. But the contradiction is only apparent. It does not follow from the fact that our practice facilitates adjudication, and renders it more useful in developing the law, that a trial should follow whenever citizens do act by their own lights. The question arises in each case whether the issues are ripe for adjudication, and whether adjudication would settle these issues in a manner that would decrease the chance of, or remove the grounds for, further dissent.

In the draft cases, the answer to both these questions is negative: There is much ambivalence about the war just now, and uncertainty and ignorance about the scope of the moral issues involved in the draft. It is far from the best time for a court to pass on these issues, and tolerating dissent for a time is one way of allowing the debate to continue until it has produced something clearer. Moreover, it is plain that an adjudication of the constitutional issues now will not settle the law. Those who have doubts whether the draft is constitutional will have the same doubts even if the Supreme Court says that it is. This is one of those cases, touching fundamental rights, in which our practices of precedent will encourage these doubts. Certainly this will be so if, as seems likely, the Supreme Court appeals to the political question doctrine, and refuses to pass on the more serious constitutional issues. Even if the prosecutor does not act, however, the underlying problem will be only temporarily relieved. So long as the law appears to make acts of dissent criminal, a man of conscience will face danger. What can Congress, which shares the responsibility of leniency, do to lessen this danger?

13

Congress can review the laws in question to see how much accommodation can be given the dissenters. Every program a legislature adopts is a mixture of policies and restraining principles. We accept loss of efficiency in crime detection and urban renewal, for example, so that we can respect the rights of accused criminals and compensate property owners for their damages. Congress may properly defer to its responsibility toward the dissenters by adjusting or compromising other policies. The relevant questions are these: What means can be found for allowing the greatest possible tolerance of conscientious dissent while minimizing its impact on policy? How strong is the government's responsibility for leniency in this case—how deeply is conscience involved, and how strong is the case that the law is invalid after all? How important is the policy in question—is interference with that policy too great a price to pay? These questions are no doubt too simple, but they suggest the heart of the choices that must be made.

For the same reasons that those who counsel resistance should not be prosecuted, I think that the law that makes this a crime should be repealed. The case is strong that this law abridges free speech. It certainly coerces conscience, and it probably serves no beneficial effect. If counseling would persuade only a few to resist who otherwise would not, the value of the restraint is small; if counseling would persuade many, that is an important political fact that should be known.

The issues are more complex, again, in the case of draft resistance itself. Those who believe that the war in Vietnam is itself a grotesque blunder will favor any change in the law that makes peace more likely. But if we take the position of those who think the war is necessary, then we must admit that a policy that continues the draft but wholly exempts dissenters would be unwise. Two less drastic alternatives might be considered, however: a volunteer army, and an expanded conscientious objector category that includes those who find this war immoral. There is much to be said against both proposals, but once the requirement of respect for dissent is recognized, the balance of principle may be tipped in their favor.

SO THE CASE for not prosecuting conscientious draft offenders, and for changing the laws in their favor, is a strong one. It would be unrealistic to expect this policy to prevail, however, for political pressures now oppose it. Relatively few of those who have refused induction have been indicted so far, but the pace of prosecution is quickening, and many more indictments are expected if the resistance many college seniors have pledged does in fact develop. The Coffin, Spock trial continues, although when the present steps toward peace

negotiation were announced, many lawyers had hoped it would be dropped or delayed. There is no sign of any movement to amend the draft laws in the way I have suggested.

We must consider, therefore, what the courts can and should now do. A court might, of course, uphold the arguments that the draft laws are in some way unconstitutional, in general or as applied to the defendants in the case at hand. Or it may acquit the defendants because the facts necessary for conviction are not proved. I shall not argue the constitutional issues, or the facts of any particular case. I want instead to suggest that a court ought not to convict, at least in some circumstances, even if it sustains the statutes and finds the facts as charged. The Supreme Court has not ruled on the chief arguments that the present draft is unconstitutional, nor has it held that these arguments raise political questions that are not relevant to its jurisdiction. If the alleged violations take place before the Supreme Court has decided these issues, and the case reaches that Court, there are strong reasons why the Court should acquit even if it does then sustain the draft. It ought to acquit on the ground that before its decision the validity of the draft was doubtful, and it is unfair to punish men for disobeying a doubtful law.

14

There would be precedent for a decision along these lines. The Court has several times reversed criminal convictions, on due process grounds, because the law in question was too vague. (It has overturned convictions, for example, under laws that made it a crime to charge “unreasonable prices” or to be a member of a “gang.”) Conviction under a vague criminal law offends the moral and political ideals of due process in two ways. First, it places a citizen in the unfair position of either acting at his peril or accepting a more stringent restriction on his life than the legislature may have authorized: As I argued earlier, it is not acceptable, as a model of social behavior, that in such cases he ought to assume the worst. Second, it gives power to the prosecutor and the courts to make criminal law, by opting for one or the other possible interpretations after the event. This would be a delegation of authority by the legislature that is inconsistent with our scheme of separation of powers.

Conviction under a criminal law whose terms are not vague, but whose constitutional validity is doubtful, offends due process in the first of these ways. It forces a citizen to assume the worst, or act at his peril. It offends due process in something like the second way as well. Most citizens would be deterred by a doubtful statute if they were to risk jail by violating it. Congress, and not the courts, would then be the effective voice in deciding the constitutionality of criminal enactments, and this also violates the separation of powers.

IF ACTS OF DISSENT continue to occur after the Supreme Court has ruled that the laws are valid, or that the political question doctrine applies, then acquittal on the grounds I have described is no longer appropriate. The Court’s decision will not have finally settled the law, for the reasons given earlier, but the Court will have done all that can be done to settle it. The courts may still exercise their sentencing discretion, however, and impose minimal or suspended sentences as a mark of respect for the dissenters’ position.

Some lawyers will be shocked by my general conclusion that we have a responsibility toward those who disobey the draft laws out of conscience, and that we may be required not to prosecute them, but rather to change our laws or adjust our sentencing procedures to accommodate them. The simple Draconian propositions, that crime must be punished, and that he who misjudges the law must take the consequences, have an extraordinary hold on the professional as well as the popular imagination. But the rule of law is more complex and more intelligent than that and it is important that it survive.

Note 1 : I do not mean to imply that the government should always punish a man who deliberately breaks a law

he knows is valid. There may be reasons of fairness or practicality, like those I listed in the third paragraph, for not prosecuting such men. But cases like the draft cases present special arguments for tolerance; I want to concentrate on these arguments and therefore have isolated these cases.

## "La théorie du droit comme interprétation"

Ronald Dworkin

### Résumé

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

### Abstract

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

---

### Citer ce document / Cite this document :

Dworkin Ronald. "La théorie du droit comme interprétation". In: Droit et société, n°1, 1985. pp. 81-92;

doi : <https://doi.org/10.3406/dreso.1985.885>

[https://www.persee.fr/doc/dreso\\_0769-3362\\_1985\\_num\\_1\\_1\\_885](https://www.persee.fr/doc/dreso_0769-3362_1985_num_1_1_885)

---

Fichier pdf généré le 15/05/2018

# “La théorie du droit comme interprétation”

Ronald DWORKIN \*

## SUMMARY

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

## RÉSUMÉ

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

## I. Deux problèmes

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

L'affirmation et la négation de telles propositions sont des traits constitutifs de la pratique juridique, et elles fournissent à la philosophie du droit ses deux problèmes centraux. Le problème du sens demande ce que les pro-

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

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

un aspect ou composant « simplement » linguistique.

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

On pourrait dire cependant, que ces problèmes du sens et de la valeur de vérité ne sont pas les seuls sujets dont puisse traiter la théorie du droit. Je suis d'accord, mais je voudrais ajouter que, lorsque la philosophie du droit étudie des questions plus typiquement « sociologiques » à propos de la pratique juridique, son travail, plutôt que d'être indépendant du problème du sens, cherche à en faire abstraction. Par exemple même pour attaquer les questions soulevées par la théorie juridique marxiste sur le lien entre le droit d'une communauté et les méthodes qu'elle utilise pour organiser et distribuer la production économique, il nous faut faire certaines hypothèses sur ce que sont les propositions de droit et sur les circons-

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

## II. La théorie orthodoxe

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

toute conviction morale ou politique que le philosophe pourrait avoir.

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

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

H.L.A. Hart rejette la description austinienne de l'autorité juridique comme le fait brut qu'il existe une habitude de commandement et d'obéissance aux commandements. Il dit que les fondements véritables du droit résident dans l'acceptation par la communauté dans son ensemble, d'une règle fondamentale (qu'il appelle « règle de reconnaissance ») qui assigne à des

personnes ou à des groupes donnés le pouvoir de créer du droit. Ainsi, quand des propositions de droit sont vraies, ce n'est pas seulement en vertu des commandements de gens, qui se trouvent jouir habituellement de l'obéissance, mais plus fondamentalement en vertu de conventions sociales qui représentent l'acceptation par la communauté d'un ensemble de règles investissant ces gens ou ces groupes du pouvoir de créer, par leurs décisions le cas échéant, du droit valide.

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

Si la solution générale du positivisme aux problèmes du sens et de la valeur de vérité était bonne, le désaccord théorique serait impossible ou pour le moins très rare. Comment les juristes et les juges pourraient-ils être en désaccord sur ce qui fait le droit, s'ils suivaient tous les mêmes règles (qu'ils soient ou non capables de formuler ces règles) pour dire ce qui fait qu'une proposition de droit est vraie ? La réponse positiviste, telle qu'elle apparaît dans les

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

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

La seconde version de la prétention selon laquelle le désaccord serait une sorte d'illusion est plus sophistiquée. Elle met l'accent sur l'importance de la distinction entre les usages « normaux » et « essentiels » du mot « droit » d'un côté, et les usages « à la limite » ou « pénombrés » du mot, de l'autre côté. Les règles d'utilisation des mots, souligne-t-elle, ne sont pas précises et exactes, elles créent des cas-limites ou pénombrés dans lesquels les gens parlent quelque peu différemment les uns des autres. Ainsi les juristes peuvent-ils utiliser le mot « droit » différemment dans des cas marginaux, quand certaines des conditions spécifiées dans la règle principale, mais pas toutes, sont satisfaites. Ceci explique, pour cette thèse, le désaccord dans les cas difficiles. Chacun utilise une version légèrement différente de la règle principale, et les différences deviennent manifestes dans ces cas spéciaux. A cet égard, poursuit cette thèse, notre usage de « droit » n'est pas différent de celui de nombreux autres mots dont nous jugeons qu'ils ne nous posent pas de problème. Nous tombons tous d'accord, par exemple, sur l'usage courant de « maison ». Si quelqu'un niait que les résidences individuelles, qui bordent les rues de banlieue ordinaires, sont des maisons, ce serait tout simplement qu'il ne comprendrait pas la langue anglaise. Néanmoins il y a des cas-limites. Les gens ne suivent pas tous exactement la même règle pour décider ce qu'est une maison, et ceci explique pourquoi certaines personnes diraient que le Palais de Buckingham est une maison et d'autres non.

Selon cette défense plus sophistiquée du positivisme, les juristes ne prétendent nullement tromper le public, ni ne cherchent à le faire. Ils croient vraiment être en désaccord sur l'état du droit mais c'est un faux désaccord, comme dans la discussion sur le Palais de Buckingham. De notre point de vue, en tant que critiques, il est préférable de penser que leur discussion porte sur la correction, sur ce que le droit

devrait être, parce que nous comprendrons mieux le processus juridique si nous utilisons « droit » seulement pour décrire ce qui se situe au cœur de ce concept, c'est-à-dire si nous l'utilisons pour couvrir seulement les propositions de droit vraies d'après la règle centrale ou principale que chacun accepte pour l'usage du mot « droit » comme, par exemple, les propositions du code de la route. Il serait préférable que les juristes et les juges utilisent eux-mêmes « droit » de cette manière, tout comme il serait préférable que personne ne conteste la classification correcte du Palais de Buckingham mais au contraire que chacun soit d'accord pour utiliser « maison » dans le même sens dans tous les cas possibles. Ainsi le positivisme juridique, défendu de cette manière, a-t-il un caractère réformateur tout autant que descriptif, mais la réforme n'a que la clarté pour but et ne cherche pas à faire prévaloir une conception particulière de morale politique.

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

doigts croisés montre les juges comme des menteurs bien intentionnés, la thèse des cas-limites en fait des niais.

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

Imaginons, pour voir la différence, deux discussions que des critiques ou des historiens d'art pourraient avoir sur le point de savoir si la photographie doit être considérée comme une forme d'art ou la branche d'un art. (a) Il pourrait se faire qu'ils soient en accord sur la mesure dans laquelle la photographie est semblable aux activités qu'ils reconnaissent tous comme des exemples-types d'art, non controversés : la peinture et la sculpture, par exemple, et sur la mesure dans laquelle elle en diffère. Ils pourraient être d'accord, donc, pour considérer que la photographie est, au plus, un cas limite d'art. Puis ils pourraient probablement aussi tomber d'accord pour juger que la décision de la placer ou non dans la catégorie « art » est essentiellement arbitraire, que c'est une question de convenance ou de facilité d'exposition, mais qu'il n'y a pas, sinon, de raison véritable de discuter du point de savoir si la photographie est « réellement » un art. (b) Il

pourrait se faire qu'ils aient une discussion d'un type totalement différent. Un groupe soutiendrait que (quoi qu'en pensent les autres) la photographie est un exemple central d'art, peut-être l'archétype de l'activité artistique, que toute autre conclusion serait la preuve d'une incompréhension profonde de l'essence de l'art. Leurs adversaires défendraient le point de vue contraire d'après lequel toute compréhension solide du caractère essentiel de l'art montre que la photographie est totalement en dehors, d'après lequel les techniques photographiques sont profondément étrangères aux ambitions artistiques. Ce second type de discussion porte sur ce que l'art, correctement compris, est réellement ; les gens qui sont en désaccord de cette manière, ont des idées très différentes sur ce qui permet même aux formes d'art qu'ils reconnaissent les uns et les autres — la peinture et la sculpture — de revendiquer ce titre. Les discussions qu'ont les juges et les juristes au sujet des propositions de droit dans les cas difficiles sont des discussions de cette seconde catégorie, des discussions-pivots, tests de principes fondamentaux, non pas des discussions-limites sur l'endroit où tracer une ligne reconnue comme arbitraire. Les discussions sur la bonne manière de lire une loi, par exemple, sont des discussions profondes qui reflètent les différents ensembles de présupposés sur ce qui fait qu'une proposition de droit tirée d'une loi est vraie, et pas seulement à la limite quand il n'est pas évident que la proposition soit vraie du tout, mais au « cœur » aussi, quand tout le monde est d'accord pour dire qu'elle est vraie mais en désaccord sur le pourquoi.

### III. Les concepts interprétatifs

Ainsi le projet des théories sémantiques, le projet d'extraire des règles communément admises d'une étude minutieuse de ce que disent et font les juristes semble voué à l'échec, parce que l'existence indéniable d'un désaccord

théorique montre qu'il n'y a pas de telles règles communément admises. Mais cela suggère une autre question. Pourquoi les positivistes ne voient-ils pas ce défaut sérieux de leurs présupposés ? Les symptômes sont classiques et mon diagnostic ordinaire. Ils souffrent d'un blocage. Alors quel est ce blocage ?

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

J'appellerai cet argument qui a fait un tel ravage dans la philosophie du droit, la piqûre du dard sémantique. Les gens en sont victimes quand ils ont une certaine représentation du fonctionnement du langage. Ils pensent que nous pouvons parler intelligemment entre nous si — et seulement si — nous acceptons tous de suivre les mêmes règles quand nous décidons de l'usage de chaque mot, même si nous ne pouvons pas dire exactement, comme un philosophe pourrait espérer le faire, quelles sont ces règles. Vous et moi pouvons discuter intelligemment du nombre de livres que j'ai sur mon étagère par exemple, seulement si nous sommes d'accord, au moins approximativement, sur ce qu'est un livre. Si vous ne comptez pas mon exemplaire de *Moby Dick* comme un livre, notre

discussion ne peut qu'être dépourvue de sens. Tous nos mots ne fonctionnent pas de la même manière cependant. Nous utilisons certains mots, par exemple, pour donner des interprétations, souvent controversées, d'une pratique sociale à laquelle nous participons, et alors nos accords et désaccords ont un sens non pas parce que nous obéissons à des règles communes mais parce que nos interprétations concurrentes s'exercent sur le même matériau. « Droit » est un mot de ce genre ; ou plutôt il l'est normalement quand il figure dans des propositions de droit.

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

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

Ma description a supposé une considération particulière de ce que l'interprétation, décrite de manière très abstraite, est réellement. Dans le contexte que j'ai à l'esprit, c'est une activité qui consiste à essayer d'imposer une cohérence à la conduite qui constitue une pratique sociale, et imposer une cohérence signifie proposer une explication ou un sens cohérents dont cette conduite puisse être considérée comme une expression ou un exemple. Très souvent — voire de manière générale — les faits ne détermineront qu'en partie l'explication. Aussi un interprète a-t-il besoin de critères pour choisir entre les différentes interprétations que permettent les données brutes de la conduite, même s'il n'a pas conscience qu'il a de tels critères. Il doit être guidé par quelque idée de l'avantage qu'il y aurait à imposer un certain sens aux faits en question. Je suggère que, dans les cas normaux, les interprètes supposent, dans les thèses particulières qu'ils soutiennent, que l'objet premier de l'interprétation est de lire le matériau interprété comme s'il était le mieux adapté possible à l'entreprise à laquelle il est censé se rattacher. Ainsi une interprétation d'une chose supposée être une œuvre d'art s'efforce de la voir le plus possible comme une œuvre d'art, etc...

Dans ma communauté imaginaire, donc, les discussions sur le point de savoir si la courtoisie exige ou non une conduite particulière — qu'un homme cède sa place dans un autobus à une femme, par exemple — seraient des discussions sur l'interprétation. Chaque partie proposerait un sens qui pourrait être tenu pour rendant compte de la pratique historique. Selon l'un de ces sens, l'institution, rendue plus

cohérente, demanderait quelque chose que d'après l'autre elle rejetterait. La discussion porterait ensuite sur quel est le sens qui concorde le mieux avec la pratique, en général, ou bien qui la montre sous un meilleur jour. Seraient engagées dans le débat aussi bien les convictions morales et sociales des antagonistes que les conduites qu'ils observent.

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

#### IV. Nouvelle visite à la philosophie du droit

Ce que je prétends, c'est que le droit, en tant que cette idée figure dans les propositions de droit, est un concept interprétatif, comme la courtoisie dans l'exemple que j'ai imaginé. Si j'ai raison, la description suivante de la décision judiciaire pourrait nous convenir. Les juges forgent, au cours de leur carrière et conformément à leurs propres convictions et à leur caractère, des théories opératoires sur la meilleure interprétation des différents niveaux et de différentes parties des pratiques juridiques de leur ressort. Ils élargissent ces théories et s'appuient sur elles quand ils sont confrontés à des problèmes nouveaux et difficiles, ils s'ef-

forcent de résoudre les cas difficiles de manière cohérente, dans toute la mesure du possible, avec ce qu'ils considèrent comme la meilleure interprétation des décisions que prennent ou qu'ont prises d'autres juges dans de tels cas. Quand ils ne sont pas d'accord sur le droit, leurs désaccords sont interprétatifs. Si deux juges sont en désaccord sur la manière dont les lois devraient être interprétées ou sur le poids qui devrait être donné à des précédents non applicables directement, cela reflète d'ordinaire un désaccord plus profond sur la meilleure interprétation générale des pratiques judiciaires de leur communauté, donc, un désaccord sur la manière de rendre compte de cette pratique qui la montre sous son meilleur jour, du point de vue de la morale politique. Les interprétations combattent aux côtés des parties à la barre.

Les philosophes du droit sont dans le même cas que le philosophe de la courtoisie que nous avons imaginé. Ils ne peuvent pas produire des théories sémantiques du droit qui soient utiles. Ils ne peuvent pas exposer les règles fondamentales communes que les juristes suivent quand ils collent des étiquettes juridiques sur des faits, parce que de telles règles n'existent pas. Les théories générales sur les circonstances dans lesquelles les propositions de droit sont vraies, sont des interprétations abstraites. Elles sont abstraites parce qu'elles ont pour but d'interpréter le sens principal et la structure générale de la pratique juridique et non l'une de ses composantes. Mais en dépit de leur abstraction, elles demeurent des interprétations : elles essaient de montrer une pratique juridique en son entier sous son meilleur jour. Aussi, aucune frontière bien définie ne sépare la philosophie du droit du jugement judiciaire ou de tout autre aspect de la pratique juridique. Les philosophes du droit discutent de la partie générale, du fondement interprétatif que doit avoir tout argument juridique. Il est possible de renverser la proposition. Tout argument

juridique pratique, aussi détaillé et limité soit-il, suppose un fondement général exactement du même genre que celui présenté par la philosophie du droit, et quand des fondements rivaux s'opposent, il en suppose un et rejette les autres. Aussi, toute motivation judiciaire est-elle elle-même un morceau de philosophie du droit, même quand la philosophie se cache dans le silence d'un prologue, et que l'argument visible est dominé par la citation et la description des faits. La philosophie du droit est la partie générale du jugement judiciaire.

Toute interprétation abstraite de la pratique juridique — toute « conception » du droit — déploiera, comme idée de base, un exposé de la manière dont les pratiques et les procédures habituelles des systèmes de droit modernes contribuent à la justification de la contrainte collective. La législation — la pratique qui consiste à reconnaître comme droit les décisions explicites d'autorités spéciales généralement considérées comme ayant ce pouvoir — est une partie saillante de notre paysage juridique où le précédent occupe, lui aussi, une place importante. Aussi toute conception adéquate doit-elle fournir une réponse à la question de savoir pourquoi des lois adoptées selon des procédures particulières et les décisions judiciaires anciennes devraient en elles-mêmes fournir une justification à l'intervention ultérieure de l'autorité publique. Aucune conception ne doit justifier tous les traits de la pratique qu'elle prétend interpréter : comme toute interprétation, elle peut condamner certaines de ses données en affirmant qu'il s'agit d'une erreur, inconsistante avec la justification qu'elle propose pour le reste, et elle peut peut-être suggérer que cette erreur soit abandonnée. Une conception du droit pourrait essayer de montrer, par exemple, que l'explication générale de la législation qui fournit globalement la meilleure justification de cette institution exige, contrairement à la pratique qui prévaut actuellement, que les lois anciennes et démodées soient traitées comme

n'étant plus du droit. Diverses conceptions du droit s'opposeront, simplement parce qu'elles différeront ainsi dans leurs exposés post-interprétatifs de la pratique juridique, dans leurs opinions sur la bonne manière d'étendre la pratique à des domaines, des sujets ou des procédures qui font actuellement l'objet d'une controverse. Ces opinions controversées sont le tranchant d'une conception du droit, et c'est pourquoi les cas difficiles constituent le meilleur théâtre pour évaluer leur force.

## V. Les théories sceptiques et le droit inique

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

A l'apogée des théories sémantiques, les philosophes du droit s'inquiétaient de savoir si les empires du Mal avaient vraiment un droit. Les règles sémantiques étaient censées capter l'usage général de « droit », et en conséquence concerner les affirmations que les gens font non

seulement sur leur propre système juridique, dans lequel ils participent comme membres à une pratique continue, mais aussi sur des systèmes juridiques passés ou étrangers, très différents. C'était, par exemple, un argument très répandu contre les théories du droit naturel au sens fort, qui prétendent qu'un schéma d'organisation politique doit satisfaire à certaines normes de justice minima simplement pour être considéré comme un système juridique, alors que notre pratique linguistique ne refuse pas le titre de droit à des schémas dont l'immoralité est évidente. Nous disons que les nazis avaient un droit bien que ce fût un droit inique. Ce fait de notre pratique linguistique était largement considéré comme un argument contre toutes les théories jus-naturalistes et en faveur du positivisme, dont l'un des axiomes est que l'existence d'un droit est indépendante de sa valeur.

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

Mais il ne s'ensuit pas qu'un juriste qui trouve la meilleure explication du droit anglo-américain dans un trait manquant totalement au

régime nazi doit nier que les nazis aient eu un droit. Sa théorie n'est pas une théorie sémantique sur tous les usages du mot « droit », mais une théorie interprétative sur les conséquences d'une attitude interprétative à l'égard de son propre système. Il pourrait, d'une manière linguistiquement correcte, soutenir que les nazis avaient vraiment un droit. Nous saurions ce qu'il veut dire. Il voudrait dire que le système nazi peut être reconnu comme la réalisation historique de pratiques et d'institutions générales sur lesquelles notre propre culture juridique s'est aussi développée. C'est-à-dire que c'est un droit, dans ce que nous pourrions appeler un sens « pré-interprétatif ».

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

les règles et les procédures justifient vraiment la contrainte. Son jugement est en fait un genre particulier de jugement politique, pour lequel son langage, si le contexte le rend clair, est tout à fait approprié. Nous ne pouvons pas le comprendre complètement, bien sûr, si nous ne connaissons pas l'interprétation du sens des systèmes juridiques qu'il préfère. Mais nous saisissons le sens de sa démarche : nous savons la direction dans laquelle il va argumenter, s'il continue son discours.

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

La sensibilité au contexte sera encore plus importante quand il s'agira d'une question plus précise, plus spécialisée, plus pratique qu'une simple question de classement ou de critique d'un système juridique étranger et très différent. Supposez que la question se pose d'une manière ou d'une autre, par exemple, de la décision que doit prendre un juge, dans un système étranger que nous désapprouvons — le juge Siegfried, par exemple — à propos d'un cas difficile qui y est soulevé. L'objectif a changé,

parce que cette question exige, non pas simplement la comparaison générale d'un système étranger avec le nôtre, mais une interprétation indépendante de ce système, sur un point particulier.

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

Supposez, cependant, qu'à la réflexion, ce ne soit pas exactement notre position. Car, nous pourrions trouver quelque chose dans l'histoire des pratiques juridiques de la communauté de Siegfried qui justifierait *une certaine* revendication de droit par une partie donnée dans un procès donné en instance devant lui, en dépit de l'iniquité intrinsèque du système politique, et malgré notre conviction que ces

pratiques dans l'ensemble, sont si mauvaises qu'elles ne peuvent être soutenues par aucune interprétation générale. Supposez, par exemple, que le procès en question porte sur un contrat ordinaire, d'où semble exclu tout problème de discrimination raciale ou politique ou tout autre élément de tyrannie. Nous pourrions penser que le plaignant dans ce cas a un droit général de gagner, simplement parce que les lois et les précédents applicables lui donnent ce droit. Notre opinion pourrait, dans un autre cas, être plus réservée. Supposez que le procès d'une certaine manière concerne une législation discriminatoire ou injuste pour une autre raison. Supposez que le défendeur soit juif et que le demandeur ait invoqué quelque loi refusant aux juifs des moyens de défense permis aux aryens dans les affaires de contrats. Nous pourrions encore estimer que les faits qui viennent d'être mentionnés justifient un droit *faible*, du demandeur à gagner, bien que nous soyons désireux d'ajouter que ce droit faible succombe, tout bien considéré, face à un droit moral concurrent du défendeur de telle sorte que Siegfried devrait néanmoins faire tout ce qui est en son pouvoir — même mentir sur le droit en vigueur si nécessaire — pour aboutir au rejet de la demande.

Nous pouvons rendre ces problèmes politiques encore plus difficiles en augmentant la

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

**Partie III : de la polyphonie des opinions et discours (défendables) sur la validité d'un instrument ou d'une règle juridiques**

**Document 5 : l'exemple de la conformité à la Charte sociale européenne, donc de la validité en Droit français, de l'ordonnance « Macron » plafonnant les indemnités dues pour licenciement illégal**

- a) Article 10 de la convention n°158 de l'Organisation internationale du travail sur le licenciement, conclue le du 22 juin 1982, ratifiée par la France le 16 mars 1989 et EV pour la France douze mois plus tard :**

« Si les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention [un organisme impartial tel qu'un tribunal, un tribunal du travail, une commission d'arbitrage ou un arbitre] arrivent à la conclusion que le licenciement est injustifié, et si, compte tenu de la législation et de la pratique nationales, ils n'ont pas le pouvoir ou n'estiment pas possible dans les circonstances d'annuler le licenciement et/ou d'ordonner ou de proposer la réintégration du travailleur, ils devront être habilités à ordonner le versement d'une indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée. »

\*

- b) Article 24.4 de la Charte sociale européenne (CSE) du 2 mai 1996, ratifiée par la France le 7 mai 1999, date à laquelle elle a également accepté la procédure de réclamation collective ; la Charte lie la France depuis « le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période d'un mois » après la date du dépôt de son instrument de ratification :**

« « L'indemnité ou toute autre réparation appropriée en cas de licenciement sans motif valable doit être déterminée par la législation ou la réglementation nationales, par des conventions collectives ou de toute autre manière appropriée aux conditions nationales ».

\*

- c) Comité européen des droits sociaux (chargé de l'application de la Charte par les États qui sont parties), 8 septembre 2016, *Finnish Society of Social Rights c. Finlande* (recevabilité et bien fondé), réclamation n°106/2014, §45 :**

« les mécanismes d'indemnisation sont réputés appropriés lorsqu'ils prévoient : le remboursement des pertes financières subies entre la date du licenciement et la décision de l'organe de recours ; la possibilité de réintégration ; des indemnités d'un montant suffisamment élevé pour dissuader l'employeur et pour compenser le préjudice subi par la victime »

\*

**d) Article L1235-3 du Code du travail – Version en vigueur du 24 septembre 2017 au 01 avril 2018 – Modifié par Ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 – article 2**

Si le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis.

Si l'une ou l'autre des parties refuse cette réintégration, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur, dont le montant est compris entre les montants minimaux et maximaux fixés dans le tableau ci-dessous. (...)

En cas de licenciement opéré dans une entreprise employant habituellement moins de onze salariés, les montants minimaux fixés ci-dessous sont applicables, par dérogation à ceux fixés à l'alinéa précédent : (...)

Pour déterminer le montant de l'indemnité, le juge peut tenir compte, le cas échéant, des indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture.

Cette indemnité est cumulable, le cas échéant, avec les indemnités prévues aux articles L. 1235-12, L. 1235-13 et L. 1235-15, dans la limite des montants maximaux prévus au présent article.

\*

**e) C. Const. 21 mars 2018, n°2018-761 DC, « Loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social », §§84-91 (extrait ; les grasses sont ajoutées) :**

**84.** Les députés soutiennent que les deuxième à septième alinéas de l'article L. 1235-3 du code du travail, qui instituent un barème d'indemnisation en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, seraient contraires à la Constitution. Ils estiment tout d'abord que ces dispositions contreviendraient à la garantie des droits dès lors que la faiblesse des plafonds d'indemnisation prévus serait insuffisamment dissuasive et qu'elle permettrait, en conséquence, à un employeur de licencier un salarié de manière injustifiée. Ils considèrent ensuite que serait également méconnu le principe d'égalité devant la loi dans la mesure où le barème fixé par le législateur prend en compte, en ce qui concerne le salarié, le seul critère de l'ancienneté à l'exclusion d'autres critères tels que l'âge, le sexe ou les qualifications, caractérisant son préjudice. Enfin, ces dispositions porteraient une atteinte disproportionnée au droit à être indemnisé d'un préjudice, garanti par l'article 4 de la Déclaration de 1789. En effet, d'une part, les plafonds fixés pourraient conduire, lorsque l'ancienneté du salarié est faible, à une indemnisation dérisoire au regard de la réalité de son préjudice. D'autre part, ils ne permettraient pas d'indemniser justement les préjudices subis, dès lors que les indemnités dues par l'employeur en cas d'irrégularité de procédure dans la conduite du licenciement ou en cas de non-respect de la priorité de réembauche se cumulent, dans la limite de ces plafonds, avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

85. En premier lieu, aux termes de l'article 4 de la Déclaration de 1789 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ». Il résulte de ces dispositions qu'en principe, tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. La faculté d'agir en responsabilité met en œuvre cette exigence constitutionnelle. Toutefois, cette dernière ne fait pas obstacle à ce que le législateur aménage, pour un motif d'intérêt général, les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée. Il peut ainsi, pour un tel motif, apporter à ce principe des exclusions ou des limitations à condition qu'il n'en résulte pas une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs.

86. D'une part, en fixant un référentiel obligatoire pour les dommages et intérêts alloués par le juge en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, **le législateur a entendu renforcer la prévisibilité des conséquences qui s'attachent à la rupture du contrat de travail. Il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général.**

87. D'autre part, l'indemnité ainsi encadrée a pour objet de réparer le préjudice né d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et, le cas échéant, celui né de l'absence de respect de la priorité de réembauche et de la méconnaissance des procédures de consultation des représentants du personnel ou d'information de l'autorité administrative ou de l'obligation de mise en place d'un comité social et économique. Les montants maximaux de cette indemnité fixés par la loi varient, **selon l'ancienneté du salarié**, entre un et vingt mois de salaire brut. Il ressort des travaux préparatoires que ces montants ont été déterminés en fonction des « moyennes constatées » des indemnités accordées par les juridictions. Par ailleurs, conformément aux dispositions de l'article L. 1235-1 du code du travail, ces maximums ne sont pas applicables lorsque le licenciement est entaché d'une nullité résultant de la violation d'une liberté fondamentale, de faits de harcèlement moral ou sexuel, d'un licenciement discriminatoire ou consécutif à une action en justice, d'une atteinte à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, de la dénonciation de crimes et délits, de l'exercice d'un mandat par un salarié protégé ou des protections dont bénéficient certains salariés.

88. Il résulte de ce qui précède que la dérogation au droit commun de la responsabilité pour faute, résultant des maximums prévus par les dispositions contestées, n'institue pas des restrictions disproportionnées par rapport à l'objectif d'intérêt général poursuivi.

89. En second lieu, d'une part, le législateur peut, sans méconnaître le principe d'égalité, moduler l'indemnité maximale due au salarié licencié sans cause réelle et sérieuse dès lors qu'il retient, pour cette modulation, **des critères présentant un lien avec le préjudice subi**. Il en est ainsi du critère de l'ancienneté dans l'entreprise. D'autre part, **le principe d'égalité n'imposant pas au législateur de traiter différemment des personnes placées dans des situations différentes, il n'était pas tenu, de fixer un barème prenant en compte l'ensemble des critères déterminant le préjudice subi par le salarié licencié**. En revanche, il appartient au juge, dans les bornes de ce barème, de prendre en compte tous les éléments déterminant le préjudice subi par le salarié licencié lorsqu'il fixe le montant de l'indemnité due par l'employeur.

90. Dès lors, la différence de traitement instituée par les dispositions contestées ne méconnaît pas le principe d'égalité devant la loi.

91. Il résulte de tout ce qui précède que les deuxième à septième alinéas de l'article L. 1235-3 du code du travail, qui ne méconnaissent pas non plus la garantie des droits ni aucune autre exigence constitutionnelle, sont conformes à la Constitution.

\*

f) **Cons. prud'h. Troyes, 13 déc. 2018, n° 18/00036 (suivi par d'autres dans les jugements suivants : Cons. prud'h. Caen, 18 déc. 2018, n°17/00193 ; Cons. prud'h. Amiens, 19 déc. 2018, n° 18/00040 ; Cons. prud'h. Lyon, 21 déc. 2018, n°18/01238) :**

« l'article L.1235-3 du Code du travail [...] **ne permet pas aux juges d'apprécier les situations individuelles** des salariés **injustement** licenciés dans leur globalité et de réparer de manière **juste** le préjudice qu'ils ont subi ».

« De plus, ces barèmes **ne permettent pas d'être dissuasifs** pour les employeurs qui souhaiteraient licencier sans cause réelle et sérieuse un salarié. Ces barèmes **sécurisent davantage les fautifs que les victimes et sont donc inéquitables** ».

g) **Cons. prud'h. Grenoble, 19 janv. 2019, n° 18/00989 :**

**Le barème « décourage en outre les salariés d'agir en justice** pour faire valoir leurs droits au regard d'espoir d'indemnisation dérisoire, alors qu'en application de la convention 158 de l'OIT, **le droit de n'être licencié que pour un motif valable est un droit fondamental** (article 4), et que sa violation exige d'habiliter le Juge "à ordonner le versement d'une indemnité adéquate" à défaut de réintégration possible (article 10). »

\*

h) **C. cass., Avis n° 15012 du 17 juillet 2019 - Formation plénière pour avis - (Demande d'avis n°R 19-70.010), Barème d'indemnisation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse 19-70.010 Conseil de prud'hommes de Louviers**

Vu les articles L. 441-1 et suivants du code de l'organisation judiciaire et 1031-1 et 1031-2 du code de procédure civile ;

Vu la demande d'avis formulée le 10 avril 2019 par le conseil de prud'hommes de Louviers, reçue le 23 avril 2019, dans une instance opposant M. X... Y... à la société Sanofi Pasteur, et ainsi libellée :

« L'article L.1235-3 du code du travail, qui prévoit, en cas d'ancienneté du salarié licencié égale ou supérieure à une année complète et inférieure à deux années complètes, une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse minimale d'un mois et une indemnité maximale de deux mois, est-il compatible avec les articles 24 de la Charte sociale européenne et 10 de la Convention n° 158 de l'OIT, en ce qu'ils prévoient le droit pour le salarié licencié de percevoir une indemnité adéquate, ainsi qu'avec le droit au procès équitable protégé par la Convention Européenne des Droits de l'Homme ? » ;

Vu l'ordonnance du 3 juillet 2019 du premier président ;

Sur le rapport de Madame le conseiller Anne Leprieur, assistée de Mme Aurélie Noël, auditeur au service de documentation, des études et du rapport et les conclusions de Madame le premier avocat général Catherine Courcol-Bouchard, entendue en ses observations orales ;

Vu les observations écrites et orales de la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy pour M. Y..., demandeur, le Syndicat des avocats de France et la Confédération française démocratique du travail (CFDT), intervenants, de la SCP Fabiani, Luc-Thaler et Pinatel pour la société Sanofi Pasteur, défenderesse et l'association Avosial, intervenante, de Maître Haas pour la Confédération générale du travail (CGT-FO), intervenante, de la SCP Gatineau et Fattaccini pour le Mouvement des entreprises de France (MEDEF), intervenant, de la SCP Didier et Pinet pour la Confédération générale du travail (CGT) et l'Union syndicale solidaires, intervenants et de la SCP Lyon-Caen et Thiriez pour la Confédération française de l'encadrement (CFE CGC), intervenante ;

Le Syndicat des avocats de France et l'association Avosial ne justifiant pas d'un intérêt, au sens de l'article 330 du code de procédure civile, à intervenir dans la procédure d'avis qui n'est pas susceptible d'entraîner des conséquences pour l'ensemble de leurs adhérents, leurs interventions volontaires sont irrecevables.

MOTIFS :

- I - Sur la recevabilité de la demande d'avis :

La compatibilité d'une disposition de droit interne avec les dispositions de normes européennes et internationales peut faire l'objet d'une demande d'avis, dès lors que son examen implique un contrôle abstrait ne nécessitant pas l'analyse d'éléments de fait relevant de l'office du juge du fond.

- II - Sur le fond :

Selon l'article L. 1235-3 du code du travail, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, dont les dispositions sont applicables aux licenciements prononcés postérieurement à la publication de ladite ordonnance, si le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur, dont le montant est compris entre des montants minimaux et maximaux.

Il en résulte notamment que cette indemnité, pour un salarié ayant une année complète d'ancienneté dans une entreprise employant au moins onze salariés, est comprise entre un montant minimal d'un mois de salaire brut et un montant maximal de deux mois de salaire brut.

1.- S'agissant de la conventionnalité de ce texte au regard de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qu'il convient de distinguer entre ce qui est d'ordre procédural et ce qui est d'ordre matériel, cette distinction déterminant l'applicabilité et, le cas échéant, la portée des garanties de l'article 6 de la Convention, lequel, en principe, ne peut s'appliquer aux limitations matérielles d'un droit consacré par la législation interne (CEDH, 29 novembre 2016, Paroisse gréco-catholique Lupeni et autres c. Roumanie, n° 76943/11).

Dès lors, les dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail, qui limitent le droit matériel des salariés quant au montant de l'indemnité susceptible de leur être allouée en cas de licenciement

sans cause réelle et sérieuse, ne constituent pas un obstacle procédural entravant leur accès à la justice, de sorte qu'elles n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 6, § 1, précité.

2.- S'agissant de la compatibilité de l'article L. 1235-3 du code du travail avec l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée, selon la partie II de ce dernier texte :

« Les Parties s'engagent à se considérer comme liées, ainsi que prévu à la partie III, par les obligations résultant des articles et des paragraphes ci-après.

[...]

Article 24 – Droit à la protection en cas de licenciement

En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection en cas de licenciement, les Parties s'engagent à reconnaître :

a) le droit des travailleurs à ne pas être licenciés sans motif valable lié à leur aptitude ou conduite, ou fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service ;

b) le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée.

A cette fin les Parties s'engagent à assurer qu'un travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement sans motif valable ait un droit de recours contre cette mesure devant un organe impartial »

Eu égard à l'importance de la marge d'appréciation laissée aux parties contractantes par les termes précités de la Charte sociale européenne révisée, rapprochés de ceux des parties I et III du même texte, les dispositions de l'article 24 de ladite Charte ne sont pas d'effet direct en droit interne dans un litige entre particuliers.

3.- Selon l'article 10 de la Convention internationale du travail n° 158 sur le licenciement de l'Organisation internationale du travail (OIT), qui est d'application directe en droit interne :

« Si les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention arrivent à la conclusion que le licenciement est injustifié, et si, compte tenu de la législation et de la pratique nationales, ils n'ont pas le pouvoir ou n'estiment pas possible dans les circonstances d'annuler le licenciement et/ou d'ordonner ou de proposer la réintégration du travailleur, ils devront être habilités à ordonner le versement d'une indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée. »

Le terme "adéquat" doit être compris comme réservant aux Etats parties une marge d'appréciation.

En droit français, si le licenciement est dénué de cause réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise. Lorsque la réintégration est refusée par l'une ou l'autre des parties, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur dans les limites de montants minimaux et maximaux.

Le barème prévu par l'article L. 1235-3 du code du travail est écarté en cas de nullité du licenciement, par application des dispositions de l'article L.1235-3-1 du même code.

Il s'en déduit que les dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail, qui prévoient notamment, pour un salarié ayant une année complète d'ancienneté dans une entreprise employant au moins onze salariés, une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse comprise entre un montant minimal d'un mois de salaire brut et un montant maximal de deux mois de salaire brut, sont compatibles avec les stipulations de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT.

En conséquence,

LA COUR EST D'AVIS QUE :

Les dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail, dans leur rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, qui prévoient notamment, pour un salarié ayant une année complète d'ancienneté dans une entreprise employant au moins onze salariés, une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse comprise entre un montant minimal d'un mois de salaire brut et un montant maximal de deux mois de salaire brut, n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Les dispositions de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée ne sont pas d'effet direct en droit interne dans un litige entre particuliers.

Les dispositions précitées de l'article L. 1235-3 du code du travail sont compatibles avec les stipulations de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail.

Président : Mme Flise, président doyen faisant fonction de premier président Rapporteur : Mme Leprieur, assistée de Mme Aurélie Noël, auditeur au service de documentation, des études et du rapport Avocat général : Mme Courcol-Bouchard, premier avocat général Avocat (s) : SCP Thouvenin, Coudray et Grévy - SCP Fabiani, Luc-Thaler et Pinatel - Maître Haas - SCP Gatineau et Fattaccini - SCP Didier et Pinet - SCP Lyon-Caen et Thiriez

**C. cass. Avis n° 15013 du 17 juillet 2019 - Formation plénière pour avis - (Demande d'avis n°S 19-70.011) (contenu relativement similaire)**

\*

**i) News 2022 – Licenciement abusif : la France viole la Charte sociale européenne, 26 septembre 2022 ([www.coe.int/fr](http://www.coe.int/fr)) :**

Dans une [décision](#) rendue publique aujourd'hui, le Comité européen des droits sociaux du Conseil de l'Europe ([CEDS](#)) considère que **le plafonnement des indemnités prud'homales en cas de licenciement injustifié constitue une « violation » de la Charte sociale européenne** (article 24b).

Dans leurs réclamations (n°[160/2018](#) et n°[171/2018](#)), **la CGT-FO et la CGT demandaient au CEDS de déclarer que les réformes du code du travail** introduites par l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 **sont contraires à l'article 24** (droit à une protection en cas de licenciement) de la Charte au motif qu'elles instaurent un plafonnement de l'indemnisation en cas de licenciement sans motif valable. Les deux organisations soutenaient que **cela ne permet pas** aux victimes de licenciements injustifiés **d'obtenir** par la voie judiciaire interne **une réparation adéquate** par rapport au préjudice subi **et dissuasive pour les employeurs** et que ces réformes ne garantissent pas un droit de recours effectif contre la mesure de licenciement **abusif**. Le Comité a adopté sa décision sur le bien-fondé le 23 mars 2022.

(...)

\*

## j) Le barème prud'homal contesté par le Comité européen des droits sociaux

Dans une décision qui vient d'être publiée, le CEDS estime que le barème en cas de licenciement abusif institué en 2017 contrevient à la Charte européenne des droits sociaux. Cette décision **n'aura cependant pas d'impact sur la jurisprudence.**

Par Leïla de Comarmond

Publié le 28 sept. 2022 à 7:45

Le Comité européen des droits sociaux (CEDS) avait été saisi en 2018 par Force ouvrière et la CGT sur le barème de dommages et intérêts pour licenciement abusif instauré en France par la réforme du Code du travail de 2017. Les deux centrales syndicales dénonçaient le non-respect de la Charte sociale européenne de cette disposition dont Emmanuel Macron avait fait un marqueur fort du début de son premier quinquennat.

Le CEDS a donné raison aux deux confédérations. Dans une décision publiée ce lundi, l'instance composée de 15 experts dont la Française Eliane Chemla tient la vice-présidence considère que **les plafonds du barème « ne sont pas suffisamment élevés » pour permettre au juge de « réparer le préjudice réel »** subi par le salarié et que la France viole donc l'article 24 de la Charte sociale européenne qui affirme « le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ».

**Cette décision rejoint un argument régulièrement avancé par les salariés et leurs conseils** dans les [contentieux sur le licenciement abusif](#) depuis l'entrée en vigueur des ordonnances Macron.

### 1. UNE DECISION SIMILAIRE SUR LE BAREME ITALIEN

**Cette conclusion du CEDS n'est pas vraiment une surprise.** Elle est en effet dans la lignée de celle qu'il a [rendue en février 2020 concernant l'Italie](#) qui, en mars 2015, soit deux ans et demi avant la France, avait instauré un barème similaire dans le cadre de son « job act ».

Dans sa nouvelle décision, « le CEDS insiste sur le fait que la réparation doit avoir un effet dissuasif alors que les plafonds français, notamment pour les anciennetés faibles, sont très bas », note la chercheuse Tatiana Sachs, maître de conférences en droit à l'Université Paris-Nanterre.

**Cela n'aura cependant pas d'impact sur la jurisprudence établie au printemps. La Cour de cassation avait alors tranché**, affirmant dans [deux arrêts en date du 31 mai](#), que **l'article 24 de la charte n'était pas, contrairement à d'autres, d'application directe**, ce qui veut dire qu'il ne peut être invoqué dans un contentieux entre personnes privées.

## 2. PAS DE VALEUR CONTRAIGNANTE

Dans ce contexte, sachant que ses décisions n'ont pas de valeur contraignante, **la [sic.] CEDS n'a pas de réels moyens de pression sur le législateur français.** « Contrairement à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme ou de la Cour européenne de justice, le pouvoir politique est **libre de mettre en œuvre ou pas un changement de législation** », explique le professeur de droit social Jean-Emmanuel Ray.

Il reste cependant une autre voie juridique qui pourrait être explorée : si la Charte n'est pas applicable directement dans les litiges entre particuliers, **un salarié pourrait engager une action en responsabilité contre l'État du fait du préjudice créé en raison du non-respect de ses engagements internationaux.**

Leïla de Comarmond

\*

k) Schultz, « Des subjectivités reconfigurées – Réflexions sur la réforme de barémisation des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse », *Droits – Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, 2021/1, n°74 (extraits) :

**La controverse autour de ce barème** n'est évidemment pas qu'un débat purement juridique, et démontre bien plutôt **un affrontement entre deux visions de ce qu'est et doit être le travail et son droit ; deux « paradigmes »**, selon la terminologie d'Adalberto Perulli<sup>12</sup> et de Frédéric Géa.<sup>13</sup> **Le paradigme enregistré par les conventions internationales** précitées  **vise à concevoir le droit du travail comme** une forme de résistance aux abus du capitalisme, **une manière d'assurer la sécurité physique et économique du salarié**, d'améliorer ses conditions de travail, et ce, notamment, en limitant le pouvoir de l'employeur. Paradigme marqué par un antagonisme, une conception conflictuelle de la société et de l'entreprise – divisées en différentes classes sociales concurrentes –, et du social et de l'économique, ainsi que par une conscience des relations de pouvoir entre personnes privées. **Le paradigme « nouveau »**, lui, **semble déplacer cet antagonisme en dehors des portes de l'entreprise – entre les *insiders* et *outsiders* – et, si ce n'est soumettre le social à l'économique, au moins affirmer que la promotion du premier dépend de la promotion du second.** Compte tenu du postulat en vertu duquel ce qui est bon pour l'entreprise est bon pour la société, et donc pour les salariés, plus aucun obstacle ne devra être imposé à la « raison économique ».

**Le droit du travail devient une méthode d'organisation économiquement viable de l'entreprise, et toutes les conséquences doivent être tirées de l'hypothèse de rationalité : l'entrepreneur**, s'il connaît toutes les informations importantes dans le processus décisionnel, **pourra prendre la décision qui favorisera le plus ses intérêts et ceux de la société – au sens strict (juridique) et étendu (politique) – ici l'on remarquera l'influence des thèses néoclassiques sur le droit, mariage dont l'évident enfant est le mouvement *Law and Economics*.** D'où la nécessité d'une prévisibilité des conséquences de ses actes, à la base de la **montée en puissance du principe de sécurité juridique** et de la réforme de la barémisation. Pour que ces entreprises puissent être efficaces, les forces productives doivent pouvoir être adaptées à

la demande, cette répercussion du risque d'entreprise sur ceux qui étaient alors protégés au prix du renoncement à une part de leur liberté, les salariés, s'appelle la flexibilisation.

Pour résumer, **là où le paradigme ancien postule l'antagonisme entre employeur et salarié et en conclut la nécessité de la protection de ce dernier, le nouveau présuppose l'identité des intérêts de ces deux catégories sur le plan macroéconomique** – si l'entreprise est libérée il y aura l'emploi –, et tend donc à nier ou dénier les différences entre celles-ci : le salarié n'est plus protégé par un statut rigide – issu d'un contrat-condition<sup>14</sup> –, il doit s'assouplir devant les lois du marché. **Ce qui, il y a une centaine d'années, pouvait être appelé « droit ouvrier », doit aujourd'hui se plier à une exigence de compétitivité et de rentabilité, qui n'a pas, au moins en apparence, pour but de favoriser une classe ou une autre, mais de permettre le plein emploi – et l'employabilité – par l'efficacité économique.**

Cette soumission du droit du travail à l'impératif économique est très bien documentée, les thèses de Tatiana Sachs<sup>15</sup> ou de Gwenola Bargain<sup>16</sup> sont sur ce point éclairantes. Il ne s'agit donc pas ici de dépeindre l'économie ou de faire la généalogie de ces paradigmes, mais bien plutôt de s'attacher à un aspect – ou un effet –, de ce passage de l'ancien au nouveau monde. **Transformation qui fut, au fond, au principe d'une indignation lisible dans les propos des juridictions frondeuses. Si le législateur avait oublié qu'en effet, le licenciement – illégal – d'un salarié, mettant en cause sa compétence professionnelle – le savoir-faire – et même parfois sa personnalité – le savoir être<sup>17</sup> – pouvait avoir un grave impact moral, en plus de financier, sur celui-ci, les juridictions dissidentes se sont employées à le lui rappeler.**

Un licenciement n'est pas simplement à voir, en ce qui nous concerne, comme la rupture d'un contrat commercial entre deux partenaires égaux, mais, dans certains cas, peut être une véritable remise en cause de la personne du salarié, de son aptitude, de son identité. Le travail n'est pas qu'une tâche mécanique exécutée en échange d'un salaire, c'est aussi – et l'on pourrait le déplorer –, une grande part de l'identité sociale d'un individu. La promotion d'un nouveau paradigme du droit du travail prônant rationalité économique et compétitivité, supportée par un barème ayant précisément pour but de lisser les différentes situations de travail et d'harmoniser leur traitement, a porté un coup à la considération apportée à la subjectivité au travail. Cette dernière peut être considérée différemment selon les discours et les différentes visions du droit du travail ; le paradigme nouveau, derrière un discours de rationalisation économique des relations interindividuelles.

(...)

**Le rapport de J. Tirole et O. Blanchard [largement à l'origine de la réforme] est éloquent sur la perception du juge que peuvent avoir certains économistes libéraux. En vertu du principe de rationalité, « l'action de l'entreprise est nécessairement conforme à ses préférences, donc il ne peut être économiquement justifié de contrôler les motifs de son action, seules les conséquences de cette action doivent être évaluées ».**<sup>19</sup> Partant, « la décision de licencier ou de ne pas licencier [même sans cause réelle et sérieuse] doit être laissée aux entreprises. Le juge et l'administration ne doivent pas se substituer au jugement du chef d'entreprise »<sup>20</sup> car « ils n'en ont ni la compétence ni en général l'information nécessaire, sans mentionner le manque de critères précis guidant leur intervention ».<sup>21</sup> Le juge n'est tout simplement pas apte à juger de l'utilité d'un licenciement, seule l'entreprise, qui doit pouvoir prendre en compte l'impact économique et social d'une telle mesure – d'où la nécessaire prévisibilité –, le peut. **C'est l'une des conséquences de l'occultation des raisons de l'action dans l'analyse économique du Droit, remplacées par la notion d'utilité. Et puisqu'une entreprise bien informée qui licencie le fait forcément**

**rationnellement, le juge est relégué à un rôle de contrôle de la procédure. Le juge est ainsi inféodé aux grilles de calcul établies par le « législateur », ou plutôt par le gouvernement qui, dans les deux cas, a agi par ordonnance ou décret législatif. Ici semble être réactivée, dans son versant économique, une vieille méfiance envers le juge, qui ne doit être que la « bouche de la loi ».**

(...)

Le juge apparaît donc également restreint dans le cumul des indemnités résultant d'un vice de fond et de forme.

**Cette vision de la place du juge**, ainsi que les impératifs économiques auxquels sont soumis le Droit du travail à travers cette réforme, **ont été activement contestés par la justice**. Les juges de la *Corte costituzionale* et des conseils de Prud'homme frondeurs ne sont pas d'accord avec cette nouvelle circonscription de leur subjectivité. Du simple fait de cette fronde, premièrement, l'on constate **une réaffirmation du rôle judiciaire**. Cet arbitrage entre les intérêts des uns et des autres, entre la liberté d'entreprendre et le Droit au travail, marque la contestation du rôle de comptabilité assigné au juge, qui ne serait que l'opérateur d'un dispositif économique mis en place par l'exécutif. Au contraire, [le voilà qui juge] la pertinence de ce dispositif, et du paradigme nouveau dont il est la manifestation juridique, à la lumière d'une autre vision du droit du travail. **Vision tirée de conventions internationales ne partageant pas la même soumission absolue à l'objectif macroéconomique et qui prévoient spécifiquement un rôle important pour le juge. C'est, ensuite, sur le fond, contre la violation de la garantie des droits que se prononcent les juges.** Ce « droit de recours » se doit d'être effectif. Et comme l'écrit le Conseil de prud'homme de Grenoble, ce barème « décourage en outre les salariés d'agir en justice pour faire valoir leurs droits au regard d'espoir d'indemnisation dérisoire, alors qu'en application de la convention 158 de l'OIT, le droit de n'être licencié que pour un motif valable est un droit fondamental (article 4), et que sa violation exige d'habiliter le Juge "à ordonner le versement d'une indemnité adéquate" à défaut de réintégration possible (article 10). » Garantie des droits concernant la rupture du contrat de travail, mais également tous les autres droits sociaux attribués au salarié.

La *Corte Costituzionale* relève à ce titre, au paragraphe treize de sa décision, en se basant sur une décision ancienne, que « **la peur du licenciement, incite ou peut inciter le travailleur à renoncer à certains de ses droits** ».

**Cet effet ricochet de la facilitation du licenciement permet de comprendre à quel point les modalités de rupture de la relation de travail sont importantes quant à la détermination de celle-ci de son entièreté. Comment dire qu'il a des droits si, à chaque fois qu'il en use, le salarié est directement menacé de se faire licencier ? Pour lui, la sécurité juridique – mise au principe de la réforme – n'est ici qu'une vaine promesse.** L'argument de la défaillance de la garantie des droits *a posteriori* a été désamorcé par l'avis 15012 de la Cour de cassation précité, sous l'angle du droit au procès équitable. Alors que, selon l'avis de l'avocat général près la Cour de cassation, le demandeur estimait que le droit au procès équitable n'était plus garanti « lorsque le pouvoir du juge se retrouve ainsi drastiquement limité »<sup>29</sup>, le juge de cassation, suivant l'avocat général, a lui rappelé que ce droit n'était qu'une garantie procédurale – formelle – et pas matérielle, et qu'ainsi, **l'article L.1235-3 du Code du travail, ne limitant le droit à indemnisation des salariés que d'un point de vue matériel – en encadrant le montant des indemnités – ne pouvait constituer une violation de l'article 6§1 de la CESDH.**<sup>30</sup>

L'on sait pourtant que la dissuasion *a posteriori* du salarié licencié est empiriquement constatée. Le rapport annuel de performance de la mission justice de 2018 affirme une baisse du contentieux au Prud'homme de 15% en 2017,<sup>31</sup> que différentes sources journalistiques imputent précisément au nouveau barème.<sup>32</sup> Ainsi, si cette limitation « matérielle » ne porte

**pas atteinte, en droit, à l'accès au juge, ces éléments laissent penser qu'elles ont sociologiquement cet effet.**

12 Perulli, A., « Un nouveau paradigme pour le droit du travail. Entre néolibéralisme et néolabourisme », RDT, 2015, p.732.

13 Gea, Frédéric, « Un changement de paradigme », Dr. soc, 2018 p. 997.

14 Selon l'expression de George Scelle.

15 Sachs T., « La raison économique en droit du travail. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie. », LGDJ., 2013.

16 Bargain, G., « Normativité économique et droit du travail », LGDJ., coll. « Droit-économie », 2014.

(...)

19 Bargain, G, « Normativité économique et droit du travail », Ibid., P. 11, §63.

20 Blanchard, O., Tirole, J., « Protection de l'emploi et procédures de licenciement », Ibid., P. 10.

21 Blanchard, O., Tirole, J., « Protection de l'emploi et procédures de licenciement », Ibid., P. 9.

(...)

29 Av. gén. Courcol-Bouchard., C., concl. préc. Cass. avis 15012, 17 juillet 2019, 2.3.

30 Avis n° 15012 du 17 juillet 2019 - Formation plénière pour avis - (Demande d'avis n°R 19-70.010), II. 1.

31 Rapport annuel de performance la mission justice, 2018, disponible sur :

[https://www.performancepublique.budget.gouv.fr/sites/performance\\_publicque/files/farandole/ressources/2019/pap/html/DBGPGMOBJNDPGM166.htm](https://www.performancepublique.budget.gouv.fr/sites/performance_publicque/files/farandole/ressources/2019/pap/html/DBGPGMOBJNDPGM166.htm).

32 Par ex. : Bellan, M., « Pourquoi les recours aux prud'hommes chutent ? », LesEchos, 10 septembre 2018,

Boitet, O., « Le nombre de litiges aux prud'hommes en baisse : 15% en moins en 2017 », Le Parisien, 10 septembre 2018.