

TEXTE OLIVER WENDELL HOLMES JR (1841-1935)

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

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

9. En conséquence, il est manifeste que rien d'autre que la confusion de pensée ne peut naître du présupposé que les droits de l'homme au sens moral sont également des droits au sens de la Constitution et du droit. Indubitablement des cas simples et extrêmes peuvent être excipés de lois imaginaires que le législateur ne se hasarderait pas à voter même en l'absence d'interdictions constitutionnelles écrites parce que la communauté entrerait en lutte et en rébellion et cela donne une certaine plausibilité à la proposition selon laquelle le droit, s'il ne fait pas partie de la morale, est limité par elle. Cependant cette limite de pouvoir ne recouvre aucun système de morale. En grande partie, elle se situe loin à l'intérieur des lignes de tout système de ce type et, dans certains cas, elle peut passer loin à l'extérieur d'elles pour des raisons tirées des habitudes d'un peuple donné à un moment donné. J'ai entendu un jour le Professeur Agassiz dire qu'une population germanique se soulèverait si vous augmentiez de deux cents le prix d'un verre de bière. Une loi, en pareil cas, ne serait que des mots vides, non pas parce qu'elle serait mauvaise mais parce qu'elle ne pourrait pas être appliquée. Personne ne niera que des lois mauvaises peuvent être appliquées et le sont et nous devrions ne pas tomber tous d'accord sur celles dont il s'agit quand nous parlions de lois mauvaises.

10. La confusion qui me préoccupe, affecte des conceptions reconnues comme juridiques. Prenez la question fondamentale de ce qui constitue le droit. Vous trouverez quelques auteurs qui affirmeront que c'est différent de la jurisprudence des cours du Massachusetts ou d'Angleterre, qu'il s'agit d'un système de raison, qui repose sur une déduction à partir de principes d'éthique ou d'axiomes ou de je ne sais encore qui peut coïncider ou non avec les décisions. Par contre, si nous nous plaçons du point de vue de notre ami, le méchant, nous allons découvrir qu'il n'attache aucune importance aux axiomes ou aux déductions mais qu'il veut savoir ce qu'en fait, les cours du Massachusetts ou d'Angleterre feront vraisemblablement. Je partage amplement son opinion. La « prédiction » de ce que feront en fait les tribunaux, et rien de plus extraordinaire, voilà ce que j'appelle le droit (*the prophecies of what the courts will do in facts, and nothing more pretentious, is what I mean by the law*)

Oliver Wendell Holmes Jr., « La voie du droit » (*The Path of Law*), 1897