

# Violence and the Word

Robert M. Cover<sup>†</sup>

*Yale Law Journal*, Issue 8, Volume 95 (1986)

Traduction par Antonin Paillet Janvier 2020
--

## 1 Introduction : La Violence des Actes Juridiques

L'interprétation juridique<sup>1</sup> se déploie sur un fond de douleur et de mort. Cela est vrai à plusieurs égards. Les actes juridiques interprétatifs signalent et permettent la commission de violence sur autrui : un juge élabore sa compréhension d'un texte, dont résulte la perte, pour un individu, de sa liberté, de sa propriété, de son enfant, parfois de sa vie. Les interprétations juridiques peuvent également constituer une justification pour des violences déjà survenues ou sur le point d'advenir. Une fois que les interprètes ont fini leur travail, ils laissent souvent derrière eux des victimes dont les vies furent déchirées par ces pratiques sociales et organisées de la violence. Envisagées séparément l'une de l'autre ni l'interprétation juridique ni la violence qu'elle cause ne peuvent être bien comprises. Cela est évident bien qu'un nombre croissant d'auteurs soutenant la thèse de la centralité de l'activité interprétative l'ignore allègrement<sup>2</sup>.

---

<sup>†</sup>Professeur Chancelier Kent de Droit et d'Histoire du Droit, Université de Yale.

Il y a toujours des légendes qui nous ont précédées, qui ont appelées les choses par leurs *justes* noms et ont ainsi forgées la culture du sens dans laquelle nous autres retardataires sommes nés. Charles Black fut une telle légende, arpentant les territoires du droit en nommant les choses, s'exprimant « avec autorité ». Nous qui venons après lui sommes éternellement reconnaissant. Je tiens à remercier Harlon Dalton, Susan Koniak et Harry Wellington d'avoir lu et commenté les versions préliminaires de cet essai. Certaines des idées contenues dans cet article ont été développées plus tôt, lors de la conférence Brown que j'ai donnée sur l'interprétation à l'école de droit de Géorgie en mars 1986. Je suis reconnaissant à Milner Ball, Avi Soifer, Richard Weisberg et James Boyd White pour les commentaires qu'ils ont faits en réponse à cette conférence et qui m'ont aidé à retravailler les idées ici.

Je suis particulièrement reconnaissant à mon assistante de recherche d'été, Tracy Fessenden, pour son aide de recherche, de rédaction et de fond de premier ordre.

1. J'utilise l'expression « interprétation juridique » dans cet article bien que ma réflexion porte principalement sur l'acte juridique interprétatif des juges. Mon analyse de l'action institutionnelle s'applique particulièrement à cette activité d'interprétation judiciaire. Néanmoins je considère que l'expression d'« interprétation juridique » est justifiée, considérant que la violence dont font preuve les juges en tant qu'instrument d'un État-nation moderne implique nécessairement quiconque interprète la loi dans une voie qui conduit soit à la commission soit à la souffrance d'une violence.

2. Il y a eu récemment une explosion de la recherche juridique plaçant l'interprétation au cœur du droit. Un échantillon représentatif de ce travail peut être vu dans les différents articles qui ont été publiés dans deux symposia. *Symposium : Law and Literature*, 60 TEX. L. REV. 373 (1982); *Symposium Interpretation*, 58 S. CALIF. L. REV. 1 (1985) (publié en

Pris en lui-même, le mot « interprétation » peut être source de confusion. L'« interprétation » suggère la construction sociale d'une réalité partagée à travers le langage. Mais la douleur et la mort ont de toutes autres conséquences. En effet, douleur et mort détruisent le monde que l'« interprétation » fait advenir. Il est évident que la mort détruit la réalité partagée qu'une personne peut construire. Mais cela n'est pas moins vrai de la douleur qui détruit, entre autres choses, le langage lui-même. Cela est établi par la brillante analyse d'Elaine Scarry de la douleur :

Pour la personne en souffrance, la douleur paraît si évidente et incontestable qu'elle en vient à constituer le plus vibrant exemple de ce que peut être « avoir une certitude », tandis que pour le témoin cette souffrance est si insaisissable qu'elle constitue le modèle même de ce qu'est « avoir un doute ». Ainsi, la souffrance vient à nous à la fois comme ce qui ne peut être contesté et comme ce qui ne peut être cru. Ce que la douleur accomplit repose en partie sur sa part d'indicible, donc sur sa résistance au langage... La souffrance prolongée ne résiste pas seulement au langage mais le détruit activement, en

---

deux numéros). L'intérêt accru porté à l'« interprétation » ou à l'« herméneutique » dans la recherche juridique récente est un phénomène assez différent de l'ensemble traditionnel de questions sur la manière dont un mot, une expression ou un instrument particulier devrait être mis en œuvre dans un contexte particulier. Il s'agit plutôt de l'étude de ce que j'ai appelé « un univers normatif... tenu ensemble par... des engagements interprétatifs... ». Cover, *The Supreme Court, 1982 Term - Foreword : Nomos and Narrative*, 97 HARV. L. REV. 4, 7 (1983). Ou, selon les termes de Ronald Dworkin, c'est l'étude de l'effort « pour imposer un sens à l'institution. . . . et de la restructurer à la lumière de ce sens ». R. DWORKIN, *LAW'S EMPIRE* 47 (1986) (emphasis d'origine). Dworkin, dans *Law's Empire*, a écrit l'analyse la plus élaborée et la plus sophistiquée, qui place la dimension créatrice de sens et constructive de l'interprétation au cœur du droit. James Boyd White a été une autre voix éloquente revendiquant la primauté de ce qu'il a appelé la « culture de l'argumentation ». White a élevé la rhétorique au sommet de l'analyse juridique. Voir J.B. WHITE, *WHEN WORDS LOSE THEIR MEANING* (1984); J.B. WHITE, *HERACLES' BOW* (1985).

Le caractère violent de la loi et son lien avec l'interprétation et la rhétorique sont systématiquement ignorés ou sous-estimés dans les travaux de Dworkin et de White. White, dans le chapitre neuf de *Heracles' Bow*, se rapproche le plus des préoccupations de cet essai. Il propose une critique de la pratique du droit pénal à raison de son inintelligibilité en tant que « système de signification » en l'absence de réformes significatives. White ne considère pas la violence comme un élément central de l'effondrement du système de signification. Mais il oppose ce que le juge dit à ce qu'il fait en le disant. Néanmoins, White réitère dans ce livre sa revendication centrale selon laquelle « le droit ... est mieux considéré non pas comme une machine de "contrôle" social, mais comme ce que j'appelle un système de rhétorique constitutive : un ensemble de ressources pour revendiquer, résister et déclarer la signification ». *Id.*, p. 205. Je ne nie pas que le droit soit tout ce que White prétend qu'il est, mais j'insiste sur le fait que c'est ce qu'il est dans le contexte de la pratique sociale organisée de la violence. Et la « signification » ou le sens qui est atteint doit être vécu ou compris de manières très différentes selon que l'on souffre ou non de cette violence. Dans *Nomos and Narrative*, j'ai également souligné la capacité à faire advenir un monde des engagements interprétatifs dans le droit. Cependant, l'idée maîtresse de *Nomos* était que la création de sens juridique est une activité essentiellement culturelle qui se déroule (ou se déroule mieux) au sein de groupes restreints. Une telle activité de création de sens n'est pas naturellement en rapport avec la gamme de violence efficace utilisée pour obtenir un contrôle social. Ainsi, parce que le droit est la tentative de construire des mondes futurs, la tension essentielle dans le droit se situe entre l'élaboration de la signification juridique et l'exercice ou la résistance à la violence du contrôle social. Cover, *supra*, p. 18 : « Il existe une dichotomie radicale entre l'organisation sociale du droit en tant que pouvoir et l'organisation du droit en tant que signification ». Cet essai développe les significations par lesquelles les formes traditionnelles de décision juridique ne peuvent pas être facilement saisies par l'idée d'interprétation comprise comme l'est normalement l'interprétation dans la littérature, les arts ou les sciences humaines.

ramenant la personne en souffrance dans un état antérieur au langage, aux sons et aux cris que produit un humain avant qu'il n'ait fait l'acquisition du langage<sup>3</sup>.

Nous appelons torture l'affliction délibérée de souffrance destinée à détruire le monde normatif de l'individu ainsi que sa capacité à créer des réalités partagées. L'interrogatoire qui fait partie de la torture, souligne Scarry, est rarement conçu pour recueillir des informations. Plus fréquemment, l'interrogatoire par un tortionnaire est conçu pour démontrer la fin du monde normatif de la victime – la fin de ce que la victime estime, la fin de l'espace qui constitue la communauté dans laquelle ces valeurs sont ancrées. Scarry en conclut que « en exigeant la confession, le bourreau contraint le prisonnier à enregistrer et objectiver le fait qu'une douleur intense est destructrice de monde<sup>4</sup> ». C'est la raison pour laquelle les tortionnaires exigent presque toujours la trahison – soit la démonstration que le monde normatif de la victime a été anéanti par la réalité matérielle de la douleur et de son prolongement, la peur<sup>5</sup>. Tortionnaire et victime construisent bien leur propre « monde », mais ce monde trouve son sens sur les cendres d'un autre<sup>6</sup>. La logique de ce monde est celle de la domination absolue, bien que celle-ci puisse n'être jamais complètement atteinte.

Dès lors que le monde normatif d'une communauté survit à la peur, à la souffrance et à la mort dans leurs formes les plus extrêmes, cette survie est perçue comme un véritable miracle par ceux qui ont vécu ou imaginé et recréé cette souffrance. Ainsi, de la souffrance des martyrs catholiques il fut écrit :

Nous devons également inclure... les hauts faits des saints par lesquels ont rayonné leur triomphe à travers les nombreuses formes de torture qu'ils ont subis et leur *fabuleuse confession de foi*. Les Catholiques peuvent-ils douter que s'ils ont enduré ces épreuves inhumaines ce n'est que par la grâce et l'aide de Dieu<sup>7</sup> ?

---

3. E. SCARRY, *THE BODY IN PAIN* 4 (1985).

4. *Id.* à 29.

5. *Id.*

La douleur et l'interrogatoire se produisent inévitablement ensemble, en partie parce que le tortionnaire et le prisonnier les vivent chacun comme des opposés. La question même qui, au regard du prétexte politique, importe tellement au tortionnaire qu'elle occasionne sa brutalité grotesque, importera si peu au prisonnier qui subit la brutalité qu'il donnera la réponse. Pour les tortionnaires, le fait pur et simple de l'agonie humaine est rendu invisible, et le fait moral d'infliger cette agonie est neutralisé par la fausse urgence et la signification de la question. Pour le prisonnier, le fait simple et accablant de son agonie rendra neutre et invisible la signification de toute question ainsi que la signification du monde auquel la question fait référence... C'est pour cette raison que, si le contenu de la réponse du prisonnier n'est que rarement importante pour le régime, la forme de la réponse, le fait qu'il réponde, est toujours crucial... En confession, on se trahit soi-même et tous les aspects du monde - ami, famille, pays, cause - dont le moi est constitué.

*Id.* Si la douleur est la forme extrême de la destruction du monde, la peur peut être tout aussi puissante, même si elle n'est pas liée à la douleur physique et à la torture. Le fait de répondre et la nécessité de « détruire le monde » par la trahison étaient également au centre du règne de la peur du maccarthysme. Voir, V. NAVASKY, *NAMING NAMES* 346 (1980) (l'informateur détruit « la possibilité même d'une communauté ... car l'informateur fonctionne sur le principe de la trahison et une communauté survit sur le principe de la confiance »).

6. Sur la « fiction du pouvoir » que crée la torture, voir E. SCARRY, supra note 3, 56-58.

7. P. BROWN, *THE CULT OF THE SAINTS* 79 (1981) (souligné par l'auteur) (cité depuis *DECRETUM GELASIANUM, PATROLOGIA LATINA* 59.171).

Et les Juifs, chaque année à Yom Kippur se souviennent :

Rabbi Akkiba... choisit de continuer à enseigner en dépit du décret [des Romains l'interdisant]. Quand ils le conduisirent au bourreau, il se mit à réciter le Sh'ma. Avec des peignes d'acier ils découpèrent sa peau pendant qu'il récitait le Sh'ma Yisrael, acceptant pleinement le joug de la royauté divine. « Même maintenant ? » lui demandèrent ses disciples. Il répondit : « Toute ma vie un verset m'a troublé : "Aime le Seigneur Dieu de tout ton cœur et de toute ton âme", ce qui signifie même s'Il prend ta vie. Je me suis souvent demandé si je satisferai jamais à cette injonction. Et maintenant je sais que je le peux ». Il quitta le monde en prononçant « Le Seigneur est Unique »<sup>8</sup>.

Le martyr, malgré toute son étrangeté pour le monde séculier du droit américain contemporain, est un bon point de départ pour comprendre la nature de l'interprétation juridique. C'est précisément parce qu'il s'agit d'un phénomène extrême que le martyr nous aide à voir ce qui est présent dans une moindre mesure lorsque l'interprétation est associée à la pratique de la domination violente. Les martyrs affirment, face à une force écrasante, que si la vie doit se poursuivre ce ne peut être selon les termes de la loi du tyran. Le droit est la projection d'un futur imaginé sur la réalité. Les martyrs exigent que tout avenir n'advienne que d'après les termes de la loi à laquelle ils se sont soumis (la loi de Dieu). Et le miracle de la souffrance des martyrs réside précisément dans l'adhésion sans faille à cette loi, même face à une douleur qui détruit le monde<sup>9</sup>. Leur triomphe – qui pourrait n'être en partie qu'imaginaire – est le triomphe imaginé de l'univers normatif – de la Torah, du Nomos – sur le monde matériel de la mort et de la douleur<sup>10</sup>. Le martyr est une forme extrême de résistance à la domination. En tant que tel, il nous rappelle que la construction normative du monde qui

---

8. La citation est tirée du traditionnel Eilch Ezkerah ou service de martyrologie de Yom Kippour. J'ai cité la traduction utilisée dans MAHZOR FOR ROSH HASHANAH AND YOM KIPPUR, A PRAYER BOOK FOR THE DAYS OF AWE 555-57 (J. Harlow ed. 1972).

9. Le mot « martyr » vient de la racine grecque *martys*, « témoin », et de la racine aryenne *smer*, « se souvenir ». Le martyr fonctionne comme un souvenir lorsque le martyr, en témoignant, se sacrifie au nom de l'univers normatif qui est ainsi reconstitué, régénéré ou recréé. L'une des premières sources traitant du martyr en tant que phénomène religieux, 2 MACCABEES, souligne la caractéristique du phénomène comme une insistance sur l'intégrité de la loi du martyr et de l'obligation envers lui face à une violence écrasante. À un moment donné, le livre décrit l'horrible torture et le meurtre de sept fils sous les yeux de leur mère, chaque mort étant plus horrible que la précédente. Le dernier et dernier enfant, encouragé par sa mère, répond à la demande du roi de manger du porc par ces mots : « Je ne me soumettrai pas aux ordres du roi, j'obéis à l'ordre de la loi donné par Moïse à nos ancêtres. » 2 MACCABEES 7,30.

10. Dans des cas extrêmes, le martyr peut être recherché de manière affirmative, car il est la preuve ultime de la capacité de l'esprit à triompher du corps. Ce triomphe peut être considéré comme un triomphe de l'amour ou de la loi ou des deux, selon les motifs dominants du monde normatif et religieux du martyr et de sa communauté. Le grand juriste et mystique, Joseph Karo (1488-1578), a fait des rêves extatiques de martyr et s'est vu promettre le privilège de mourir en martyr par un « maggid » - un messenger céleste qui lui parlait par la bouche et lui apparaissait dans des visions. (La promesse n'a pas été tenue. Il est mort de grande vieillesse.) Voir Z. WERBLOWSKI, JOSEPH KARO : LAWYER AND MYSTIC 151-54 (2d ed. 1977). Notons également le phénomène des communautés qui se massacrent face à un ennemi. Comparez les mythes complexes des martyrs juifs avant les croisades, élaborés dans S. SPIEGEL, THE LAST TRIAL : ON THE LEGENDS AND LORE OF THE COMMAND TO ABRAHAM TO OFFER ISAAC AS A SACRIFICE : THE AKEDAH (J. Goldin trans. 1969) avec le mythe de la Nuit Blanche édictée par Jonestown à notre époque, raconté dans J. SMITH, IMAGINING RELIGION : FROM BABYLON TO JONESTOWN 102-20, 126-34 (1982).

constitue la « Loi » n'est jamais réductible à une simple opération mentale ou spirituelle. Un monde juridique ne se construit que dans la mesure où il y a des engagements qui mettent les corps en jeu. La torture du martyr est une forme extrême et répugnante de la violence organisée des institutions. Elle nous rappelle que les engagements d'interprétation des fonctionnaires se concrétisent, en effet, en chair et en os. Tant qu'il en sera ainsi, les engagements interprétatifs d'une communauté qui résiste au droit officiel doivent aussi se réaliser dans la chair, fût-elle la chair de ses propres membres.

L'état de martyr n'est pas la seule réponse possible d'un groupe qui n'a pas su s'adapter ou accepter la domination au sein d'un même espace physique. La rébellion et la révolution peuvent constituer des alternatives lorsque les conditions rendent de tels actes possibles et lorsqu'il existe une volonté non seulement de mourir mais aussi de tuer pour une compréhension de l'avenir normatif qui diffère de celle de la puissance dominante<sup>11</sup>.

Notre propre histoire constitutionnelle commence par un tel acte de rébellion. La loi était, dans sa forme, un essai d'interprétation constitutionnelle affirmant le droit à l'indépendance politique par rapport à la Grande-Bretagne :

En conséquence, nous, les représentants des États-Unis d'Amérique, rassemblés en Congrès général, prenant à témoin le Juge suprême de l'univers de la droiture de nos intentions, publions et déclarons solennellement au nom et par l'autorité du bon peuple de ces Colonies, que ces Colonies unies sont et ont le droit d'être des États libres et indépendants; qu'elles sont dégagées de toute obéissance envers la Couronne de la Grande-Bretagne; que tout lien politique entre elles et l'État de la Grande-Bretagne est et doit être entièrement dissous<sup>12</sup>.

Mais cet acte interprétatif intègre également le risque de douleur et de souffrance que fait encourir pareille situation interprétative :

Nous engageons mutuellement au soutien de cette Déclaration, nos vies, nos fortunes et notre bien le plus sacré, l'honneur<sup>13</sup>.

La vie, la fortune et l'honneur sacré étaient, bien sûr, précisément le tribut qui aurait été exigé des conspirateurs si leur acte avait été infructueux. Nous oublions trop souvent que les instigateurs de la rébellion commettaient certainement une trahison du point de vue de la Constitution anglaise. Et la condamnation pour trahison emportait la certitude d'une mort horrible et dégradante, la confiscation des biens et la corruption du sang<sup>14</sup>. Les grandes questions d'interprétation constitutionnelle qui reflètent les questions fondamentales

11. L'archétype du passage de l'état de martyr à celui de résistant se trouve dans 1 MACCABEES, avec le meurtre dramatique du prêtre Matathias à Modi'in. 1 MACCABEES 2, 19-28. Son acte revêt une signification dramatique dans l'œuvre en partie parce qu'il contraste fortement avec les actes de martyre héroïque décrits dans 2 MACCABEES. Voir *supra* note 9.

12. DÉCLARATION D'INDÉPENDANCE DES ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, (1776). Pour les différentes manières dont la Déclaration peut être interprétée comme reflet de la situation constitutionnelle de l'Amérique dans l'Empire, voir Black, *The Constitution of Empire : The Case for Colonists*, 124 U. PA. L. REV. (1976).

13. Déclaration d'Indépendance (1776).

14. Voir IV BLACKSTONE'S COMMENTARIES \*92-93

La punition de la haute trahison en général est très solennelle et terrible. 1. Que le délinquant soit amené à la potence, et non pas porté ou marché; bien que généralement (par connivence, longuement mûri par l'humanité en droit) un traîneau ou un obstacle soit autorisé, pour préserver le délinquant du tourment

de l'allégeance politique – la Révolution américaine, la sécession des États de la Confédération ou le soulèvement des Indiens des Plaines – portent clairement en elles les germes de la violence (douleur et mort) au moins dès lors que la compréhension des textes politiques est intégrée dans la capacité institutionnelle à agir collectivement. Mais c'est précisément cette intégration de la compréhension d'un texte politique dans les modes d'action institutionnels qui distingue l'interprétation *juridique* de l'interprétation littéraire, de la philosophie politique et de la critique constitutionnelle<sup>15</sup>. L'interprétation juridique se déploie sur un fond de douleur et de mort ou bien elle est un peu moins (ou un peu plus) que le droit.

Les interprétations constitutionnelles révolutionnaires sont souvent soldées dans le sang. La violence de la loi y prend sa forme la plus patente. Mais la relation entre l'interprétation juridique et l'infliction de la douleur demeure présente même dans les actes juridiques les plus banals. Le fait de condamner un accusé est l'un des actes les plus courants de l'activité judiciaire<sup>16</sup>. Pourtant, elle est immensément révélatrice de la façon dont l'interprétation est façonnée de façon singulière par la violence. Tout d'abord, examinez l'événement du point de vue de l'accusé. Le monde de l'accusé est menacé. Mais il s'assoit, le plus souvent bien tranquillement, comme s'il s'engageait dans une discussion courtoise. S'il

---

extrême d'être traîné sur le sol ou le trottoir. 2. Qu'il soit pendu par le cou, puis abattu vivant. 3. Que ses entrailles soient enlevées et brûlées tant qu'il est encore en vie. 4. Que sa tête soit coupée. 5. Que son corps soit divisé en quatre parties. 6. Que sa tête et ses quartiers soient mis à la disposition du roi.

Sur la confiscation et la corruption du sang, *voir*. au \*388-96. Il n'est donc pas surprenant que parmi les quelques protections spécifiques intégrées au corps de la Constitution originale, il y ait celles qui définissaient étroitement l'infraction de trahison, établissaient des garanties procédurales à sa répression et interdisaient l'extension de la privation des droits civils et de la corruption du sang comme châtement indirect à la famille ou aux descendants des personnes condamnées pour trahison.

15. Toute pratique interprétative se déroule dans un contexte donné. Parmi les critiques récents, Stanley Fish a été aussi insistant que les autres sur l'importance des contextes institutionnels, même dans la compréhension des textes littéraires. *Voir généralement* S. FISH, IS THERE A TEXT IN THIS CLASS? (1980); Fish, *Fish v. Fiss*, 36 STAN. L. REV. 1325, 1332 (1984) (« Être. . . "au plus profond" d'un contexte c'est être déjà et toujours en train de penser (et de percevoir) avec et dans les normes, standards, définitions, routines et objectifs compris qui définissent et sont définis par ce contexte »). Je ne souhaite pas contester le point central de Fish concernant la littérature. Je pense cependant que les institutions qui sont conçues pour réaliser des futurs normatifs en partie par la pratique de la violence collective se dressent sur une base quelque peu différente de celles qui n'ont qu'un rapport lointain ou accessoire avec la violence de la société. Je suis prêt à accueillir des points de vue tels que ceux de Fredric Jameson, qui plaide pour « la priorité de l'interprétation politique des textes littéraires ». F. JAMESON, THE POLITICAL UNCONSCIOUS : NARRATIVE AS A SOCIALLY SYMBOLIC ACT 17 (1981). Mais tout en reconnaissant l'intérêt particulier d'une interprétation politique de notre réalité sociale, cette lecture ne revendique en aucun cas pour les interprétations littéraires ce que je revendique pour l'interprétation juridique, à savoir qu'elle fait partie de la pratique de la violence politique.

16. Tout au long de cet article j'utilise le droit pénal comme exemple, pour une raison simple. La violence du droit pénal est relativement directe. Si ma démonstration n'est pas convaincante dans ce contexte, elle le sera moins dans d'autres. Je serais prêt à soutenir que toute loi relative au droit de propriété, son usage et sa protection, repose sur un même socle de violence. Mais dans beaucoup, peut-être la plupart, des transactions les plus courantes relatives au droit de propriété, ce fond de violence ne pose pas de problème. Mon argument ne requiert pas, je crois, que tout acte interprétatif dans le domaine juridique ait le même impact violent et direct sur ses participants que celui que le procès pénal peut avoir. Il suffit que cela soit le cas dès lors que des individus se soucient profondément des conséquences et soient prêts à agir selon leur intérêt, des représentants de la loi soient prêts à appliquer d'importantes sanctions pénales ou civiles pour contrôler un tel comportement.

est reconnu coupable, l'accusé marche banalement – escorté – dans un lieu de confinement prolongé, le plus souvent sans causer le moindre trouble au bon déroulement de cette scène ordinaire. Il est évidemment grotesque de supposer que cette façade de civilité est « volontaire », sauf dans la mesure où il représente la reconnaissance volontaire par l'accusé de l'écrasante diversité de violences dont il est victime et du caractère vain de toute résistance ou protestation<sup>17</sup>.

Il existe des sociétés dans lesquelles la contrition ou la honte commandent le comportement des accusés dans une plus grande mesure que la violence. De telles sociétés requièrent et ont reçu leur propre forme d'analyse distincte<sup>18</sup>. Mais il me paraît incontestable qu'aux États-Unis, la plupart des prisonniers entrent en prison parce qu'ils savent qu'ils y seront traînés de force s'ils n'y entrent pas de leur plein gré. S'ils n'entrent pas dans un rapport de force contre cette violence c'est qu'ils savent que c'est un combat qu'ils perdront – peut-être au péril de leur vie même.

Si j'ai semblé manifester une certaine sympathie pour les victimes de cette violence, c'est une erreur. Très souvent, l'équilibre de la terreur à cet égard est exactement comme je le voudrais. Mais je ne veux pas que nous nous imaginions convaincre les condamnés d'aller en prison. Les « interprétations » ou « discussions » qui sont des conditions préalables à l'incarcération violente sont elles-mêmes des mises en œuvre de la violence. L'occultation de ce fait est similaire à l'ignorance des bruits de fond ou des instruments de torture visibles lors de l'interrogatoire d'un inquisiteur. L'expérience du prisonnier est, dès le début, une expérience de domination violente, et elle est colorée dès son commencement par la peur d'être violemment traité<sup>19</sup>.

La violence qui réside dans le fait de juger est particulièrement évidente du point de vue de l'accusé. En conséquence, tout récit tendant à minimiser cette violence ou à survaloriser la dimension interprétative de l'événement au sein d'une communauté de valeurs communes aura tendance à ignorer le prisonnier ou l'accusé et à se concentrer sur le juge et l'acte judiciaire d'interprétation. En

---

17. Quelques accusés ayant atteint leur propre compréhension de l'ordre juridique ont ouvertement tenté de nier la fiction selon laquelle le procès est un événement civil commun ou conjoint où les interprétations des faits et des concepts juridiques sont testées et affinées. Quelques défenseurs qui ont atteint leur propre compréhension de l'ordre juridique ont ouvertement tenté de nier la fiction selon laquelle le procès est un événement civil commun ou conjoint où les interprétations des faits et des concepts juridiques sont testées et affinées. La mise en scène d'une telle ligne de conduite ouverte se termine par la contention physique et le bâillonnement du défendeur. Bobby Seale a appris à ceux d'entre nous qui ont vécu les années 1960 que le contrôle physique du tribunal sur le corps de l'accusé est au cœur du processus pénal. La « conduite civile » de l'accusé ne peut donc jamais signifier une compréhension commune de l'événement ; elle peut signifier sa crainte que toute manifestation publique de son interprétation de l'événement comme « conneries » se traduise par une violence perpétrée contre lui, une douleur qui lui est infligée. Notre droit constitutionnel prévoit, tout naturellement, l'utilisation calibrée de degrés croissants de violence manifeste pour maintenir « l'ordre » du procès pénal. Voir, par exemple, *Illinois v. Allen*, 397 U.S. 337 (1970) ; Tigar, *The Supreme Court, 1969 Term-Foreword : Waiver of Constitutional Rights : Disquiet in the Citadel*, 84 HARV. L. REV. 1, 1-3, 10-11 (1970) (commentant en partie *Allen*).

18. Sur la distinction entre « cultures de la honte » et « cultures de la culpabilité », voir généralement E. DODDS, *THE GREEKS AND THE IRRATIONAL* (1951), et J. REFIELD, *NATURE AND CULTURE IN THE ILIAD* (1975). Pour une analyse de la « culture de la honte » moderne, voir R. BENEDICT, *THE CHRYSANTHEMUM AND THE SWORD : PATTERNS OF JAPANESE CULTURE* (1946).

19. Ce point et d'autres très similaires sont régulièrement évoqués dans la littérature qui sort des prisons. Voir, par exemple, E. CLEAVER, *SOUL ON ICE* 128-30 (1968) ; J. WASHINGTON, *A BRIGHT SPOT IN THE YARD : NOTES & STORIES FROM A PRISON JOURNAL* 5 (1981).

recourant à de grandes catégories interprétatives telles que le « blâme » ou la « punition » on légitime la part de violence de l'activité judiciaire pour le juge lui-même ainsi que pour les autres. Je n'entends pas minimiser l'importance de cette fonction idéologique du droit. Mais la fonction de l'idéologie consiste davantage à justifier un ordre existant à ceux qui en bénéficient et doivent le défendre qu'elle ne consiste à dissimuler cet ordre à ceux qui en sont les premières victimes.

L'idéologie punitive n'est pas, bien entendu, la propriété exclusive des juges. Ce concept opère dans notre culture au sens large, il est intelligible et partagé par les prisonniers, les délinquants, les révolutionnaires et les juges. Dès lors, pourquoi ne pas considérer que l'interprétation est le concept central du droit, que le travail d'interprétation de la notion de « punition » peut être perçu comme une médiation ou une interprétation des actes et des expériences contradictoires du juge et de l'accusé dans le procès pénal? Naturellement celui qui doit être puni peut être soumis à la contrainte. Et le châtement, s'il est « juste », est supposé rendre légitime la coercition ou la violence subie. L'idéologie punitive peut donc servir avec succès à justifier nos pratiques de droit pénal à nos propres yeux et, possiblement, aux yeux de ceux qui sont ou pourraient être « punis » par la loi.

Il existe cependant une différence fondamentale dans la manière dont la « punition » fonctionne en tant qu'idéologie dans la littérature populaire, professionnelle, dans le débat public ou dans les discussions quotidiennes, et la manière dont elle fonctionne dans le contexte judiciaire du procès, du prononcé de la peine et de son exécution. Quand le juge recourt à l'interprétation, mobilisant par là le concept de punition, il agit également – par l'intermédiaire d'autrui – pour maîtriser, blesser, neutraliser voir tuer le prisonnier. Ainsi, toute signification susceptible d'être partagée au terme de l'activité interprétative voit précisément son caractère partagé être anéanti par les expériences contradictoires qui en résultent. De même que le tortionnaire et la victime ne parviennent à un monde « partagé » qu'en vertu de leurs expériences diamétralement opposées, de même le juge et le prisonnier ne comprennent la « punition » que par leurs expériences diamétralement opposées de l'acte punitif. En fin de compte, il importe peu que le tortionnaire et sa victime partagent un point de vue théorique commun sur les justifications de la torture – en dehors de la salle de torture. Ils sont bien venus à la confession en détruisant dans un cas et en ayant été détruits dans l'autre. De même, peu importe que juge et détenu partagent ou non la même philosophie du châtement, ils sont arrivés à la punition en ayant respectivement dominé et été dominé par la violence.

## 2 L'Activité des Juges : Interprétations, Actes et Rôles

Commençons, donc, non pas par ce que les juges disent mais par ce qu'ils font.

Les juges dispensent souffrance et mort.

Cela n'est pas tout ce qu'ils font. Peut-être n'est-ce pas ce qu'ils font d'habitude. Mais ils dispensent *bien* mort, et souffrance. De John Winthrop à Warren Burger, ils se sont assis sur une pyramide de violence, dispensant...



En cela ils diffèrent des poètes, des critiques, des artistes. Il ne suffira pas d'insister sur la violence d'une poésie forte ou de grands poètes. Même la violence de juges faibles est tout à fait réelle – une réalité naïve mais immédiate, qui n'a besoin d'aucune interprétation, d'aucune critique pour être révélée<sup>20</sup>. L'enjeu ne consiste pas ici à déterminer si la violence des juges est justifiée, mais de relever qu'elle existe en fait et diffère de la violence dans la littérature ou dans les descriptions métaphoriques des critiques littéraires et des philosophes. J'ai écrit ailleurs que les juges d'état étaient jurispates – qu'ils détruisaient les multiples traditions juridiques concurrentes de l'État<sup>21</sup>. Ici, néanmoins, je n'évoque pas le caractère jurispate de l'office du juge mais son potentiel mortifère<sup>22</sup>.

La double insistance sur les *actes* des juges et la violence de ces actes conduit à considérer trois caractéristiques de la dimension interprétative du comportement judiciaire. L'interprétation juridique est (1) une activité pratique (2), conçue pour générer des menaces crédibles et des actes de violence réels (3), de manière efficace. Afin d'explorer le lien inséparable entre l'interprétation juridique et la violence, chacun de ces trois éléments doit être examiné tour à tour.

20. Sur la violence que les poètes forts font subir à leurs ancêtres littéraires, voir H. BLOOM, *THE ANXIETY OF INFLUENCE* (1973), H. BLOOM, *THE BREAKING OF THE VESSELS* (1982), et une grande partie des autres travaux de Bloom depuis *Anxiety*. Les juges, comme tous lecteurs et écrivains, font violence à leurs prédécesseurs littéraires, i.e. judiciaires. Pour une application intéressante de la thèse centrale de Bloom au droit, voir D. Cole, *Agon and Agora : Creative Misreadings in the First Amendment Tradition*, 95 YALE L.J. 857 (1986). Cole reconnaît que le lien entre le droit et la violence distingue l'interprétation juridique de l'interprétation littéraire, bien qu'il ne développe malheureusement pas ce point. *Id.*, p. 904.

L'anxiété de l'influence juridique a été assez justement et joliment exprimée un peu plus tôt par Learned Hand dans son hommage à Cardozo, *Mr. Justice Cardozo*, 39 COLUM. L. REV. 9 (1939). Ce que je veux dire ici, ce n'est pas que les juges ne font pas aux parents littéraires le genre de violence figurative que font les poètes, mais qu'ils exercent en outre une forme de violence beaucoup plus littérale par leurs interprétations que les poètes ne partagent pas. Il est significatif, et le fait a souvent été relevé, que l'immédiateté du lien entre le juge et la violence de la punition a changé au cours des siècles. Voir, par exemple, M. FOUCAULT, *DISCIPLINE AND PUNISH : THE BIRTH OF THE PRISON* (A. Sheridan trans. 1977). Il est certain qu'aux États-Unis aujourd'hui, la responsabilité évidente du juge dans la violence de la punition exige une appréciation - que tous ceux qui vivent dans cette société acquièrent - de la forme organisationnelle de l'action. En ce sens, la réalité « naïve » ne doit pas être considérée comme trop significative. Il n'est pas nécessaire d'être sophistiqué pour comprendre la violence du jugement, mais ce n'est pas non plus une forme de violence aussi naïve que si les juges exécutaient leur propre sentence. Sur les implications de ce point, voir *infra* p. 1626-27.

21. Cover, *supra* note 2, à 40-44.

22. La violence des juges et des fonctionnaires d'un ordre constitutionnel donné est généralement considérée comme implicite dans la pratique du droit et du gouvernement. La violence est tellement intrinsèque à cette activité, tellement considérée comme allant de soi, qu'il n'est pas nécessaire de la mentionner. Par exemple, lisez la Constitution. Nulle part elle n'énonce, comme principe général, l'évidence - que le gouvernement ainsi ordonné et établi a le pouvoir de pratiquer la violence sur son peuple. Il n'est pas nécessaire d'énoncer cette proposition générale, car elle est comprise dans l'idée même de gouvernement. Elle est, bien sûr, également directement implicite dans nombre de pouvoirs spécifiques accordés au gouvernement général ou à une branche ou un fonctionnaire spécifique de celui-ci. Par exemple, U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 1 (« Pouvoir de lever et de percevoir des impôts ... et d'assurer la défense commune »); *id.*, cl. 6 (« Prévoir la répression de la contrefaçon »); *id.*, cl. 10 (« Définir et punir la Piraterie »); *id.*, cl. 11 (« Déclarer la guerre »); *id.*, art. 15 (« Prévoir le recours à la Milice pour exécuter les Lois de l'Union, réprimer les Insurrections et repousser les Invasions; »); *id.*, art. IV, § 2, cls. 2-3 (prévoyant la reddition des fugitifs de la justice et du service).

## A. L'interprétation juridique comme activité pratique

L'interprétation juridique est une forme de sagesse pratique<sup>23</sup>. Idéalement elle vise à « imposer une certaine signification à une institution... et à la transformer conformément à celle-ci<sup>24</sup> ». Il persiste néanmoins une certaine dichotomie

23. Sur la sagesse pratique, voir ARISTOTE, L'ÉTHIQUE À NICOMAQUE 1140a(24) à 1140b(30).

24. R. DWORKIN, *supra* note 2, p. 47. L'opus de Dworkin, qui célèbre ce qu'il appelle « l'intégrité » d'une interprétation cohérente et constante, s'inscrit dans une longue tradition de travaux qui développent l'intuition fondamentale d'Aristote sur la nature de la délibération. Aristote a attribué le vaste domaine de la délibération normative, dont l'interprétation juridique est constituée, à la sagesse pratique ou *phronesis*, qu'il a distinguée de la connaissance spéculative. ARISTOTE, *supra* note 23, p. 1139b(14) à 1140b(30). Sur la *phronesis*, voir aussi H. ARENDT, WILLING 59-62 (1977). La sagesse pratique, selon Aristote, est une forme de compréhension appliquée : elle ne consiste pas, comme la connaissance, en des vérités pré-existantes. Elle implique une délibération - une activité qui n'a pas de sens par rapport à la vérité logique. La délibération engage la pertinence de la compréhension du passé par rapport au présent par une « découverte » réflexive de ce qui est implicite dans la compréhension du passé. La connaissance technique a également un caractère appliqué, mais la sagesse pratique, appartenant à la sphère normative, ne peut être mesurée par une norme externe telle que l'utilité, car elle consiste en l'application de la compréhension à la formation de soi.

Hans Georg Gadamer a accordé à ces caractéristiques de la sagesse pratique une place centrale dans ce qu'il a appelé « les sciences humaines ». H. GADAMER, TRUTH AND METHOD 5-10 and *passim* (G. Barden & J. Cumming eds. 2d ed. 1975). Gadamer a trouvé que ces actes interpersonnels et constructifs de compréhension - herméneutique ou interprétation - étaient le plus clairement illustrés par ce qu'il a appelé la « dogmatique juridique ». Le projet de Gadamer peut être compris dans une certaine mesure comme une tentative d'appréhender toute la compréhension humaine en termes de *phronesis*, c'est-à-dire de prendre la catégorie de la pensée appliquée qui définit notre situation en tant qu'acteurs moraux et de généraliser cette situation pour inclure toute la vie. « Comprendre est donc un cas particulier d'application de quelque chose d'universel à une situation particulière. » *Id.*, p. 278.

Pour Gadamer, Aristote est la source - celui qui place l'action et la lutte au centre de la philosophie morale. « La description par Aristote du phénomène éthique et surtout de la vertu de la connaissance morale ... est en fait une sorte de modèle des problèmes de l'herméneutique ... L'application n'est pas une partie ultérieure ou simplement occasionnelle du phénomène de la compréhension, mais elle le codétermine dans son ensemble dès le début ». *Id.*, p. 289. Gadamer s'inspire d'Aristote en intégrant la pensée fondamentale de Heidegger selon laquelle nous sommes toujours situés dans le monde, en construisant les mondes futurs que nous habiterons. Nous le faisons par l'interprétation qui est à la fois une découverte de ce que nous savons et une nouvelle compréhension de ce « connu » qui nous permet de découvrir davantage sur ce que nous savons. S'appuyant sur Heidegger, Gadamer pose l'unité de toute herméneutique, de toute activité interprétative. Parce que toute compréhension est une construction à la fois de soi et du monde, elle est dans une certaine mesure pratique et sociale, et donc jamais séparée de l'éthique.

La pratique de l'interprétation juridique par le juge n'est pas différente de tout autre exercice d'herméneutique. Elle illustre la construction mutuelle et réflexive des effets du texte, de la compréhension préalable du texte (tradition), de l'application actuelle et de la compréhension telle qu'elle est appliquée, et de l'engagement futur. Et la dogmatique juridique est pour Gadamer le « modèle de l'unité de l'intérêt dogmatique et historique et donc aussi de l'unité de l'herméneutique dans son ensemble ». J. WEINSHEIMER, GADAMER'S HERMENEUTICS, A READING OF *Truth and Method* 194 (1985).

La place centrale qu'accorde Gadamer à la dogmatique juridique dans l'entreprise générale de compréhension des sciences humaines constitue une invitation - ou peut-être une tentation - à destination des chercheurs qui pensent le droit comme construction d'un système de signification normative. Si l'on peut commencer à comprendre le monde entier des sciences humaines, c'est-à-dire les nombreuses formes d'activité interprétative, en termes de droit, il devrait être possible de placer cet élément commun d'interprétation au cœur du droit lui-même. Cela semble en effet avoir été l'effet de la lente diffusion des idées sur l'interprétation aux chercheurs en droit aux États-Unis.

Ronald Dworkin synthétise ces idées interprétativistes dans son nouvel ouvrage, *Law's Empire*. R. DWORKIN, *supra* note 2. *Law's Empire* est une élaboration majeure de la forme réflexive et délibérative de la sagesse pratique enracinée dans la *phronesis* d'Aristote. Il s'appuie également

entre la pensée et l'action. C'est une chose que de savoir quoi faire, c'en est une autre de le faire. Le fait d'agir implique un acte de volonté et peut requérir du courage ainsi que de la persévérance. S'agissant d'actions individuelles nous pensons couramment que de telles qualités sont fonction de la motivation, du caractère ou de la psychologie. L'interprétation juridique est une activité pratique, quoi que dans un sens bien différent. La parole de justice emporte mandat pour les actes d'autrui. Si tel n'était pas le cas, les objectifs pratiques du processus de délibération ne pourraient être atteints, le cas échéant, que par des moyens plus indirects et plus risqués. Le contexte d'un énoncé judiciaire est un comportement institutionnel dans lequel on peut s'attendre à ce que d'autres personnes, occupant des rôles préexistants, agissent, mettent en œuvre ou répondent d'une manière déterminée à l'interprétation donnée par le juge. Ainsi, le contexte institutionnel lie l'acte linguistique de compréhension pratique aux actes physiques d'autres d'une manière prévisible, bien que non nécessaire sur le plan logique<sup>25</sup>. Ces interprétations ne sont donc pas seulement « pratiques », elles constituent elles-mêmes des pratiques.

Formellement, tant sur le plan normatif que descriptif, il existe ou peut exister des règles et principes qui décrivent la relation entre l'interprétation des juges et les actes qui s'ensuivent. Ces règles et principes sont ce que H.L.A. Hart a appelé des « règles secondaires<sup>26</sup> ». La coopération entre les spécialistes de l'interprétation et les autres acteurs d'une organisation sociale est définie par un minimum de règles et principes secondaires. Les documents prescriptifs secondaires visent à établir les normes de ce que devraient être ces relations ; les règles et principes descriptifs secondaires permettent de prédire avec précision les modalités de la coopération. Bien entendu, dans tout système donné, il n'est pas nécessaire qu'il y ait un degré particulier de correspondance entre les règles secondaires prescriptives et descriptives.

Les règles et principes secondaires servent de modèle pour transformer le langage en action, la parole en acte. À ce titre, ils occupent une place critique dans l'analyse de l'interprétation juridique proposée ici. Le philosophe du droit peut nous présenter un modèle de juge hypothétique capable d'acquiescer une

---

sur la critique antérieure du positivisme juridique de Dworkin pour faire de l'« interprétation » l'activité centrale de l'acte judiciaire tout en maintenant l'acte judiciaire au centre du droit. J'adhère sans réserve à l'idée que la forme dominante de la pensée juridique doit être interprétative au sens large du terme. Cependant, l'émergence de l'interprétation comme motif central ne reflète pas, en soi, la manière dont les actes interprétatifs des juges sont également des déclarations performatives dans un cadre institutionnel de comportement violent.

25. On pourrait dire que les institutions créent le contexte permettant de transformer le contingent en nécessaire. Voir H. ARENDT, *supra* note 24, à 14 ; voir aussi J. SEARLE, *SPEECH ACTS* (1969).

26. H.L.A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* 77-106 (1961). Dworkin a habilement contesté le rôle prétendument central des règles secondaires dans une théorie du droit. R. DWORKIN, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY* (1977). La critique de Dworkin est la plus éloquente en ce qu'elle remet en cause l'idée que les règles de reconnaissance tiennent compte de manière adéquate de certains principes qui ont force de loi. Voir également Cover, *supra* note 2. Cependant, certaines règles secondaires de reconnaissance sont conçues non pas pour générer la reconnaissance du contenu des règles ou des principes mais pour reconnaître les résultats qui doivent être réalisés. Autrement dit, certaines règles secondaires organisent la coopération sociale dans les actes violents de la loi. Dans l'ensemble, les règles secondaires qui organisent la violence de la loi sont plus claires et plus hiérarchisées que celles qui organisent le contenu idéologique de la loi. Pour un excellent examen de l'importance de la position de Dworkin pour la viabilité du positivisme juridique en tant que système, voir Coleman, *Negative and Positive Positivism*, 11 J. LEG. STUD. 139 (1982).

compréhension herculéenne de l'ensemble des textes juridiques et sociaux pertinents pour un cas particulier et, à partir de cette compréhension, parvenir à une décision unique juridiquement correcte<sup>27</sup>. Mais cet acte d'interprétation mentale ne peut produire aucun effet par lui-même. L'écart entre la compréhension et l'action correspond grosso modo aux différences des rôles institutionnels, aux différences dans la division du travail et des diverses responsabilités que ces rôles représentent. Ainsi, ce qui peut être perçu comme un problème de volonté individuelle devient, dans un contexte institutionnel, principalement un problème d'organisation sociale. Ailleurs, j'ai qualifié la compréhension spécialisée de cette relation, entre l'interprétation du juge et l'organisation sociale nécessaire pour la transformer en réalité, « l'herméneutique des textes judiciaires<sup>28</sup> ». Cette compréhension spécialisée doit être au cœur du jugement.

## **B. L'interprétation au sein d'un système conçu pour générer de la violence**

Dès lors que des violences graves sont en cause, le fossé entre la pensée et l'action s'élargit car pour la plupart d'entre nous des considérations d'ordre évolutionnaires, psychologiques, culturelles et morales inhibent l'infliction de souffrance à autrui. Ces réserves ne sont bien entendu ni absolues ni universelles. Le comportement de certaines personnes déviantes est imperméable à ces inhibitions<sup>29</sup>. Par ailleurs, nous éprouvons tous une forme de fascination et d'attirance pour la violence tout en étant repoussé par elle<sup>30</sup>. Enfin, et pour en revenir à notre sujet, des repères sociaux peuvent nous permettre de surpasser voir de supprimer ce dégoût pour la violence dans certaines circonstances<sup>31</sup>. Ces limites ne démentent pas la puissance des inhibitions contre la violence. En effet, elles deux créent les conditions sans lesquelles le droit serait inutile ou impossible. Si de telles inhibitions contre l'affliction de violence étaient parfaites, le recours au droit serait inutile ; si nous n'étions capables de les surpasser par des signaux sociaux, le droit serait impraticable.

27. Voir R. DWORKIN, *supra* note 26, à 105-30 ; voir aussi *infra* note 61.

28. Cover, *supra* note 2, à 53-60.

29. Il y a des personnes dont le comportement est à la fois violent envers les autres et apparemment insouciant, au mépris des conséquences violentes pour elles-mêmes. De plus, ce comportement s'accompagne souvent d'une étrange absence d'affect. La classification de ces personnes comme souffrant de troubles mentaux est très contestée. Néanmoins, à l'heure actuelle, il existe une variété de labels qui peuvent être appliqués de manière appropriée sur la base de l'une ou l'autre autorité. Voir, par exemple, AM. PSYCHIATRIC ASSOC., DIAGNOSTIC AND STATISTICAL MANUAL OF MENTAL DISORDERS 317-21 (3d ed. 1980) (diagnostiquant des personnes similaires à celles décrites ci-dessus comme souffrant de « trouble de la personnalité antisociale »). Pour certaines classifications antérieures, voir W. MCCORP & J. MCCORP, THE PSYCHOPATH 39-55 (1964).

30. Voir, par exemple, C. FORD & F. BEACH, PATTERNS OF SEXUAL BEHAVIOR 64-65 (1951) (diverses réponses culturelles à la mise en relation de la douleur et de la sexualité). La question de savoir s'il existe une attirance sado-masochiste plus profonde pour la douleur ou la violence impliquant des formes plus graves d'imposition ou de souffrance de la douleur qui soit également universelle est controversée. L'attrait pour la violence peut également être expliqué par une impulsion d'« agression ». Voir en général K. LORENZ, ON AGGRESSION (M. Wilson trans. 1966).

31. Voir, par exemple, S. MILGRAM, OBEDIENCE TO AUTHORITY (1974). Les expériences de Milgram sont examinées et placées dans le contexte d'un ensemble beaucoup plus vaste de travaux expérimentaux et de documents empiriques sur la prise de décision dans I. JANIS & L. MANN, DECISION MAKING : A PSYCHOLOGICAL ANALYSIS OF CONFLICTS, CHOICE, AND COMMITMENT 268-71 (1977).

Dans la mesure où la pratique du droit serait insuffisante sans le recours à la violence – puisqu’elle repose sur l’exercice socialisé de la violence pour être efficace – celle-ci doit être solidement associée aux signaux qui permettent de surpasser ou d’éliminer les mécanismes psycho-sociaux qui entravent généralement les actions génératrices de douleur ou de mort. Les interprétations qui produisent de la violence sont distinctes des actes violents qu’elles produisent. Quand des juges interprètent la loi dans un contexte officiel, nous nous attendons à observer un lien étroit entre leurs mots et les actes qu’ils ordonnent. En d’autres termes, nous attendons de la parole judiciaire qu’elle serve d’appel à l’action. Ainsi nous ne nous attendrions pas, par exemple, à ce que des récriminations ou décisions prises par les geôliers contreviennent à une situation décidée par l’autorité judiciaire. Mais une telle banalisation des comportements violents nécessite une forme d’organisation capable d’opérer simultanément dans les domaines de l’action et de l’interprétation. Afin de comprendre la violence qui réside dans l’activité interprétative du juge, nous devons également saisir la manière dont cette activité est transformée en acte violent en dépit de l’inhibition générale à leur égard ; afin de comprendre le sens d’un tel acte de violence, nous devons également saisir de quelle manière l’activité interprétative l’autorise et le légitime.

S’il est difficile de dresser de manière intelligible un tableau complet des multiples manières par lesquelles l’organisation du système juridique parvient à surpasser les inhibitions contre la violence, je souhaite néanmoins relever certains de ces codes sociaux qui le permettent. Ici la littérature de psychologie sociale peut nous être utile. La plus connue des études et théories sur les codes sociaux et leur rôle dans le dépassement des inhibitions contre l’infliction de douleur est l’*Obéissance à l’Autorité* de Milgram<sup>32</sup>. Dans l’expérience de Milgram, des sujets appliquent ce qu’ils pensent être des chocs électriques à des personnes qu’ils pensent être des sujets expérimentaux. Ceci sous la direction d’un supposé expérimentateur. Les véritables sujets expérimentaux – ceux qui administraient les chocs – présentaient un haut degré de soumission aux figures d’autorité en dépit de la douleur apparente ressentie par les faux sujets de l’expérience. De ces résultats, Milgram a produit une théorie qui est à certains égards incomplète. La partie essentielle de sa théorie repose sur la distinction qu’il établit entre les actions réalisées dans un état « autonome » et celles réalisées dans un état « agentique ». Milgram postule l’idée d’une évolution de la disposition de l’homme à agir dans un mode « agentique » au sein des hiérarchies, puisque les membres d’un groupe constitué de hiérarchies organisées étaient plus susceptibles de survivre que les membres de groupes sociaux moins organisés. Simultanément, la « conscience » ou le « super-égo » ont évolué conformément au besoin d’autonomie de comportement et de jugement induit par l’évolution des structures sociales. C’est ce comportement autonome qui vient limiter la tendance à infliger de la douleur à autrui. Mais cette tendance à l’autonomie du comportement devait pouvoir être supprimée ou subordonnée aux caractéristiques de l’action « agentique » dès lors que les individus agissaient au sein de structures hiérarchiques. Outre ses théories sur les mécanismes évolutionnaires propres à l’espèce, Milgram note également que les formes d’apprentissage et de conditionnement spécifiques à l’individu ou à la culture peuvent conduire à un

---

32. S. MILGRAM, *supra* note 31.

comportement agentique au sein de structures hiérarchiques<sup>33</sup>. Ainsi, pour expliquer l'« état agentique », Milgram considère que « les systèmes institutionnels d'autorité » jouent un rôle clef en fournissant les signaux qui font basculer un comportement de l'état autonome à l'état agentique requis pour faire fonctionner les hiérarchies<sup>34</sup>. Selon Milgram, les signaux qui invitent au dépassement de l'autonomie de conscience ou d'action sont constitués de commandements, ordres ou signaux endossés par l'institution, émanant d'autorités institutionnelles légitimes caractéristiques de l'organisation hiérarchique humaine<sup>35</sup>.

À l'évidence, il existe bien d'autres manières de penser la facilitation de la violence par les rôles institutionnels. En soutenant, par exemple, que les êtres humains ont une inclination naturelle ou instinctive vers la violence qu'un certain nombre de comportements acquis permettent de limiter. Les situations de violence institutionnellement déterminées peuvent dès lors être perçues comme les exutoires d'une violence que nous chercherions normalement à exercer sans modération. Certains chercheurs ont envisagé l'hypothèse, depuis une perspective psycho-analytique, que les structures formelles d'infliction de la violence permettaient aux individus de nier à eux-mêmes leurs désirs de violence en « déléguant » cette violence à d'autres<sup>36</sup>.

Il existe une grande différence entre les théories de la violence institutionnelle de Milgram et celles d'Anna Freud ou Konrad Lorenz, ainsi qu'entre les suppositions sur la nature humaine qui les soutiennent. En revanche elles partagent un besoin commun d'expliquer un certain comportement. Les personnes agissant au sein d'organisations sociales autoritaires agissent avec violence sans ressentir les inhibitions normales ou le niveau normal d'inhibition qui régissent le comportement des individus agissant de manière autonome. Quand les juges interprètent ils déclenchent un comportement agentique au sein d'une telle institution ou organisation sociale. D'un côté les juges semblent proposer, et peuvent effectivement proposer, à un public déterminé leur compréhension du monde normatif. Mais d'un autre côté ils amorcent un comportement violent à travers lequel une partie substantielle du public perd sa capacité à penser et à agir de manière autonome.

### ***C. L'interprétation et l'organisation pratique de la violence***

Un troisième facteur distingue l'autorisation à commettre des violences comme produit d'un exercice délibératif ou interprétatif des actes de violence en fait. Ces

---

33. *Id.*, p. 135-38. Milgram suggère même qu'il pourrait y avoir des régulateurs chimio-neurologiques de cette subordination.

34. *Id.* à 123-64.

35. *Id.*, p. 125-30, 143-48. Milgram soumet également à juste titre sa théorie à la question de savoir si le comportement qu'il a observé dans ses expériences pourrait être mieux expliqué en postulant une impulsion générale ou une tendance à l'agression qui est intégrée à l'être humain et qui est normalement supprimée par des facteurs sociaux. Les expériences pourraient alors être comprises comme des opportunités créées par la suppression des contraintes sociales inhibant la violence pour que l'agression préexistante puisse émerger. *Id.*, p. 165-68. Il n'est pas évident que les deux théories s'excluent mutuellement.

36. Anna Freud suit Stone en appelant le phénomène « délégation ». « L'individu se refuse à réaliser des désirs agressifs mais en concède l'autorisation à un organisme supérieur tel que l'État, la police, l'armée ou les autorités judiciaires ». A. Freud, *Comments on Aggression*, in *PSYCHOANALYTIC PSYCHOLOGY OF NORMAL DEVELOPMENT* 161 (1981) (Vol. VIII of *THE WRITINGS OF ANNA FREUD*). Je suis redevable à Diane Cover pour cette référence.

faits de violence sont rarement ressentis par la victime hors contexte de domination<sup>37</sup>. Pareil contexte peut être manifestement coercitif, violent ou peut être le produit d'une histoire de la violence qui conditionne les attentes des acteurs. Pour être effective l'infliction de violence requiert la satisfaction de conditions sociales préalables. Peu d'entre nous sont assez courageux ou téméraires pour *agir* violemment d'une manière intransigeante sans s'inquiéter de la réaction probable des personnes auxquelles nous imposons notre volonté<sup>38</sup>.

Si l'interprétation juridique implique une action dans un champ de douleur et de mort, nous devons nous attendre à trouver dans l'acte d'interprétation une attention particulière aux *conditions de domination effective*. En l'absence de domination effective, soit notre compréhension du droit sera ajustée de manière à n'exiger que la part de domination à laquelle peuvent raisonnablement s'attendre des personnes en situation de représailles, de résistance et de revanche<sup>39</sup>, soit il y aura une crise de crédibilité. Au fil du temps, la loi peut n'avoir qu'une relation vague avec les actes dont elle autorise l'exécution au niveau institutionnel<sup>40</sup>. Mais une telle dichotomie peut avoir d'importantes conséquences si elle

---

37. Mon collègue, Harlon Dalton, rapporte le sentiment de certaines personnes qui ont travaillé comme greffiers pour des juges de la Cour d'appel du deuxième circuit, selon lequel les juges semblent réticents à confirmer les condamnations prononcées par le tribunal lorsqu'ils pensent que l'accusé est présent dans la salle d'audience. Dalton suggère deux raisons pour expliquer la tendance à réserver la décision dans de tels cas. Premièrement, les juges souhaitent donner l'impression de délibérer afin de minimiser, dans la mesure du possible, l'insatisfaction du perdant par rapport au résultat; deuxièmement, et c'est plus important, les juges souhaitent éviter qu'un défendeur mécontent (dont les inhibitions contre la perpétration de la violence ne sont pas ce qu'elles pourraient être) décide de « s'approcher de la barre », pour ainsi dire. Dalton raconte la scène dont il a été témoin lorsqu'il était greffier d'un juge de district récemment appointé, qui a commis l'erreur de prononcer la sentence dans la petite salle du vestiaire située derrière la salle d'audience. (La salle d'audience était temporairement indisponible pour une raison ou une autre.) La demande de l'accusé d'assurer la présence de sa famille lors du prononcé de la peine a bien entendu été acceptée. En conséquence, le juge a dû affronter une femme en pleurs, des enfants déprimés, un avocat qui pouvait désormais exprimer ses émotions sur une scène intime, et un accusé qui a pu donner son allocution en face à face avec le juge à une distance de dix pieds tout au plus. Il était donc impossible pour le juge de se cacher ou de s'isoler de la violence qui découlerait des mots qu'il allait prononcer et il était visiblement secoué lorsqu'il prononçait sa sentence. Malgré cela, ni lui ni Dalton n'étaient préparés à ce qui allait suivre. L'accusé a commencé à crier et à supplier le juge de changer d'avis, sa femme s'est mise à sangloter bruyamment, l'accusé s'est précipité sans but apparent, sauf, littéralement, pour arriver jusqu'au juge qui lui faisait cette horrible chose. Comme les sièges de la salle de vestiaire n'ont pas été conçus dans un souci de sécurité, il a fallu au policier un moment ou deux - un long moment ou deux - pour maîtriser l'accusé. Ensuite, comme la seule sortie de la pièce se trouvait derrière l'endroit où le défendeur et sa famille avaient été assis, le juge a dû attendre qu'ils soient respectivement forcés de partir avant de pouvoir faire sa sortie, témoignant ainsi directement de la façon dont ses paroles ont été traduites en actes. Je suis reconnaissant à Harlon Dalton pour ce témoignage.

38. C'est la fantaisie de ce jeu qui explique l'attrait de tant de héros violents. Là où les systèmes de dissuasion et de justice dépendent ou ont dépendu en fait d'actes de violence à haut risque, la tentation a été grande d'éviter les principes trop élevés. Dans de nombreuses sociétés en conflit, le principal problème social ne semble pas avoir été de savoir comment mettre fin aux querelles, mais comment amener les protagonistes réticents à agir de manière à protéger les membres vulnérables ou à les venger. Miller, *Choosing the Avenger : Some Aspects of the Bloodfeud in Medieval Iceland and England*, 1 LAW AND HIST. REV. 159, 160-62, 175 (1983).

39. Voir le corpus des travaux de Miller sur les querelles islandaises. *Id.* aux pages 175-94. Voir également W. Miller, *Gift, Sale, Payment, Raid : Case Studies in the Negotiation and Classification of Exchange in Medieval Iceland*, 61 SPECULUM 18-50 (1986); cf. E. AYERS, VENGEANCE AND JUSTICE : CRIME AND PUNISHMENT IN THE 19TH CENTURY AMERICAN SOUTH 18 (1984) (« Honneur et légalisme sont... incompatibles »).

40. Par exemple, le récit du différend au sein de la théorie juridique chiite sur la question

est *intégrée* à la loi. Dans notre système juridique séculaire, on doit considérer qu'il s'agit d'une évolution non souhaitable.

#### ***D. L'interprétation juridique comme interprétation liée***

Ainsi l'interprétation juridique n'est jamais « libre » ; elle n'est jamais le résultat de la seule compréhension d'un texte ou d'un mot. Elle n'est pas d'avantage le simple produit de ce que l'interprète estime être le « texte social », une lecture de toutes les données sociales pertinentes. L'interprétation juridique doit être capable de se muer en action ; de surpasser ses préventions contre la commission de violence afin de produire les actes attendus ; d'atteindre un degré de violence suffisant pour dissuader les vellétés de représailles ou de revanche.

Afin de préserver ces liens essentiels avec la pratique de violence effective, l'interprétation juridique doit réfléchir à sa propre organisation sociale. Ce faisant, l'interprète abandonne un peu de son indépendance d'esprit et de jugement puisque la signification juridique qu'un hypothétique Hercule pourrait faire émerger de l'océan de textes juridiques et sociaux n'est qu'un des éléments de la pratique institutionnelle que nous appelons droit. La cohérence de la signification juridique n'est qu'une partie de l'interprétation juridique. Mais celle-ci peut aller à l'encontre du besoin de produire une action concrète dans un contexte de violence. Et ni l'action concrète ni la cohérence des significations ne peuvent tenir, séparément ou ensemble, sans coopération de l'ensemble d'une structure sociale. Ainsi l'interprétation juridique est une forme d'interprétation liée, tant à l'application effective (des actes qu'elle produit) qu'à l'écologie des rôles judiciaires (les conditions d'effectivité de la violence). Ces liens sont réciproques. Les faits de violence sociale tels que nous les connaissons doivent être rendus intelligibles mais sont également soumis à l'interprétation et aux types de comportement contraints et spécialisés que sont les « rôles ». De ces rôles, nous attendons un comportement qui ne peut exister sans une interprétation explicative de formes d'action ou d'inaction autrement dénuées de tout sens ainsi que sans une compréhension des actes qu'ils sont conçus pour produire.

L'interprétation peut être le fait de juges ou de citoyens, de législateurs ou de présidents, d'opposants au texte ou de manifestants. Chaque catégorie d'interprète s'exprime depuis un espace institutionnel particulier. Chacune a une conception divergente des implications matérielles et morales qu'emporte toute interprétation de la Constitution. Chacune de ces conceptions varie au gré des rôles et des engagements moraux. Mais toujours en portant, à des degrés variés, une attention particulière aux mots, aux faits et aux rôles. La relation entre ces 3 éléments est le fruit de la pratique de l'interprétation juridique – et de son contexte de violence – et constitue donc l'élément le plus déterminant du processus d'interprétation juridique.

---

de savoir s'il était permis de mettre en place un gouvernement ouvertement chiite avant l'avènement du douzième imam reflète cette dichotomie dans un contexte religieux. Voir R. MOTTAHEDEH, *THE MANTLE OF THE PROPHET : RELIGION AND POLITICS IN IRAN* 172-73 (1985). Selon la croyance chiite, seul l'avènement de cet « Imam de l'époque » apporterait la possibilité d'une communauté politique islamique parfaite. *Id.* aux pages 92-93.



### III. L'interprétation et l'action concrète : le cas du jugement pénal

Le caractère lié de l'interprétation juridique s'apprécie mieux en analysant un acte juridique courant – le prononcé d'une sanction pénale – depuis le point de vue du juge. Un tel acte est peu concerné par les problématiques de réparation et de responsabilité qui ont largement occupé les commentateurs à propos, par exemple, des demandes reconventionnelles [*affirmative relief*] dans le cadre des injonctions judiciaires [*institutional reform litigation*] ou des affaires complexes de « questions politiques<sup>41</sup> ». En imposant une peine en matière pénale, les juges sont dans leur domaine. Par là je ne veux pas dire qu'il ne saurait y avoir de désaccords quant à la manière dont la peine est prononcée : avec ou sans discrétion, en s'attachant à des critères objectifs ou à des critères subjectifs. Mais cet acte est et a été de longue date un acte judiciaire, un de ceux qui ne requièrent pas de nouvelles manière d'interagir avec d'autres officiels ou d'autres citoyens.

Est considérée acquise la forme de coopération qui s'assure, on peut l'espérer, de l'efficacité de la domination présente et à venir de la victime de la violence d'état : la personne condamnée. La fonction du juge devient dangereuse, en effet, dès lors que les conditions de la domination de la victime et de ses alliés font défaut. L'histoire nous a donné à voir le résultat d'une domination inefficace à l'occasion de rares procès dans notre pays et à de nombreuses reprises dans bien d'autres nations<sup>42</sup>. Le prononcé d'une peine implique donc la participation de la police, des surveillants pénitentiaires et de bien d'autres agents qui contraignent le prisonnier (ou le rendent libre sous réserve de préserver la possibilité d'une contrainte future) sur ordre d'un juge, et d'autres qui empêcheront le condamné de fuir et protégeront les juges, procureurs, témoins et gardiens d'une quelconque vengeance.

En prononçant une peine le juge prend pour acquis le rôle de toute une structure que l'on peut comparer à une "courroie de transmission" du moteur de la justice. C'est grâce à elle que l'interprétation judiciaire peut se transformer en acte ; un pareil lien entre le mot et le fait qui repose sur un système de coopération sociale existant. Ce système met à disposition du juge un immense pouvoir – les conditions de domination réelle – si nécessaire. Il garantit – du moins il est censé garantir – une relative adhésion à la parole du juge à travers les actes menés à l'encontre de la personne détenue.

---

41. Mon argument n'est pas simplement qu'il existe des considérations prudentielles dans certaines sous-catégories d'affaires qui rendent sage ou politique ou nécessaire pour le juge de s'en remettre aux souhaits ou aux politiques supposés d'autres acteurs politiques. Mon argument est plutôt que dans chaque acte – même si l'on pense qu'il « appartient » aux juges – il y a un élément de déférence nécessaire aux exigences de transformation de la pensée judiciaire en action violente.

42. Une domination inefficace a entraîné, par exemple, les précautions de sécurité extraordinaires qui ont été prises dans les procès les plus importants de la mafia en Italie. Cela se reflète dans les échecs de la justice de Weimar. Voir P. GAY, WEIMAR CULTURE : THE OUTSIDER AS INSIDER 20-21 (1968). Nous ne devons pas supposer que notre propre système juridique est entièrement exempt de tels problèmes. Si les juges, dans l'ensemble, s'en sortent remarquablement bien compte tenu du nombre de personnes qu'ils blessent, il existe des cas occasionnels de violence à l'encontre des juges. Et le problème de la protection des témoins est un problème persistant et grave pour le système de justice pénale.

## A. Révéler les facteurs latents des rôles

Si la structure institutionnelle – le système des rôles – fait produire à l’interprétation d’un juge certains effets, transformant cette compréhension en « loi », elle confère un sens aux actes qui engendrent cette transformation, les rendant légitimes car « légaux ». La tâche centrale de l’interprète juridique est de s’occuper des aspects problématiques de l’implication des rôles, des actes et des mots, non seulement dans les cas où la violence est dépourvue de signification mais également dans ceux où la signification est dépourvue de violence.

Dans un pays comme le nôtre, dans lequel les conditions de contrainte par l’État sont rarement complètement absentes, il est aisé de supposer que d’honnêtes fonctionnaires mettront en œuvre les décisions judiciaires et que des juges seront enclins à rendre leurs décisions conformément à la loi. L’importance de la structure du pris-pour-acquis ne nous apparaît jamais plus clairement qu’en examinant une décision dans laquelle elle fait défaut. La décision rendue par le juge Herbet Stern dans *États-Unis c. Tiede*<sup>43</sup> fait preuve d’une lucidité inhabituelle en révélant l’importance des relations institutionnelles entre la parole du juge et les actes de violence qu’elle permet.

Le juge Stern était (et est) un juge du district fédéral du New-Jersey. En 1979 il fut désigné juge de l’Article II à la Cour des États-Unis de Berlin. Cet évènement unique, la seule convocation de la Cour de Berlin, était une réponse à la réticence de l’Allemagne de l’Ouest à poursuivre deux pirates de l’air qui avaient utilisé un pistolet en plastique pour menacer l’équipage d’un avion polonais volant depuis Gdansk à destination de Berlin-Est et l’avaient forcé à atterrir à Berlin-Ouest. Le statut officiel de ville « occupée » qu’avait Berlin permettait aux Allemands de transférer la responsabilité de poursuivre les pirates de l’air aux États-Unis<sup>44</sup>.

Stern a tiré de ce procès inhabituel un récit émouvant, faisant état du long combat mené contre le Gouvernement des États-Unis au sujet de l’application de la Constitution américaine à la procédure. À l’issue du procès dont le Ministère Public interjeta appel et de la déclaration de culpabilité prononcée sur un des chefs de poursuite Stern dut réaliser le « simple » acte interprétatif consistant à prononcer la peine appropriée. Pour ce qui relève de l’interprétation des éléments relatifs à la peine il s’agissait en effet d’un acte « simple », un acte par lequel la loi allemande d’interprétation claire devait être appliquée de manière relativement simple en vertu de la loi américaine régissant les juridictions d’occupation<sup>45</sup>.

Stern a brillamment mis en lumière les carences d’un tel raisonnement. L’acte d’interprétation juridique de la peine produit un fait – la matérialisation concrète de la violence de la punition à l’encontre d’un accusé. Mais ceux-ci – la

43. 86 F.R.D. 227 (U.S. Ct. for Berlin 1979). L’opinion rapportée n’englobe que certaines questions de procédure qui se sont posées au cours du procès, principalement la question de savoir si les défendeurs avaient droit à un procès avec jury. On trouvera un compte rendu complet du procès et des différentes décisions rendues au cours de celui-ci dans H. STERN, JUDGMENT IN BERLIN (1984).

44. H. STERN, *supra* note 43, à 3-61.

45. Plusieurs autres questions d’interprétation importantes que celle traitée ci-dessous ont été soulevées lors de la détermination de la peine : par exemple, la question de savoir si l’offre d’une transaction par l’accusation à l’accusé en échange de la renonciation à l’exigence d’un procès devant jury devait avoir pour effet de limiter toute peine prononcée à une peine qui ne soit pas plus sévère que la transaction proposée, *id.* p. 344-45, et si le juge était tenu d’appliquer le droit allemand qui prévoyait une peine minimale obligatoire de trois ans pour l’infraction dont Tiede avait été reconnu coupable, *id.* p. 350-55.

parole judiciaire et le fait punitif – ne sont liés que par la coopération sociale de bien d'autres qui, dans leurs rôles d'avocats, de policiers, de surveillants pénitentiaires et magistrats, accomplissent les faits que la parole judiciaire autorise. La coopération entre ces responsables est normalement acquise mais, bien sûr, les conditions du succès de cette coopération peut faillir de différentes manières.

Voici comment le juge Stern rend compte de la condamnation de l'accusé, Hans Detlef Alexander Tiede :

Messieurs [s'adressant aux avocats du département de la justice américaine], je ne vous remettrai pas l'accusé . . . Je l'ai maintenu sous votre garde durant presque neuf mois maintenant . . . Vous m'avez persuadé. Je suis convaincu, aujourd'hui, que vous ne reconnaissez aucune des garanties du procès équitable . . .

Je n'ai nul besoin de me faire prophète pour comprendre que la Cour des États-Unis de Berlin n'est pas vouée à un grand avenir. [Stern venait de se faire ordonner de ne pas statuer sur une affaire civile contre les États-Unis dans ce tribunal. Cette affaire était un ultime recours dans une procédure compliquée d'acquisition par Berlin Ouest d'une parcelle de terrain – prétendument en violation du droit allemand – afin d'y construire un ensemble d'habitations pour le commandement armé américain à Berlin. Les officiels américains avaient refusé aux tribunaux allemands la possibilité de se prononcer sur l'affaire au motif qu'elle relevait des intérêts des forces d'occupation. Le jour précédent la condamnation, l'ambassadeur américain Walter Stoessel venait d'écrire officiellement à Stern que « votre compétence ne s'étend pas à ce domaine<sup>46</sup> ».]

. . .

Dans de telles circonstances, qui protégera Tiede if je vous le remets pour 4 ans ? En considérant la Constitution non-existante et vous-mêmes comme déchargés de toute contrainte, qui s'interposera entre vous et lui ? Quel juge ? De quel magistrat indépendant disposez-vous ? Quel magistrat indépendant allez-vous désigner ?

Quand un juge condamne, il place le condamné sous une garde – aux États-Unis il dit « je mets sous la garde du Procureur des États-Unis » – etc. Dans mon cas j'imagine qu'il dit, je mets sous la garde du Commandement ou du Secrétaire d'État, peu importe . . . Je ne le ferai pas. Pas dans ces circonstances . . .

Je vous condamne à une peine inférieure à la durée de votre détention provisoire. Vous . . . êtes un homme libre, dès maintenant<sup>47</sup>.

La remarquable phrase d'Herbert Stern n'est pas seulement un efficace, touchant plaidoyer pour l'indépendance de la justice, un plaidoyer contre l'asservissement que son gouvernement cherchait à lui imposer. C'est la dissection de l'anatomie de la sanction pénale dans un système constitutionnel. À cet égard, elle révèle le rôle propre de la parole du juge dans la mécanique de la condamnation pénale. Elle révèle la nécessité d'une structure latente de rôle pour rendre le prononcé d'une décision judiciaire moralement acceptable. Et elle affirme l'innécessaire moralité de la parole judiciaire courante lorsque la structure n'existe

---

46. *Id.* à 353.

47. *Id.* à 370.

plus. Presque toutes les décisions judiciaires se transforment en actions par les actes d'autres personnes – des actes enchâssés dans des rôles. Le juge doit voir, comme l'a fait Stern, que le sens de ses paroles peut changer lorsque les rôles de ces autres personnes changent. Nous avons une irrépressible tendance à penser que la violence constitutionnelle est toujours exercée dans des limites sanctionnées et circonscrites par l'institution et liée au conformisme d'autres à leur rôle. Stern a découvert le manque de fiabilité de cette hypothèse dans le contexte de Berlin et a « réinterprété » sa phrase en conséquence <sup>48</sup>.

## ***B. La peine de mort comme acte de violence interprétatif***

Les questions de savoir si la peine de mort est permise constitutionnellement et, si elle l'est, s'il convient de la prononcer, font partie des problèmes les plus difficiles qu'un juge est susceptible de rencontrer. Si la grammaire du prononcé d'une peine capitale peut sembler similaire à celle de toute autre peine, la peine de mort constitue un acte interprétatif singulier par au moins trois aspects. Le juge doit interpréter des sources constitutionnelle ou légale qui concernent le prononcé, pleinement adéquat ou seulement possible, de la peine de mort. Il doit interpréter cette source dans un contexte où l'application de celui-ci cause la mort d'autrui. Et il doit agir de manière à mettre en mouvement le mécanisme des actions d'autrui dont l'issue normale est la mise à mort du condamné. Nos juges n'ont *jamais* à tuer les condamnés eux-mêmes. Ils n'assistent pas à la mise en acte. Pourtant, ils sont pleinement conscients des effets que leurs mots produisent <sup>49</sup>.

L'état de confusion et d'émotion qui prévaut aujourd'hui à l'égard de la peine de mort aux États-Unis est – par bien des aspects – le résultat de ce que j'ai nommé le caractère lié de l'interprétation juridique, un entrelacs complexe de relations entre les mots et les faits. Pour toute personne dotée des inhibitions normales contre l'imposition de la douleur et de la mort, l'acte d'infliger la peine capitale implique un haut niveau de réticence et d'aversion qui constitue le gouffre à combler entre le mot et l'action. Car dans la peine de mort l'action est si extrême et irrévocable qu'elle met une grande pression sur le mot – l'interprétation qui fournit la justification juridique à l'action <sup>50</sup>. En même

48. Le juge Stern a été confronté à une situation inhabituelle : pas de système de tribunaux indépendants, et pas de contestation explicite de la part de ceux qui administreraient la violence officielle que leur pouvoir était limité par la constitution. Dans un sens, la situation était celle d'une anarchie *de jure*. Mais le raisonnement de Stern va au-delà du cas d'espèce ; il peut être étendu pour inclure, par exemple, l'état d'anarchie *de facto* qui règne dans de nombreuses prisons des États-Unis. Le contentieux de la réforme institutionnelle – qu'il soit appliqué aux prisons, aux écoles ou aux hôpitaux – soulève des questions complexes de pouvoir judiciaire de réparation. Très souvent, ces questions s'articulent autour de problèmes liés au pouvoir discrétionnaire dans l'administration des recours. Lorsqu'ils décident de délivrer une injonction, les juges « interprètent » souvent la loi à la lumière des difficultés qu'ils rencontrent pour exécuter leurs jugements. Mais la décision de Stern dans l'affaire *Tiede* suit une voie différente. Un juge peut avoir la capacité de modifier les actes de violence officiels ou ne pas l'avoir, mais il dispose toujours du pouvoir de refuser de justifier cette violence. Il peut être capable ou non de faire naître une bonne prison, mais il peut s'abstenir de condamner quiconque à une peine constitutionnellement inadéquate. Certains juges ont d'ailleurs suivi cette voie. Voir, par exemple, *Barnes c. Gouvernement des îles Vierges*, 415 F. Supp. 1218 (D.V.I. 1976).

49. La discrète distance qu'adoptent les juges avec la peine de mort contraste avec le spectacle de la peine capitale dans Hay, *Property, Authority and the Criminal Law*, dans ALBION'S FATAL TREE : CRIME AND SOCIETY IN EIGHTEENTH-CENTURY ENGLAND 28-29 (1975).

50. Cette pression pour une justification plus sûre de la peine de mort est à l'origine de la

temps, le fait que la peine de mort constitue l'exemple le plus évident, délibéré et réfléchi de l'interprétation juridique comme acte de violence fait du prononcé de cette peine un puissant moyen de s'assurer de la foi et de la détermination des interprètes<sup>51</sup>. Pas même le masque de la civilité, quand il existe, ne peut masquer la violence d'une peine de mort.

La peine capitale révèle bien d'avantage la structure de l'interprétation judiciaire que ne le font d'autres affaires. Participer à cette révélation constitue le caractère agonistique de la loi : la personne poursuivie et son avocat cherchent et exploitent toute partie de cette structure susceptible de tourner à leur avantage. Et ils s'y emploient sur une question pleinement liée à la vie et à la mort<sup>52</sup>.

Ainsi, dans le cas typique de la peine de mort aux États-Unis, le juge se voit constamment rappeler ce que la défense cherche constamment à exploiter : La structure des rôles interdépendants que le juge Stern a trouvé potentiellement absente à Berlin dans l'affaire *Tiede*. Considérez ce qui suit. Non seulement les acteurs de ces rôles exécutent la décision judiciaire – mais encore ils l'attendent ! Tous savent que les juges seront appelés, à maintes reprises, à examiner de façon exhaustive toutes possibilités d'interprétation que l'avocat de la défense pourrait soulever pour éviter la sentence. Et ils s'attendent à ce qu'aucune peine capitale ne soit exécutée sans plusieurs retards importants pendant lesquels les juges examinent un moyen de défense qui n'aurait pas encore été complètement examiné par leur juridiction ou une autre<sup>53</sup>. Le déroulement presque stylisé du drame exige que les geôliers soient visiblement prêts à recevoir des informations sur l'acte judiciaire – même si ce n'est que l'acte de décider d'une action future. Le sursis d'exécution, bien qu'il n'ait aucune valeur – littéralement aucune – en tant qu'acte d'exégèse textuelle, constitue néanmoins une forme importante d'interprétation constitutionnelle. Car il montre que la violence du geôlier et du bourreau sont liées à l'acte délibératif de compréhension du juge. Le sursis à exécution permet, ou plus exactement, exige que l'on tire la conclusion de sa

---

position de "superprocédure régulière" en ce qui concerne les cas de peine de mort. *Voir*, par exemple, Radin, *Cruel Punishment and Respect for Persons : Super Due Process for Death*, 53 S. CAL. L. REV. 1143 (1980) (décrivant les garanties procédurales du huitième amendement de la Cour suprême). On ne trouve pas d'énoncé plus puissant sur les implications finales de cette position que dans C. BLACK, *CAPITAL PUNISHMENT : THE INEVITABILITY OF CAPRICE AND MISTAKE* (2d ed. 1981).

51. Le moratoire de dix ans sur les condamnations à mort peut très intelligiblement être compris comme un manque de volonté de la part d'une majorité de la Cour qui avait, à un moment donné, décidé à la fois qu'il ne devait pas y avoir d'obstacle constitutionnel général à l'imposition de la peine de mort et qu'elle n'était pas encore prête à voir les États commencer une série d'exécutions. Bien entendu, tout au long de cette période, de nouvelles questions de procédure se sont posées. Mais il ne semble pas exagéré de supposer qu'il y avait aussi une certaine réticence à faire face aux implications de la position majoritaire sur la question constitutionnelle. *Voir Note, Summary Processes and the Rule of Law- Expediting Death Penalty Cases in the Federal Courts*, 95 YALE L.J. 349, 354 (1985) (citant la jurisprudence « souvent incertaine et tortueuse » de la Cour en matière de peine de mort durant cette période).

52. *Voir, par exemple*, *Sullivan v. Wainwright*, 464 U.S. 109, 112 (1983) (Burger, C.J., approuvant le refus de sursis) (le juge en chef Burger a accusé les avocats spécialisés dans la peine de mort de transformer « l'administration de la justice en une compétition sportive »).

53. La Cour actuelle (ou une majorité de ses juges) est très hostile à de tels retards. *Barefoot v. Estelle*, 463 U.S. 880 (1983), *Zant v. Stephens*, 462 U.S. 862 (1983), *California v. Ramos*, 463 U.S. 992 (1983), et *Barclay v. Florida*, 463 U.S. 939 (1983), marquent un renversement de la tendance à permettre ou à encourager une audition complète de toutes les demandes ou défenses plausibles. Néanmoins, même avec cette nouvelle impatience de poursuivre l'exécution, il y a généralement des retards importants à un moment donné avant l'exécution.

révocation. Cela également constitue un lien visible entre le mot et le geste<sup>54</sup>. Ces geôliers, ces gardes, ces docteurs s'accordent sur le ton du juge. Si l'acte est réalisé, il est un acte constitutionnel – un acte intégré à et justifié par une juste compréhension du mot. En bref, c'est le sursis, le tragique de l'hypothèse du sursis, qui fait de l'exécution une violence constitutionnelle, qui fait de l'acte un élément d'interprétation.

Car, après tout, je peux trouver des exécutions presque partout. Si des personnes disparaissent, si elles meurent soudainement et sans cérémonie en prison, sans aucune justification ni autorisation explicite de leur mort, alors aucune interprétation constitutionnelle ne repose au fondement de cet acte, et l'acte, la mort, ne réside pas non plus au cœur de la Constitution. Le problème de l'incapacité ou de la réticence à assurer un lien fort, pratiquement certain, entre la parole judiciaire et l'acte violent à cet égard caractérise certains systèmes juridiques à certains moments<sup>55</sup>. Il caractérise la plus grande part du système juridique Américain au XX<sup>e</sup> siècle<sup>56</sup>. C'est un scandale qui prit plusieurs formes. Souvent il consistait à soustraire entièrement la punition des accusés des mains des cours de justice. Parfois il impliquait l'exécution de condamnations à mort sans respecter les procédures d'appel et de recours ordonnées. Tel fut, par exemple, l'issue de « l'affaire Léo Frank<sup>57</sup> ».

Le fait est que nous avons parcouru un long chemin depuis 1914 en ce qui concerne notre exigence que les personnes accusées de crimes capitaux soient jugées, soient condamnées correctement et vivent jusqu'à l'heure prévue de l'exécution de leur peine. En fait, nous en sommes venus à exiger une quasi parfaite coordination entre tous ceux dont le rôle est d'infliger des violences sous réserve des décisions interprétatives des juges. Nous exigeons même une coopération coordonnée afin de garantir toutes les interprétations plausibles sur le sujet<sup>58</sup>.

Une forme de violence aussi bien coordonnée est une réussite. Les prudentes conceptions sociales conçues pour accomplir la violence qu'est la peine capitale, ou pour s'abstenir de cet acte, ne sont pas le fruit du hasard ou de circons-

---

54. Examinez les opinions des différents juges dans l'affaire *Rosenberg v. United States*, 346 U.S. 273 (1953), qui a annulé, en termes spéciaux, le sursis de la peine de mort qui avait été accordé par le juge Douglas. Pour une analyse des délibérations, voir Parrish, *Cold War Justice : The Supreme Court and the Rosenbergs*, 82 AM. HIST. REV. 805-42 (1977).

55. Voir *e.g.*, R. BROWN, STRAIN OF VIOLENCE, HISTORICAL STUDIES OF AMERICAN VIOLENCE AND VIGILANTISM 144-79 (1975) (discutant les attitudes juridiques à l'égard du vigilantisme Américain).

56. Voir R. ZANGRANO, THE NAACP CRUSADE AGAINST LYNCHING, 1909-1950, à 9-11 (1980).

57. Leo Frank était un juif new-yorkais qui dirigeait une fabrique de crayons en Géorgie. Il a été accusé d'avoir violé et assassiné un employé de l'usine âgé de 14 ans. Le procès (et la condamnation) se sont déroulés sous la clameur publique, conduisant la Cour à conseiller à l'accusé et son avocat de ne pas être présents dans la salle d'audience lors du prononcé du verdict, de peur qu'ils ne soient violemment blessés. Après la condamnation de Frank, il fut extrait de son groupe de travail forcé et lynché. L'affaire a contribué à la formation de la Ligue anti-diffamation de B'nai Brith. La Cour suprême a refusé d'accorder une aide collatérale dans l'affaire *Frank v. Magnum*, 237 U.S. 309 (1915), en raison de la forte dissidence des juges Holmes et Hughes.

58. Je ne suggère pas, bien sûr, que la violence non autorisée de la part de la police, des geôliers, etc. n'existe plus. Mais la position quasi-publique selon laquelle la « justice » de la foule devrait supplanter la procédure ordonnée des tribunaux n'est plus d'actualité. Voir l'article extraordinaire de Charles Bonaparte, *Lynch, Law and its Remedy*, 8 YALE L.J. 335, 336 (1899) (qui soutient que l'objectif sous-jacent du lynchage n'est « pas de violer la loi, mais de la faire respecter ; ou, pour être plus précis, sa partie "adjective" ... n'est pas prise en compte, car sa partie "substantielle" [sic] peut être préservée »).

tances fortuites. Il s'agit plutôt de produits de la conception, étroitement liés aux règles et principes secondaires qui fournissent des critères clairs pour la reconnaissance de ces actes et d'autres actes interprétatifs comme, avant tout, des actes *judiciaires*. Leur « signification » est toujours secondaire par rapport à leur source. Aucun directeur, gardien ou bourreau n'attend un appel téléphonique du dernier spécialiste du droit constitutionnel, du juriste ou du critique pour exécuter un prisonnier, même si les interprétations de ces autres personnes sont très convaincantes. Et, en effet, ils n'attendent la parole des juges que dans la mesure où cette parole porte l'indication formelle d'avoir été prononcée en qualité de juge. La coopération sociale indispensable à la forme constitutionnelle de la coopération dans la violence est donc également fondée sur la reconnaissance du rôle judiciaire et de celui qui l'exerce.

Il existe bien sûr des situations dans lesquelles le rôle du juge n'est pas bien défini mais est contesté. Néanmoins, la coopération sociale en matière de violence constitutionnelle telle que nous la connaissons exige au moins que l'on sache très clairement qui parle en tant que juge et quand. L'ordre hiérarchique entre les voix judiciaires doit également être clair ou faire l'objet d'une clarification. Nous avons donc établi la nécessité de règles et de principes qui permettent de localiser les interprètes faisant autorité et de prescrire des actions sur la base de leurs propos. Les règles et les principes qui permettent de localiser les voix qui font autorité aux fins de l'action mettent en évidence le défaut d'un modèle d'interprétation judiciaire qui s'articule autour d'un seul esprit cohérent et homogène à l'œuvre. Car ici, aux États-Unis, il n'existe pas d'ensemble de règles et de principes secondaires plus fondamentaux que ceux qui font qu'il est impossible pour un seul juge, aussi herculéenne que soit sa compréhension du droit, d'avoir le dernier mot sur la signification du droit dans les affaires réelles. Aux États-Unis - à quelques exceptions près - aucun juge siégeant seul sur une question juridique importante n'est à l'abri d'un examen en appel. À l'inverse, lorsqu'un juge siège en dernier ressort sur une question juridique importante, il ne se prononce pas seul. Un ensemble de règles secondaires détermine cette situation. Ces règles vont des lois qui ouvrent un droit d'appel contre les jugements définitifs des tribunaux de première instance, aux lois spéciales qui exigent qu'il y ait un contrôle en appel des condamnations à mort, en passant par la garantie constitutionnelle que le recours en habeas corpus ne soit pas suspendu<sup>59</sup>. Aux États-Unis les juridictions de dernier ressort comptent au minimum 3 juges. Certaines Constitutions d'état déterminent ce nombre. Aucune disposition explicite de la Constitution des États-Unis ne définit la Cour suprême d'une manière qui exige qu'elle soit composée de plus d'un seul juge. Mais tant la pratique invariable que les conceptions de base depuis 1789 ont fait de l'idée d'une Cour suprême à juge unique une absurdité pratique. Compte tenu de l'exigence évidente que les organes judiciaires suprêmes soient pluriels, il me semble douteux qu'une telle Cour imaginaire puisse être considérée comme satisfaisant à l'exigence constitutionnelle de l'existence d'une Cour suprême<sup>60</sup>.

59. Voir, par exemple, 28 U.S.C. § 1291 (1982) (prévoyant des recours de plein droit contre les décisions définitives des tribunaux de district); *id.* §§ 46(b), 46(c) (prévoyant l'audition des affaires par les cours d'appel américaines en formation de trois juges à moins qu'une nouvelle audition en banc ne soit ordonnée); U.S. CONST. art. I, § 9, ci. 2 (protection de l'ordonnance d'habeas corpus).

60. 28 U.S.C. § 1 (1982) (prévoyant une Cour suprême composée de neuf juges, dont six constituent le quorum). La seule exception historique assez significative à la généralisation du

Si un hypothétique juge herculéen parvenait à comprendre les textes constitutionnels et sociaux - une interprétation - de telle sorte qu'il estime que la peine de mort est une peine admissible et appropriée dans un cas particulier, il serait immédiatement confronté au problème de la traduction de cette condamnation en un acte. Sa compréhension de la constitutionnalité de la peine de mort et du bien-fondé de son imposition impliquerait, entre autres, qu'il sache qu'il ne peut pas exécuter la sentence lui-même. La compréhension la plus élémentaire de notre pratique sociale de la violence garantit qu'un juge sait qu'il ne peut pas lui-même appuyer sur l'interrupteur. Il ne s'agit pas d'une convention triviale. Car cela signifie que quelqu'un d'autre aura le devoir et la possibilité de se prononcer ce que le juge a fait. Si le juge était un juge de première instance, et s'il rendait un ordre d'exécution, il y aurait un autre juge auquel on pourrait demander de surseoir ou de revenir sur sa décision. Le fait que *quelqu'un d'autre* doive procéder à l'exécution signifie que cette personne peut être confrontée à deux feuilles de papier : disons un mandat d'exécution de la peine de mort à une date et un lieu précis et un sursis d'exécution délivré par un tribunal d'appel. L'autre personne - le directeur pénitentiaire, pour simplifier - est censée déterminer laquelle de ces deux feuilles fait autorité selon des principes hiérarchiques hautement arbitraires qui n'ont rien à voir avec les mérites ou les démérites relatifs des arguments qui justifient les positions de fond respectives.

Il est crucial de noter ici que si le directeur de la prison cesse de prêter une attention relativement automatique aux morceaux de papier qui émanent des juges selon ces règles et principes hiérarchiques arbitraires et parfois rigides, les juges perdraient leur capacité à produire de la violence. Il ne leur resterait plus que la possibilité de persuader le directeur et ses hommes de faire preuve de violence. Inversement, le directeur et ses hommes perdraient leur capacité à faire porter au juge la responsabilité morale première des violences qu'ils exercent eux-mêmes. Ils devraient produire des justifications à la violence dans chaque affaire, transformant ainsi le procès en une sorte d'audience préliminaire. Il existe en effet de nombreuses prisons dans ce monde qui ressemblent un peu à cette situation hypothétique. Il existe des systèmes dans lesquels les décisions de sanction les plus importantes sont prises par ceux qui exercent ou ont une autorité de contrôle directe sur l'exercice de la violence elle-même.

Nous avons fait quelque chose d'étrange dans notre système. Nous avons séparé de manière rigide l'acte d'interprétation - comprendre ce qui doit être fait - de la mise en œuvre de ce « doit être fait » par la violence. Dans le même temps, nous avons, du moins en droit pénal, lié fermement la mise en œuvre des décisions judiciaires à leur interprétation par des hiérarchies rigides de la parole judiciaire et de strictes obligations dont les personnels du système pénal doivent tenir compte. Les juges sont à la fois séparés et inextricablement liés aux actes qu'ils autorisent.

Cet attribut étrange mais familier du jugement en Amérique a pour effet de garantir qu'aucun juge n'agit seul. Le « Juge comme Hercule<sup>61</sup> » de Ronald

---

texte me donne à réfléchir quant à la conclusion sur la constitutionnalité d'une Cour suprême à juge unique. Il est vrai, bien sûr, que le Chancelier était, dans la forme, une haute cour à juge unique. Et, bien que cela n'ait pas été la règle, certains systèmes judiciaires américains ont conservé une chancellerie, bien que souvent avec des cours d'appel à plusieurs juges en équité.

61. Le Hercule de Dworkin apparaît la première fois dans l'article « Hard Cases ». Dworkin, *Hard Cases*, 89 HARV. L. REV. 1057 (1975). Hercule continue à vivre dans LAW'S EMPIRE,



Dworkin peut sembler être une construction utile pour comprendre comment l'esprit d'un juge doit fonctionner. Mais elle est trompeuse précisément parce qu'elle suggère, si ce n'est exige, un contexte qui, en Amérique, n'est jamais présent. Il n'y a peut-être pas de sens à penser à une compréhension judiciaire du droit en dehors de son application. Mais une chose est presque certaine. L'application de la compréhension juridique dans le domaine de la douleur et de la mort nécessitera toujours l'assentiment actif ou passif d'autres esprits judiciaires. Il est possible de ramener ce point à l'observation la plus banale de la pratique professionnelle. Un juge qui souhaite transformer son interprétation en acte doit, s'il se trouve dans un tribunal de première instance, veiller à ce que sa décision ne soit pas annulée. S'il s'agit d'une cour d'appel, elle doit veiller à ce qu'au moins un autre juge l'accompagne. Il est fréquent que de nombreuses opinions « majoritaires » portent les cicatrices ou les marques d'avoir été rédigées principalement pour rallier la majorité des juges. L'opinion d'un tribunal de première instance porte souvent la cicatrice d'avoir été rédigée avant tout pour éviter un revirement.

La question se pose maintenant de savoir quel est le véritable acte d'interprétation juridique ? La compréhension hypothétique d'un esprit unique placé dans la position, certes hypothétique, de pouvoir rendre des jugements définitifs en siégeant seul ? Ou le produit réel de juges agissant sous la contrainte d'un contrôle collectif potentiel de toutes les décisions qui doivent être rendues réelles par la violence collective ? La décision unique d'un hypothétique Hercule sera probablement plus articulée et cohérente que la décision collective de nombreux juges qui peuvent faire des compromis pour parvenir à une décision. Mais Hercule ne porte pas et ne peut pas porter la force de la violence collective. Ce défaut est intrinsèque à la définition de l'interprétation juridique comme une activité mentale d'une personne plutôt que comme l'activité violente d'une organisation de personnes.

Soyons donc explicites. Si l'idée que la mort et la douleur soient au cœur de l'activité interprétative nous est pénible, ainsi soit-il. Elle ne serait pas moins désagréable s'il devait exister une communauté d'argument, de lecteurs et de rédacteurs de textes, d'interprètes. Tant que la mort et la douleur feront partie de notre monde politique, il est essentiel qu'elles soient au centre du droit. L'alternative est franchement inacceptable - qu'elles soient au sein de notre système politique mais extérieures tant à la discipline des règles adoptées *collectivement* qu'aux efforts individuels nécessaires pour faire produire à ces règles un résultat. Le fait que nous exigions plusieurs voix n'est donc pas un accident ou une particularité des règles de compétence judiciaire. Il est intrinsèque à tout résultat que nous pouvons obtenir dans la domestication de la violence.

## CONCLUSION

Il existe une honorable tradition qui veut qu'à travers le juge s'exprime la voix de la raison ; que nous le considérons comme l'incarnation du principe. L'intérêt académique actuel pour l'interprétation, l'attention portée à la com-

---

*supra* note 2, p. 239-75, où il assume le rôle d'un juge modèle d'« intégrité », ce qui ne semble pas être principalement une qualité personnelle pour Dworkin mais une posture interprétative qui valorise la cohérence intellectuelle. *Id.*, p. 164-67.

munauté de sens et d'engagement, n'est apologétique ni dans son intention ni dans son effet. La tendance est, dans l'ensemble, une tentative de faire passer un idéal digne de ce nom avant ce qui, de l'avis de tous, est une réalité non contestée. Je ne bataillerai pas contre l'impulsion qui nous conduit à cette forme de critique.

Il est cependant dangereux d'occulter les limites intrinsèques à cette activité d'interprétation juridique ; d'exagérer la mesure dans laquelle toute interprétation rendue dans le cadre de l'acte de violence étatique pourrait constituer une signification commune et cohérente. J'ai souligné deux types de limites assez différentes à la convergence et à la cohérence des significations qui peuvent être atteintes. Une sorte de limite est la limite pratique qui découle de l'organisation sociale de la violence juridique. Nous avons vu que, pour que cette violence soit exercée de manière certaine et efficace, la responsabilité de la violence devait être partagée ; le droit doit fonctionner comme un système de signaux et d'indices pour de nombreux acteurs qui, autrement, ne seraient pas disposés, incapables ou irresponsables dans leurs actes de violence. Cette organisation sociale de la violence se manifeste dans les règles et principes secondaires qui garantissent généralement qu'aucun esprit ni aucune volonté uniques ne peuvent générer les résultats violents qui découlent des engagements interprétatifs. Aucun individu ne peut à lui seul faire en sorte qu'une interprétation fasse office de loi - d'autorité pour l'acte violent. Si une convergence de compréhension de la part de tous les acteurs juridiques concernés n'est pas nécessairement impossible, elle est en fait très peu probable. Et, bien sûr, nous ne pouvons pas fuir la multiplicité des esprits et des voix que l'organisation sociale du droit en tant que violence exige pour nous tourner vers un hypothétique processus de décision qui rassemblerait les nombreuses voix en une seule. Nous savons que, mis à part la dictature, il n'existe pas de règle d'organisation qui satisfasse nécessairement aux conditions élémentaires de rationalité dans les relations entre les choix sociaux effectués <sup>62</sup>.

Si nos règles de décision sociale ne peuvent garantir la cohérence et la rationalité du sens, elles peuvent générer et génèrent effectivement des actions violentes qui peuvent très bien avoir une signification cohérente distincte pour au moins un des acteurs concernés. Nous nous retrouvons donc dans ce monde réel de l'organisation du droit en tant que violence avec des décisions dont la signification n'est pas susceptible d'être cohérente si elle est commune, et n'est pas susceptible d'être commune si elle veut être cohérente.

Cette limite pratique et contingente à l'interprétation juridique est cependant la moins importante et la moins profonde des deux types de limites que j'ai présentées. En effet, si nous nous occupons vraiment de l'interprétation juridique telle qu'elle est pratiquée sur le terrain de la peur, de la douleur et de la mort, nous constatons que le principal obstacle à une signification commune et cohérente est une limite nécessaire, intrinsèque à l'activité. Juges, fonctionnaires, résistants, martyrs, gardiens, condamnés, peuvent ou non partager des textes communs ; ils peuvent ou non partager un vocabulaire commun, un ensemble culturel commun de gestes et de rituels ; ils peuvent ou non partager un cadre philosophique commun. Il y aura dans l'immense panorama humain un continuum de degrés de similitude dans tout ce qui précède. Mais tant que l'interprétation juridique sera constitutive de la violence des comportements et du sens, tant que des individus s'engageront à recourir ou résister aux organi-

---

62. K. ARROW, SOCIAL CHOICE AND INDIVIDUAL VALUES (1951).

sations sociales de la violence pour rendre leurs interprétations réelles, il y aura toujours une limite tragique au sens commun qui peut être atteint.

L'auteur et la victime de la violence organisée vivront des expériences significativement et douloureusement opposées. Pour l'auteur, la douleur et la peur sont lointaines, irréelles et largement non partagées. Elles ne font donc presque jamais partie de l'artefact interprétatif, telle que la motivation judiciaire. D'autre part, pour ceux qui imposent la violence, la justification est importante, réelle et soigneusement cultivée. À l'inverse, pour la victime, la justification de la violence perd de sa réalité et de son importance par rapport à la réalité écrasante de la douleur et de la peur qu'elle subit.

Entre l'idée et la réalité du sens commun s'abat l'ombre de la violence de la loi, elle-même.