



Note introductive

Benjamin N. Cardozo (1870-1938) est un représentant de l'école de la « *sociological jurisprudence* ». Sa carrière de juge le conduisit jusqu'à la Cour Suprême des Etats-Unis où il succéda à Oliver Wendell Holmes, Jr. et siégea de 1932 à 1938. Auteur du célèbre ouvrage « *The Nature of the Judicial Process* » (1921) où il distingue quatre méthodes d'interprétation judiciaire (la méthode philosophique, la méthode de l'évolution, la méthode de la tradition et la méthode sociologique qu'il associe à un souci d'adaptation à la société et de conformité à la justice), il reconnaissait au juge un rôle créateur et insistait sur l'importance d'une connaissance approfondie des faits.

En s'intéressant, dans son article « Droit et littérature », à l'écriture judiciaire, il se faisait, après John H. Wigmore, un précurseur du courant du même nom qui, depuis le dernier quart du vingtième siècle occupe une grande place dans la théorie du droit américaine. Ronald Dworkin l'a illustré mais les deux représentants les plus emblématiques en sont James Boyd White avec son remarquable ouvrage « *The Legal Imagination* » de 1973 et Richard Weisberg dont le livre au titre évocateur, « *Poethics and Other Strategies of Law and Literature* » (1992), est peut-être plus connu, en France, dans le milieu des juristes.

Dans son numéro du 19 novembre 2010, l'*International Herald Tribune* annonçait les premiers résultats d'une étude sur les caractéristiques actuelles de l'écriture des décisions de la Cour Suprême des Etats-Unis, réalisée par Ryan J. Owens de Harvard et Justin Wedekind de l'Université du Kentucky et encore à paraître. Les observations de Benjamin N. Cardozo semblent toujours d'actualité.

DROIT ET LITTÉRATURE

BENJAMIN N. CARDOZO

(traduction de Benjamin N. Cardozo, « Law and Literature », in *Yale Review*, vol.14, 1925, p.699-718.)

Des amis me disent parfois qu'une opinion judiciaire n'a pas à se préoccuper d'être de la littérature. L'idole doit être laide, sinon on pourrait la prendre pour un être humain ordinaire. L'oracle qui doit être accepté sans objection ou hésitation, se doit de présenter une certaine austérité hautaine qui rechigne à courtiser les grâces. J'imagine que cette critique est en grande partie fondée sur une conception erronée de la signification réelle de la littérature ou, plus exactement peut-être, du style littéraire. A quelques-uns a été donnée une plus grande perspicacité. Il y a ceux qui ont senti que le condensé extrême, le style direct, court, incisif et impératif, celui qui parle le langage d'une autorité extérieure, suprême est compatible néanmoins avec la plus parfaite excellence littéraire. Un propos d'Henry Beyle, rappelé il y a peu par M. Strachey, va illustrer mon propos. Le romancier français avait l'habitude d'affirmer « qu'il n'y avait qu'un exemple du style parfait et que c'était le Code Napoléon ; car, là seulement, tout était subordonné à l'expression exacte et complète de ce qu'il y avait à dire. » [N. d. t. : citation retraduite de l'anglais.] Le pauvre homme était tellement tombé sous le charme de celui-ci qu'il avait pris l'habitude d'en lire quelques articles, chaque matin, avant le petit déjeuner. Je ne prône pas la substitution de ce régime à la gymnastique quotidienne. Certains parmi nous préfèrent que la littérature, comme la nourriture, nous soit présentée sous une forme moins concentrée. Je ne fais que suggérer que le morceau avalé à la hâte peut avoir une saveur particulière pour le palais connaisseur. Mais je suis excessif et j'exagère si je donne l'impression de peindre le tableau d'une opposition virulente qui soit autre chose que sporadique et exceptionnelle à une si aimable faiblesse que l'amour des arts et des lettres.

Une attitude plus commune chez les juristes est faite non pas d'opposition mais d'indifférence amusée ou cynique. Ainsi beaucoup nous laisserons entendre que se préoccuper de la forme est une perte de temps puisque seul

le fond importe. Je suppose que cela pourrait être vrai, si quelqu'un était capable de dire où finit le fond et où commence la forme. Les philosophes ont essayé, depuis quelques milliers d'années, de distinguer la substance de la simple apparence dans le monde de la matière. Je doute cependant qu'ils réussissent mieux quand ils tentent une pareille distinction dans le monde de la pensée. La forme n'est pas quelque chose qui s'ajoute à la substance comme un décor protubérant. Les deux se fondent dans une unité. Il y a peu, j'ai rencontré un paragraphe dans les lettres d'Henry James où il laisse s'exprimer son impatience face à ces tentatives de division de l'invisible. Il écrit à Hugh Walpole, aujourd'hui romancier bien en vue mais comparativement inconnu alors. « Ne vous laissez persuader par personne – il est des tas de nuls ignorants et fats qui militent en ce sens – que l'acharnement dans le choix et la comparaison ne sont pas l'essence même de l'art et que la Forme n'est pas la substance à un point tel qu'il n'y a absolument pas de substance sans elle. La forme seule *prend*, maintient et préserve la substance, la sauve de la confusion du vain verbiage dans lequel nous nageons comme dans un océan de pudding tiède et insipide. » C'est ce que je crois. L'argument exprimé avec force n'est pas le même que l'argument faiblement exprimé, pas plus que le « pudding tiède et insipide » n'est le même que celui qui nous est servi triomphalement dans toute la gloire de la lueur de la flamme. La force qui naît de la forme et la faiblesse qui naît du manque de forme sont en vérité des qualités de la substance. Ce sont les marques de l'identité de la chose. Elles font d'elle, ce qu'elle est.

Jusqu'à au moins, je ne crains pas trop l'opposition. Nous serons pour la plupart d'accord, je pense, pour considérer que non seulement le style n'est pas un mal dans le Sahara d'une opinion judiciaire [N. d. t. : c'est-à-dire de la motivation donnée par un juge à son vote] et que c'est même une bonne chose, s'il s'agit du style approprié. Là est la condition délicate qui contrôle la progression de la démonstration triomphale. Que doit-on juger comme le style approprié ou les styles appropriés, s'il y en a plusieurs ? Est-ce que les exemples des grands maîtres révèlent quelque uniformité de méthode qui puisse servir à l'enseignement du débutant ? S'il n'y a pas d'uniformité à découvrir, y aurait-il à tout le moins des types ou des standards ? Si les types ou les standards n'existent pas, les manifestations de génie, si éparses et sporadiques soient-elles ne vont-elles pas susciter l'intérêt et provoquer l'émulation ? Et quand la stimulation et l'intérêt sont absents, cette absence même ne pourrait-elle pas servir d'avertissement terrible quant à l'exemple à ne pas suivre ?

Je suppose qu'il ne fait aucun doute qu'en matière de style littéraire, la vertu souveraine pour un juge est la clarté. Le juge Veeder, dans son essai très intéressant et érudit, « A Century of Judicature » [N. d. t. : traduction du titre : « Un siècle de magistrature »] cite le commentaire de Brougham à

propos des opinions de Lord Stowell : si jamais des compositions humaines ont pu être louées comme lumineuses, ce sont ses jugements. » Comment ceux qui viendront après lui dans la même juridiction ou dans une autre parviendront-ils à ce niveau ou s'en approcheront-ils ? Il y a une exactitude qui se détruit elle-même par l'accumulation des détails ? Je dis souvent que l'on doit se permettre, de façon tout à fait sage et délibérée, une certaine marge d'imprécision. Bien sûr, il faut être très attentif à ne pas franchir la marge, tout comme le médecin doit prendre grand soin dans l'administration du poison qui en trop grande quantité tuera mais à des doses très faibles guérira. A l'opposé, la proposition peut être tellement surchargée de toutes les réserves possibles, qu'elle s'effondrera sous sa propre lourdeur. « Philosopher », dit Holmes, dans l'une de ses opinions – je le cite de mémoire incertaine peut-être inexacte –, « philosopher, c'est généraliser mais généraliser, c'est omettre. » Le tableau ne peut pas être peint si l'important et l'insignifiant sont également valorisés. On doit savoir quels choix faire. Toutes ces généralisations sont aussi faciles qu'évidentes mais, hélas, les appliquer est une épreuve difficile pour l'esprit humain. Ecrivez une opinion et relisez-la quelques années plus tard, alors qu'elle est disséquée par les mémoires des avocats. Vous apprendrez pour la première fois les limites du pouvoir du discours ou si ce ne sont pas celles du discours en général, pour le moins, celles de votre discours. Toutes sortes de lacunes, d'obstacles et d'empêchements apparaîtront sous votre regard aussi cruellement manifestes que les accidents du terrain aux yeux du golfeur. Quelquefois vous saurez que c'est vraiment de votre faute, auquel cas il ne vous restera qu'à vous frapper la poitrine et à espérer que vous en tirerez la leçon pour l'avenir. Quelquefois vous aurez le sentiment que la faute est du côté des avocats qui ont stupidement mal lu ce qui était évident, auquel cas bien que vous pestiez contre le barreau et le medium imparfait qu'est le discours, vous trouverez une consolation, même dans votre chagrin, en éprouvant le sentiment d'être la victime innocente. En de très rares moments, vous croirez que la mauvaise lecture est moins bête que volontaire, auquel cas vous serez avisé de garder vos sentiments pour vous. On s'étonne parfois de l'ingéniosité avec laquelle les textes les plus éloignés sont utilisés pour servir les besoins de l'argumentation ou comme parabole. Cependant la clarté, bien qu'elle soit la qualité souveraine, n'est pas la seule à devoir être recherchée et, même si c'était le cas, on peut y parvenir par de nombreuses approches. L'opinion a besoin de la force persuasive, de la vertu impressionnante de la sincérité et de l'ardeur, des pouvoirs mnémoniques de l'allitération et de l'antithèse, de la concision et de la vigueur du proverbe ou de la maxime. Négliger l'aide de ces alliés peut conduire à l'échec. Avec les pièges et les obstacles, avec les risques auxquels on est de tous côtés confrontés, seul l'aveuglement et l'indifférence nous empêcheront de nous tourner en toute humilité, pour aide et mise en garde vers l'étude des exemples.

La classification doit être provisoire, parce que les formes se recourent. En fouillant dans ma mémoire, il me semble discerner six types ou méthodes qui se distinguent assez nettement l'un de l'autre. Il y a le type magistral ou impérieux, le type laconique ou sentencieux, le type conversationnel ou simple, le type raffiné ou recherché qui sent la lampe et verse parfois dans la préciosité ou l'euphémisme, le type démonstratif ou persuasif et finalement le type haché ou agglutinant, ainsi appelé en raison du coupé collé qui en sont les ingrédients et l'emblème.

Je place en premier, parce qu'il vient au premier rang pour ce qui est de la dignité et de la puissance, le style magistral ou impérieux. Il évite les fioritures. Il est pauvre en exemples et en analogies. S'il argumente, il le fait avec la verticalité et la conviction irrésistible du syllogisme, rarement avec les tâtonnements expérimentaux vers une appréhension inductive d'une vérité imparfaitement discernée. Nous entendons la voix du droit s'exprimer par la bouche de ses ministres consacrés, avec le calme et l'assurance qui naissent d'un sentiment de maîtrise et de pouvoir. Ainsi semblait juger Marshall et le silence s'empare de nous encore aujourd'hui lorsque nous écoutons ses paroles. Son élocution était propre à remplir les cathédrales ou le plus exalté des tribunaux. « Le judiciaire », nous dit-il, « n'a jamais de volonté... Le pouvoir judiciaire n'est jamais exercé en vue de donner effet à la volonté des juges ; toujours en vue de donner effet à la volonté du législateur ; et, en d'autres mots, à la volonté du droit. » Le frisson est irrésistible. Nous partageons le mystère et la crainte de la révélation inspirée. Ses jugements les plus brillants sont construits à ce niveau d'exaltation et d'élévation. Le mouvement de la prémisse vers la conclusion est placé sous les yeux de l'observateur comme quelque chose de plus impersonnel que le fonctionnement d'un cerveau individuel. C'est la progression inévitable d'une force irrésistible. Le Professeur Corwin, dans « John Marshall and the Constitution », un très intéressant volume des « Chronicles of America », montre comment, même les contemporains de Marshall les plus critiques de son accroissement du pouvoir fédéral, étaient subjugués. « C'est faux, totalement faux, se lamentait John Randolph of Roanoke mais il n'est pas un seul homme dans tous les Etats-Unis qui puisse dire pourquoi et en quoi. » J'ai relu quelques-uns de ses jugements les plus célèbres : *Marbury v. Madison*, *Gibbons v. Ogden*, *McCulloch v. Maryland* ; tous portent la marque du grand style.

Ecoutez la voix du magistrat dans *Marbury v. Madison* : « La distinction entre un gouvernement aux pouvoirs limités et un gouvernement aux pouvoirs sans limite est abolie si ces limites ne cantonnent pas dans leurs compétences les personnes auxquelles elles sont imposées et si les actes interdits et les actes permis créent la même obligation. C'est une évidence

incontestable : ou bien la Constitution prévaut sur tout acte législatif qui est incompatible avec elle, ou bien le législateur peut changer la Constitution par un acte ordinaire. Il n'y a pas d'autre possibilité... Si deux lois sont en conflit, les cours doivent décider de l'application de chacune. Ainsi, dans le cas où une loi est contraire à la Constitution, si un cas s'inscrit dans le cadre de la Constitution et de la loi, si bien que la Cour doit décider ce cas conformément à la loi en faisant fi de la Constitution ou conformément à la Constitution en faisant fi de la loi, la Cour doit déterminer laquelle de ces règles en conflit gouverne le cas. C'est l'essence même du devoir judiciaire.» Rien ne fait doute ici ; il n'y a pas d'échappatoire ; les frontières sont claires et les lignes nettes. « Il n'y a pas de moyen terme. » Le choix qui est fait, est « de l'essence même du devoir judiciaire. » La voix a retenti. Que les méchants l'entendent et obéissent.

La même impression de conviction calme et assurée se retrouve dans certains jugements de Lord Mansfield. L'esclave Somerset, capturé sur la côte de l'Afrique, est vendu en servitude en Virginie et amené en Angleterre par son maître. Le cas est présenté devant Mansfield sur la base d'une demande en *habeas corpus* : « La condition d'esclave est d'une nature telle qu'elle ne peut pas être invoquée sur quelque fondement que ce soit, moral ou politique, mais exclusivement sur la base d'un droit positif qui a préservé sa force longtemps après que les raisons, les circonstances et le temps même de sa création se soient effacés des mémoires. Il est si odieux que rien ne peut permettre de le soutenir, sauf le droit positif... Peu m'importent les supposées motivations des juges (« *dicta* »), si éminents soient-ils, si elles sont contraires à tous les principes. Les justifications (« *dicta* ») citées ont probablement été mal comprises et en tout cas elles doivent être écartées. La servitude, lorsqu'elle a existé dans ce pays, était différente à de nombreux égards de l'esclavage dans les Indes Occidentales. Le seigneur n'aurait pas pu, à titre individuel ou collectif, enchaîner son serviteur et l'envoyer dans les Indes Occidentales pour l'y vendre et qu'il travaille dans une mine ou un champ de canne à sucre. De toute manière, la servitude a disparu en Angleterre et on ne peut pas la faire renaître. L'air anglais a été pendant longtemps trop pur pour qu'un homme puisse y être esclave et tout homme qui le respire, est libre. Tout homme qui vient en Angleterre a droit à la protection du droit anglais, quelle que soit l'oppression qu'il ait pu subir jusqu'alors et quelle que soit la couleur de sa peau. '*Quamvis ille niger, quamvis tu candidus esses.*' Que le nègre soit libéré. »

Ainsi parlent les hommes quand ils ont conscience de leur pouvoir. Il n'est pas nécessaire de se justifier, si l'on est la bouche de la divinité. Le style ira de pair avec l'état d'esprit.

J'ai dit que rien ne peut égaler en dignité et en puissance la méthode que j'ai caractérisée comme magistrale et impérieuse. Un changement de philosophie du droit a conduit à l'utilisation d'autres méthodes, plus conciliantes et modestes. Le développement du droit est conçu de plus en plus comme un processus d'adaptation et d'ajustement. Ses ministres avancent de timides approximations expérimentales qui devront faire leurs preuves à l'aune d'un test pragmatique de vérité. Une opinion dissidente du juge Brandeis, qui date d'un petit nombre de mois illustre de façon frappante cette attitude d'esprit. Dans son argumentation en faveur de la limitation d'une règle qui s'est avérée inutilisable, il déclare : « De telles limitations de principes antérieurement énoncés et de tels désaveux explicites de justifications (« *dicta* ») sont souvent nécessaires. C'est un incident inéluctable dans la recherche par les cours de dernier ressort de la règle véritable. Le processus d'inclusion et d'exclusion, si souvent appliqué dans le développement d'une règle, ne peut pas être clos lors de sa première énonciation. La règle telle qu'annoncée doit être considérée comme expérimentale. Il en va ainsi parce que les faits nombreux et variés auxquels elle sera appliquée sont imprévisibles. La modification implique une croissance. C'est la vie du droit. »

Il n'est pas possible d'aborder le droit dans cet esprit de quête prudente sans que le changement de point de vue ne se traduise par un changement de style et de forme. Les universaux seront maniés avec davantage de parcimonie sous l'empire d'une telle philosophie qu'aux jours où la loi de nature nous donnait des faits supposés éternels et inébranlables. Cependant il y a des moments aujourd'hui où la méthode magistrale est utilisée par des hommes qui savent qu'ils maîtrisent leur art (« *that they are masters of their calling* »). Elle sert encore dans les champs où un certain principe établi doit être appliqué à des faits nouveaux ou quand son aire d'extension ou d'exclusion est relativement évidente ou étroite. Mais, hélas, même alors ce sont les maîtres seuls qui se sentent assez sûrs d'eux-mêmes pour se passer des démarches et des étapes intermédiaires pour sauter à la conclusion ; nous éprouvons, pour la plupart, un tel manque d'assurance, nous sommes tellement assaillis par le doute et les difficultés que nous ressentons un besoin de justifier chaque point par des analogies et des précédents et par un alignement de raisons. Les maîtres se contentent de dire : « Les élus comprendront, il est inutile d'écrire pour les autres. » Cette humeur est peut-être discernable dans certaines opinions du juge Oliver Wendell Holmes. L'esprit lent, incapable de s'adapter au rythme de sa pensée, dira qu'il est difficile à suivre. S'il en est ainsi, c'est simplement parce qu'il fait des pas de géant. Cependant les géants sont rares et, dans l'ensemble, même si nous ne sommes pas des Pygmées, l'allure de l'homme ordinaire est, pour nous, la manière la plus sûre d'avancer. Nous tâtonnons et pressentons la voie à

prendre. Ce que nous offrons dans notre jugement est une hypothèse. Ce n'est plus un commandement divin.

Je passe à d'autres types qui s'imbriquent les uns dans les autres en d'insensibles gradations, le laconique et le sentencieux et le conversationnel ou le simple. Ces méthodes ont toujours été présentes dans l'histoire de notre droit. Les recueils sont remplis d'adages de sagesse et d'illustrations simples, l'épigramme, le jeu de mots, le bon mot. Ce n'est peut-être qu'une phase de cette utilisation de la maxime ou du proverbe qui est la caractéristique des systèmes juridiques dans les premiers stades de leur développement. Le Doyen Pound, dans un article récent, a retracé la croissance et montré la fonction de la maxime en mettant à profit toutes les ressources de son immense érudition. Si la prévalence et l'importance de la maxime ont décrû maintenant que les vérités du droit sont devenues trop complexes pour être ramassées dans une formule, le recours au propos laconique ou sentencieux pour véhiculer et implanter ce qui pourrait sinon se perdre ou se disperser n'a pas ralenti. Qui pourra résister à l'adjuration de Lord Nottingham : « S'il vous plaît, que nous résolvions les cas ici de telle sorte qu'ils puissent apparaître comme l'expression de la raison de l'humanité lorsqu'ils seront débattus à l'étranger. » Y a-t-il une armure capable de résister à la force d'une réflexion telle que celle de Lord Bowen : « L'état d'esprit d'un homme est tout autant un fait que l'état de sa digestion » ? Dans le voisinage de l'épigramme se tient l'illustration simple qui va son chemin et s'enfonce profondément du fait de son appel à l'expérience courante. Dans le maniement de ces armes, les juges anglais sont passés maîtres. Le précepte peut être incertain au départ. Il devient inébranlable quand le juge l'inscrit dans la réalité quotidienne et l'y installe comme frère d'une exigence de décence ou de prudence que nous avons toujours observée dans notre vie. Peut-être la parenté n'est-elle pas si proche ou si visible qu'il est suggéré. Qui de nous aura la hardiesse de douter de la réalité du lien quand il est si affablement présenté comme évident aux yeux de tous ? Le dénominateur commun impose le silence et suffit à satisfaire. La règle qui est ancrée dans l'identité ou dans l'analogie à des croyances ou des pratiques coutumières est ressentie – et cela à juste titre – comme enracinée dans la réalité. Nous glissons vers l'acquiescement quand le refus semble mettre en question notre appartenance à la foule. Un lien doit aussi être établi avec le sentiment de compagnonnage qu'éveillent en nous les juges lorsqu'ils ont l'air, dans leur discours, de faire de nous des partenaires dans le processus délibératif. « Je suis tout à fait d'accord avec mon très honorable et érudit ami collègue. » Il nous semble que nous sommes introduits dans les mystères de la salle de délibérations, dans les « arcanes » sacro-saintes auxquelles les non-initiés n'ont pas accès », pour reprendre les propos du Professeur Powell. Etant donné une telle atmosphère, l'aplomb et

la combativité faisant le reste, le produit pénètre notre être dans toutes ses fibres.

Je limite mes exemples, même si ceux-ci abondent. Prenez ces développements de Lord Bramwell : « De ce qu'un homme meure d'une attaque cardiaque dans un wagon de chemin de fer, il ne s'ensuit pas *prima facie* que sa veuve et ses enfants puissent saisir la justice, de même que si l'homme a un verre dans sa poche et qu'il s'asseye dessus et se blesse, il n'y a pas quelque chose qui demande une réponse ou une explication de la part de la compagnie. » Ou ceci de Lord Blackburn dans *Smith v. Chadwick* : « Si, avec l'intention de pousser le demandeur à agir, ils énoncent une proposition dont ils savent qu'elle peut recevoir deux significations dont l'une à leur connaissance est fausse et qu'ainsi le demandeur, s'il lui attribue ce sens, est induit en erreur, je ne pense pas qu'ils puissent s'en sortir en disant qu'il aurait dû choisir l'autre. S'ils louvoient avec lui sur un double sens, il se peut qu'ils mentent comme la vérité mais je pense qu'ils mentent et qu'il y a fraude. » On pourrait citer d'autres exemples à l'infini. Une remarquable toile a été finement tissée par la casuistique et la voilà dissipée d'un seul souffle par la simple affirmation de Lord Esher, dans *Ex parte Simonds*, que la Cour ne saurait souffrir qu'un de ses agents fasse « une chose aussi minable. » Si le mot minable n'avait pas été retenu et qu'indigne ou déshonorant lui avait été substitué, je suppose que le sens aurait été à peu près le même. Mais quelle perte en valeur émotionnelle, il en aurait résulté ! Tel que c'est dit, nous sentons le picotement du sang échauffé par le ressentiment nous monter aux joues. Pour les bonnes choses qui peuvent en être citées, pour les aphorismes prégnants, pour les pierres de touche d'application immédiate, les opinions des juges anglais sont une source d'enseignement et un inépuisable trésor de joies.

De telles qualités, dans l'ensemble, sont plus rares chez nous, cependant nous avons un juge, maintenant même, qui peut rivaliser avec les meilleurs de ses confrères anglais, passés comme présents, dans l'art de concentrer en une phrase toute la phosphorescence d'une page. Si je me mets à fouiller dans les opinions du juge Holmes pour en tirer des citations, je ne sais pas très bien où je vais m'arrêter. Néanmoins la fidélité à un maître me pousse à ne pas renoncer. L'emprunt sera minuscule, fait au hasard, un simple échantillon des richesses que le glaneur peut prélever où il veut. Ceci peut donner un aperçu de la qualité épigrammatique de son style : « Le Quatorzième amendement, lui-même produit de l'histoire, n'a pas privé les Etats d'une histoire et n'y a pas substitué des mécanismes juridiques tous parfaitement identiques. » Ou cela : « Nous courons le risque d'oublier qu'un désir fort, partagé d'améliorer la condition commune ne suffit pas à justifier la réalisation de ce désir par un chemin plus court que la façon constitutionnelle de payer pour le changement. » Ou encore cela : « Les

obligations juridiques qui existent mais ne peuvent faire l'objet d'une application forcée sont des fantômes qui hantent le droit mais restent insaisissables. » Ou enfin, les mots de la dissidence solennelle, l'impression produite, rehaussée par la connaissance que la cause est déjà perdue : « La persécution à raison de l'expression des opinions me paraît parfaitement logique. Si vous ne doutez pas de vos prémisses ou de votre pouvoir et désirez obtenir un certain résultat de tout votre cœur, vous exprimez naturellement vos souhaits dans le droit et balayez toute opposition. Permettre l'opposition par le discours semble indiquer que vous pensez que le discours est impuissant, comme lorsqu'un homme dit qu'il a opéré la quadrature du cercle, ou que vous vous moquez du résultat ou que vous doutez soit de votre pouvoir, soit de vos prémisses. Cependant quand les hommes réalisent que le temps est venu à bout de nombreuses convictions en belligérance, il se peut qu'ils parviennent à croire, encore plus qu'ils ne croient les fondements de leur propre conduite, que le bien ultime désiré est mieux atteint par le libre commerce des idées – que le meilleur test de vérité est le pouvoir d'une pensée à se faire accepter dans la concurrence du marché et que la vérité est le seul fondement sur lequel leurs souhaits peuvent se réaliser avec certitude. Ceci est en tout cas la théorie de notre Constitution. C'est une expérience, comme toute vie est une expérience. Chaque année, sinon chaque jour, il nous faut jouer notre salut sur une prophétie fondée sur une connaissance imparfaite. Tant que cette expérience fait partie de notre système, je pense que nous devrions être éternellement vigilants face aux tentatives faites pour contrôler l'expression des opinions que nous méprisons et croyons mortifères, à moins qu'elles ne constituent une menace imminente d'interférence immédiate avec les buts légitimes et pressants du droit, telle qu'une réaction immédiate est nécessaire pour sauver le pays. »

Il existe un autre type ou une autre méthode dont j'ai parlé comme étant raffiné ou recherché, sentant un peu la lampe. A côté de ses mérites, il comporte aussi ses dangers, parce que s'il n'est pas bien maîtrisé, il verse parfois dans la préciosité et l'euphuisme. Convenablement contrôlé, il est parfaitement adapté aux cas dans lesquels une finesse de précision est requise. Je ne vois pas de meilleur outil lorsque l'objet de la discussion est l'interprétation d'une volonté avec toutes ses ramifications, ses ombres et ses nuances, le tracé fin et fragile qui doit être préservé net et intact. Le juge Finch de la Cour d'appel de New York était un adepte de l'écriture d'opinions qui donnent une impression de précision et de raffinement. Parfois celle-ci suggère un léger et gentil sarcasme qui sert quelquefois de refuge au porte-parole d'un minorité formulant sa dissidence. A titre d'exemple, je citerai une opinion dissidente dans une controverse électorale qui a provoqué en son temps une vive opposition. La majorité avait conclu, en dépit des dispositions de la Constitution qui font de chaque Chambre

législative le juge des élections, des résultats et de l'éligibilité de ses membres, que les cours pouvaient refuser de venir en aide à un prétendant à une telle fonction si elle jugeait, selon sa propre conception de ce qu'était le droit, qu'il était inéligible. Le juge Finch s'élève contre cette conclusion : « Et ainsi », dit-il, « je renie la doctrine affirmée de l' « Invocation » ; d'un droit à faire le mal de façon qu'il en sorte un bien ; d'une usurpation judiciaire excusable ; et si cette doctrine a pu quelque part jeter son emprise dangereuse et destructrice sur notre droit, ce que je ne crois pas, elle doit en être résolument chassée. Mais ne nous laissons pas abuser. Outrepasser nos compétences n'est pas même excusable : ni les circonstances, ni la nécessité n'y invitent. Un moment plus tard, il a peur de s'être laissé emporter. Il termine sur le ton de l'excuse et de la déférence : « Si ce que j'ai dit ne convainc pas la majorité de la Cour, rien de ce que je dirai ne pourra la convaincre. J'ai cherché dans la fidélité et, j'espère, avec le respect qui convient, car il est bien certain que je n'entendais pas y manquer, à mettre en évidence l'erreur qu'il me semble, elle est en train de faire. A elle, cependant, reviennent la responsabilité et ses conséquences. »

Une telle méthode a son charme et son attrait bien qu'on éprouve parfois le désir de quelque chose de plus robuste et de plus puissant. Le moment est venu de passer au type que j'ai caractérisé comme démonstratif ou persuasif. Il n'est pas sans ressemblance avec le type magistral ou impérieux, il en diffère néanmoins par l'ampleur du développement, un recours plus libre à l'exemple, à l'analogie, à l'histoire et au précédent, en bref par un ton qui suggère davantage la recherche scientifique de la vérité et rappelle moins la prêtresse sur son trépied. La liste est longue des juges qui ont utilisé la méthode avec distinction. Je pense que l'œuvre de Charles Andrews, qui fut pendant de nombreuses années juge à la Cour d'appel de New York avant d'en devenir Président, en constitue une brillante illustration. Pour décrire la qualité de ses opinions, je peux reprendre les termes employés dans un hommage posthume où il était dit que « La majesté de son apparence personnelle se reflétait dans son style judiciaire, dans la progression ferme, assurée de ses opinions, de prémisses bien établies vers des conclusions inévitables. » Une telle méthode, bien suivie, présente un équilibre et une clarté qui en font un moyen admirable pour parvenir à des jugements mûrement réfléchis. La forme n'est pas un simple épiderme. C'est l'ossature et la chair elle-même du jugement.

Mon résumé des styles peut donner une impression morne de solennité et de lourdeur. Les pointes d'humour ne sont pas absentes, cependant la forme d'opinion qui cherche à faire de l'humour du début à la fin est une aventure périlleuse qui ne peut se justifier que par le succès et même alors elle risque de rencontrer presque autant de critiques que d'éloges. Bernard Shaw raconte l'histoire d'un homme qui souhaitait consulter les écrits du grand

naturaliste Buffon et qui provoqua l'étonnement des employés de la librairie en demandant pompeusement et solennellement : « Auriez-vous les livres du célèbre Bouffon ? » L'une des difficultés que présente l'opinion pleine d'humour est qu'elle expose au risque de quitter la classe des Buffon où nous aimer nous trouver pour passer à celle des célèbres Bouffons. La transition est parfois désespérément rapide et une fois qu'on a été admis dans cette classe, il est difficile, voire impossible, d'escalader le mur pour rejoindre la précédente. Néanmoins, il est des sujets dont seuls ceux qui sont armés d'une force de résolution hors du commun ont pu débattre sans succomber à la tentation de prouver leur sens de l'humour. Un chien ou un chat ou un cheval si c'est à l'occasion d'un marché aux chevaux, déclenche des accès inattendus d'hilarité et éventuellement de tendresse chez les juges que vient émouvoir le spectacle du cinéma de la vie.

L'opinion du juge Allen sur le « code duel » chez les chiens fut globalement un beau succès mais elle a donné l'idée à d'autres de tenter d'en faire autant et le résultat n'a pas été le même. Il existe une opinion du Baron Bramwell qui traite des propensions des porcs. Une barrière était défectueuse et des porcs errants ont mis à mal une voiture de trolley. La décision était que la barrière aurait dû être suffisamment résistante pour protéger le propriétaire voisin contre l'intrusion non pas de tous les porcs mais des porcs « d'une vigueur et d'une obstination moyenne ». « De même », écrit l'érudit Baron, « nous ne prétendons pas qu'il doit y avoir une barrière si serrée et si solide qu'aucun porc ne pourrait passer au travers ou assez haute pour qu'aucun cheval ou taureau ne puisse la franchir en sautant par-dessus. Il serait difficile de fixer les limites d'une telle exigence parce que la force des porcs est telle qu'ils passeront au travers d'à peu près tout enclos si quelque chose de l'autre côté les y incite suffisamment. Par contre l'entreprise avait l'obligation d'édifier une barrière telle qu'un porc sans disposition particulière à la fugue et non soumis à une tentation excessive ne la défoncerait pas. » Peut-être l'humour de cette règle était-il plus involontaire que planifié. Certains pourront partager le point de vue de Sir Frederick Pollock que la décision était presque la caricature de l'idée générale de « l'homme raisonnable. » En tout cela mon propos n'est pas de donner à penser qu'une opinion est moins bonne si elle prête à sourire. Je ne fais que recommander la prudence. Je trouve cependant d'autres envolées et digressions plus douteuses qu'humoristiques. A une époque pas si lointaine, les juges étaient prompts à embellir leurs opinions par la citation de poètes. J'aurai, vis-à-vis de cette pratique, le ton de civilité qui convient envers les disparus.

Je pensais, dans cette digression à un humour conscient et intentionnel. Peut-être aurais-je dû faire de l'opinion qui est humoristique ou enjouée un type à part mais j'ai préféré la traiter de manière incidente parce que je n'ai

pas connaissance que jamais un juge n'y ait eu recours de façon constante ou autrement que dans de rares occasions. De l'humour, aussi inconscient et involontaire, peut être mis à jour dans les recueils, si nous prenons la peine de l'y dénicher. Il m'est arrivé un jour de rassembler pour ma gouverne et pour mon amusement quelques bijoux enfouis dans les opinions de l'une de nos juridictions locales, au temps où elle avait sa propre branche d'appel et rendait des décisions qui étaient fidèlement reproduites. Malheureusement j'ai perdu mes notes mais quelques exemples sont encore présents à mon esprit. La question à résoudre était la mesure dans laquelle le plaidoyer pouvait être amendé lors du procès. Le principe décisif était ainsi explicité : « le lit qu'ont fait les plaideurs et dans lequel ils se sont maintenus jusqu'au procès ne doit pas être ensuite abandonné par elles. Elles doivent s'y tenir jusqu'à ce que le jury rende son verdict. » Je sais que les Lois sur la procédure (« *Practice Acts* ») modernes ont balayé ce principe et que le plaideur qui donne à son adversaire l'impression de somnoler innocemment peut maintenant sauter du lit au dernier moment et se révéler très éveillé. C'est la doctrine nouvelle mais où trouvez-vous un exposé plus vivant de la doctrine d'un autre âge qui dépréciait la surprise et la hâte et trouvait normal que la justice elle-même ait le privilège de la sieste ? Je me souviens aussi d'une charge devant un jury, jamais publiée mais qui mérite sûrement d'être conservée : « Dans ce cas », disait le juge du procès, « je crois que Me A. (l'avocat du demandeur) connaît aussi bien le droit que Me B. (l'avocat du défendeur) et que Me B. connaît aussi bien le droit que Me A. mais je suis persuadé que moi-même, en ma qualité de juge, connaît autant le droit que l'un et l'autre réunis. » Là-dessus il oublie de dire au jury autre chose, si ce n'est de préciser qu'il devait juger le cas selon les règles qu'il avait posées. A n'en pas douter ses instructions étaient minces mais il énonçait une vérité importante. Notre système judiciaire tout entier est construit sur une hypothèse du genre de celle que le juge savant a avancée de façon un peu brute et confuse. C'est la convention clé, la grande fiction qui fait d'un procès devant une juridiction un juste substitut au recours au tournoi ou au tirage au sort. Le philosophe, s'il a l'œil, trouvera de la philosophie même au tribunal d'instance.

Je ne dois pas oublier mon dernier type de style judiciaire, le haché ou agglutinant. Je ne vais pas m'attarder sur ses horreurs. Elles ne sont que trop connues. L'enchaînement ennuyeux des citations se termine par un bref paragraphe exprimant la ferme conviction qu'un jugement pour le demandeur ou le défendeur selon le cas s'ensuit comme conclusion inévitable. L'auteur de l'opinion, ayant exprimé cette confiance parfaite, livre le produit de sa main aux archives d'une juridiction et au jugement des âges avec toute sa fierté d'auteur. C'est un bonheur pour moi de pouvoir dire que ce type disparaît lentement mais sûrement. Par comparaison à ces déserts arides, je préfère le pinacle plutôt étroit et étriqué mais ensoleillé

d'un genre qui fut un temps très en vogue : « Nous avons soigneusement passé au crible le jugement et n'y trouvons nulle erreur ; en conséquence, il doit être confirmé aux dépens. » Quel sens agréable de la proportion, du lien entre cause et effet, dans l'usage de la conjonction illative « en conséquence », avec sa suggestion que d'autres esprits partageant moins la même sensibilité auraient pu aboutir à une conclusion différente à partir des mêmes prémisses indiscutables.

Je n'ai fait qu'à peine effleurer quelque chose de plus important que le pur bonheur de la tournure ou de la phrase. Au-dessus et au-delà de tout cela est l'architecture des opinions. Les groupements de faits, d'arguments et d'exemples de façon à produire un effet cumulatif et massif ; ce sont en définitive les choses qui comptent plus que toutes les autres. Il me faut cependant désespérer de pouvoir analyser avec succès des problèmes si grands et si difficiles dans les limites de cet article. Un chevalet plus grand est nécessaire pour suivre une telle trajectoire. Souvent la clarté s'obtient par l'exposé bref et presque sentencieux, d'entrée de jeu, du problème à résoudre. Peut venir ensuite une présentation plus complète des faits, rigoureusement circonscrits, cependant, dans la plupart des cas, à ceux qui sont vraiment essentiels, ceux qui sont décoratifs ou anecdotiques étant, par contre, exclus. S'ils sont choisis correctement et si le sens de la proportion est respecté dans cet exercice, la conclusion doit découler naturellement et inévitablement, presque comme allant de soi. Qu'elle y parvienne ou non est peut-être, parfois, un point de désaccord entre les lecteurs de l'opinion. Un bon point de repère serait de consulter l'avocat du vaincu comme celui du vainqueur.

Penser au vaincu m'amène à l'opinion dissidente. Les protestations et les mises en garde des minorités introduites dans le combat sont intéressantes et importantes pour l'étudiant, non seulement du droit lui-même mais des formes littéraires au travers lesquelles le droit parvient à s'exprimer. Si on se place d'un point de vue comparatif, le dissident est irresponsable. Le porte-parole de la Cour est prudent, timide, il se méfie du terme tranchant, de l'expression extrême. Il imagine la génération d'une portée d'héritiers indignes issue d'un *obiter dicta* irréflecti, désavoué par le *ratio decidendi* dans lequel tout héritier légitime doit pouvoir prouver son enracinement. Il en résulte une rigidité et une paralysie. La crainte de dire quoi que ce soit s'installe lorsque le risque de se faire mal comprendre impose son doigt de mise en garde en travers des lèvres. Il n'en va pas de même, cependant, pour le dissident. Il a renoncé au rôle d'hiérophante, qu'il sera tout heureux de retrouver quand les hasards de la guerre feront de lui, à nouveau, le porte-parole de la majorité. Pour l'instant, il est le gladiateur qui, une ultime fois, affronte les lions. Il faut pardonner le pauvre homme pour sa liberté

d'expression, où perce parfois une nuance d'amertume que la magnanimité comme la prudence exclurait chez celui qui triomphe.

Un juge français, Ransson, membre du Tribunal de la Seine a écrit, il y a environ quinze ans de cela, un essai sur l'art de juger, dans lequel il dépeint les sentiments d'un juge de première instance lorsqu'un jugement est invalidé. Je suppose que l'état d'esprit de celui qui a été désavoué est proche en qualité de celui du dissident, même s'il en diffère, peut-être, en intensité. « Un vrai magistrat », écrit Ransson, « qui n'a que son devoir et sa conscience, son savoir et sa raison, pour guides, entend philosophiquement et sans amertume que son jugement n'a pas été suivi, il sait que la Cour supérieure est là pour cela et que mieux informée sans aucun doute, elle s'est crue obligée de réformer sa décision. Devrions-nous quand même lui jeter la pierre, si, ayant fait de son mieux, il conserve en lui-même l'impression qu'il se pourrait bien malgré tout qu'il ait eu raison. *Causa diis victrix placuit, sed victa Catoni* » Caton était un homme excellent mais l'histoire ne dit pas qu'il ait eu crainte de dire ce qu'il pensait et les juges, quand ils font partie de la minorité, sont tentés d'imiter sa candeur. Nous n'avons pas à être surpris, en conséquence, de constater dans les opinions dissidentes une certaine fragilité dans la texture et une vivacité dans la couleur qui se retrouvent rarement dans les *per curiam*. Quelquefois, comme je l'ai dit, cela se résume à un soupçon d'aigreur, mais ceci, après tout, est rare. Plus véritablement caractéristique de l'opinion dissidente est une dignité, une élévation de vue, de pensée et d'expression. La conviction profonde et la passion rencontrent leur dernière occasion de s'exprimer alors qu'il est su que la cause est perdue. La voix de la majorité peut être celle de la force triomphante, en accord avec les applaudissements de l'heure et dans l'insouciance du lendemain. Le dissident parle pour l'avenir et sa voix s'inscrit dans un registre qui la portera à travers les années. Lisez quelques grands dissidents, par exemple, l'opinion du juge Curtis dans *Dred Scott v. Sanford* et ressentez, alors que presque un siècle a passé, la flamme d'une foi incandescente qui avait la satisfaction d'attendre son heure. Le prophète et le martyr ne voient pas la foule qui hurle à leur encontre, leurs yeux sont fixés sur les vérités éternelles.

Je vais m'écarter de mon sujet si, abandonnant l'écriture des opinions, je me tourne vers l'argumentation du barreau. Une petite digression se justifie, cependant, car les deux sujets sont en lien. La question du genre d'argument le plus efficace devant une cour d'appel, est souvent posée. Doit-on être long ou court, concis ou bavard ? Doit-on considérer que les juges connaissent les rudiments du droit ou faut-il brièvement entreprendre de pallier les lacunes de leur formation initiale ? Faut-il parler du droit ou des faits ? Faut-il relever ce qui fait autorité et l'analyser ou se contenter des conclusions et ne pas se préoccuper d'analyse ? Il n'y a bien sûr aucune

formule qui convienne à toutes les situations devant les cours d'appel ou ailleurs. Si, cependant, je devais préparer une liste des « A ne pas faire » pour guider le novice, je pense que je dirais qu'une dissection des cas l'un après l'autre ne sera une bonne démarche que dans des cas vraiment rarissimes. De telles autopsies présentent un intérêt parfois mais le spectacle qu'elles donnent, est désolant et ennuyeux. Dans ma liste des interdits, j'ajouterais qu'il faut éviter d'entrer trop dans le détail des preuves. Les juges ne vous suivront pas et s'ils vous suivaient se serait pour oublier. N'essayez pas de suppléer aux défauts de la formation initiale. Vos auditeurs sont des pécheurs impénitents, difficiles à convertir. Et, par-dessus tout ne soyez pas intarissables. Je pense à un avocat qui plaide en appel pour l'une des subdivisions civiles de l'Etat. Son argumentation dure à peu près un quart d'heure. Il défend sa thèse et s'assied. Le fond de la salle peut ne pas applaudir mais ceux qui sont devant le font – même si c'est en pensée – et comme ce sont eux qui votent, il vaut mieux jouer pour eux. Si vous respectez fidèlement ces mises en garde, ne vous laissez pas trop démoraliser quand la décision vous est contraire, quand bien même s'y ajouterait la blessure et l'amertume que la cour n'ait pas daigné récompenser votre brillant effort d'une opinion. Nombre de superbes argumentations ont connu le même sort immérité.

Parfois, les jeunes gens, lorsque s'approche le moment de l'admission au barreau, doivent se dire que les grands problèmes ont été réglés, que les grandes batailles de l'arène judiciaire font partie du passé, qu'il n'y a plus de grandes perspectives. Il m'arrive de penser la même chose un court instant. Lorsqu'il en va ainsi, l'agenda du jour suivant a de bonnes chances de me mettre la preuve de mon erreur sous les yeux. Il est inexact et réducteur de penser que la grandeur des cas provient uniquement ou principalement de quelque chose qui leur est propre. Ils sont grands par ce que nous en faisons. *McCulloch v. Maryland* – je prends presque au hasard – est un des cas les plus célèbres de notre histoire. Je me demande s'il ne serait pas oublié et peut-être même aurait-il fait l'objet d'un revirement si Marshall n'y avait pas imprimé la marque de son génie. « Il n'est pas une seule de ses grandes opinions », a dit le Professeur Corwin, « qui n'aurait pas pu être facilement décidée sur des fondements comparativement étroits, précisément de la même manière qu'il les a décidés sur de grands principes généraux mais le résultat probable est qu'on n'en aurait plus entendu parler en dehors des tribunaux. » Ainsi, les petites questions, aussi, attendent la touche qui les transfigurera. « Pour le vrai comptable », dit Charles Lamb, « la différence de montant importe peu. Les petits centimes après la virgule sont aussi chers à son cœur que les milliers qui viennent avant. C'est un véritable acteur qui doit jouer avec autant de naturel le rôle du prince ou du paysan. » C'est l'esprit dans lequel un juge ou un avocat doit envisager sa tâche. Il explicite une science ou un corps de vérités qu'il cherche à

assimiler à une science mais, dans son processus d'exposition il pratique un art. Les muses le surveillent avec un peu d'impatience ou de lassitude parfois. Il a beaucoup fait pour se les aliéner et parfois elles ne veulent rien entendre et on les voit se boucher les oreilles. Elles ont une aptitude étrange, cependant, pour discerner les tensions sous l'apparence d'harmonie et de beauté parfaite, quelle que soit la dispersion de celles-ci dans l'atmosphère. Ainsi parfois, quand le travail est bien fait, on voit leur visage changer et elles prennent l'artiste par la main. Elles savent que le sujet le plus insignifiant peut être porté vers les cimes par le talent. Rares sont ceux qui accèdent à ces hauteurs mais l'élection appartient aussi au petit nombre.