



Le positivisme juridique versus l'herméneutique juridique*

Luc B. TREMBLAY**

Résumé

Longtemps une pensée « positiviste » en droit et « relativiste » en morale a dominé la pensée juridique occidentale. Le droit était conçu comme un fait social objectif doté de sens que tout bon juriste pouvait connaître et appliquer formellement, à la condition d'utiliser un bon raisonnement juridique. Pour leur part, la morale et l'éthique exprimaient des valeurs subjectives dont le sens et le poids étaient relatifs à chacun ou aux cultures qui les exprimaient. La recherche du juste et du bien par les juristes était donc conçue comme illégitime, car ultimement arbitraire. Vers la fin du vingtième siècle, cette représentation a éclaté. Des approches et des théories alternatives du

Abstract

For a long time, "positivism" in law and "relativism" in morality have dominated Western legal thought. Law tended to be conceived as an objective social fact containing objective meaning that all good lawyers could know and formally apply to cases, provided that they used the correct mode of legal reasoning. By contrast, morality and ethics tended to be conceived as expressing subjective values, the meaning and weight of which were relative to the individuals or cultures that express them. Accordingly, seeking what is right or what is good in legal cases and decisions was conceived, in principle, as illegitimate because any answer was ultimately arbitrary. By the

* Une version antérieure de ce texte a été publiée sous le titre suivant : « L'évolution du concept de droit depuis 30 ans : de l'empire du fait au discours normatif sur le juste et le bien », dans la « Collection Essais et conférences », Document no 21, Chaire d'éthique appliquée, Université de Sherbrooke, Éditions CCG, 2003.

** Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.



droit et de la morale ont vu le jour poussant les juristes dans diverses directions. Trois approches semblent présentement dominer la pensée juridique: le positivisme, l'herméneutique (ou l'interprétation) et le pragmatisme juridique. Dans ce texte, l'auteur examine et compare les deux premières approches et avance quelques raisons qui montrent que la seconde est plus satisfaisante d'un point de vue descriptif, normatif, épistémologique, pratique et ontologique. Cette approche herméneutique ou «interprétative» tend à représenter le droit, non plus comme un simple fait social, mais comme un discours normatif sur le juste et le bien.

end of the twentieth century, this representation was called into question. Alternative approaches and theories of law and morality appeared and lawyers were led in various directions. Three main approaches seem to dominate contemporary legal thought: legal positivism, legal hermeneutics (or interpretivism) and legal pragmatism. In this text, the author examines and compares the first two approaches (positivism and hermeneutics) and argues that the second is stronger from a descriptive, normative, epistemological, practical, and ontological point of view. The hermeneutical or interpretive approach does not represent the law as a simple social fact, but tends to see it as a normative discourse on what is right and what is good.



Plan de l'article

Introduction	256
I. Le positivisme et l'herméneutique en droit	256
A. Le positivisme juridique	256
B. L'herméneutique juridique	267
II. Le positivisme versus l'herméneutique	278
A. Point de vue descriptif	278
B. Point de vue normatif	283
C. Point de vue épistémologique	286
D. Point de vue proprement pratique	289
E. Point de vue ontologique	290
Conclusion	292





Cet article est dédié à François Chevette.

François était parmi les plus grands que j'ai connus. Il avait tout lu et tout compris. Mais c'était si naturel pour lui qu'il n'en faisait aucun cas. Il demeurait toujours très modeste. On ne pouvait réaliser l'ampleur de son savoir que par la très grande et exceptionnelle générosité dont il faisait preuve à notre égard. C'est vraiment un choc de ne plus pouvoir l'entendre nous élever et le serrer dans nos bras. (L. T.)

Au vingtième siècle, les non juristes percevaient généralement les juristes de la même manière qu'ils percevaient les plombiers. On avait affaire à eux lorsque quelque chose coulait ou était sur le point de couler. Les juristes étaient perçus comme des « experts » au sens qu'ils donnent eux-mêmes à ce concept, c'est-à-dire, comme des personnes choisies pour leurs connaissances techniques, capables de faire des constatations et des appréciations de « fait » sur ce que disent la Constitution, la loi et la jurisprudence. Cette image du juriste-plombier est encore fortement ancrée dans notre culture: l'utilité du juriste semble résider avant tout dans le tranchant de ses opinions juridiques techniques.

Cette image du juriste-technicien, on la doit avant tout aux juristes eux-mêmes. Ce sont eux qui, au XIX^e siècle et au XX^e siècle, se sont représentés de cette manière. Ce sont eux qui, pour des motifs épistémologiques, moraux ou politiques, s'étaient hissés au rang d'experts. Or, il semble que les juristes soient de moins en moins capables de se concevoir comme de simples techniciens du droit. Ils s'intéressent de plus en plus à la sociologie, à l'éthique, à l'économie, à l'histoire, à l'anthropologie, etc. Il en résulte un certain malaise. Qui n'a pas entendu des juristes se plaindre des décisions de la Cour suprême du Canada devenues trop longues, trop complexes, trop abstraites, trop imprévisibles et trop divisées? Qui n'a pas été éberlué devant les arguments tirés de la littérature féministe ou gaie et lesbienne? Quel juriste n'a jamais pensé que la Cour suprême était biaisée politiquement ou que ses décisions tendaient à être académiques, au sens péjoratif du terme? Qui ne s'est jamais demandé ce que les philosophes et les sociologues ont à côtoyer Jean-Louis Baudouin et le Code civil? Quelque chose est peut-être en train de se produire dans la pratique juridique. Nous assistons probablement à ce qu'on pourrait qualifier un jour de « rupture épistémologique ».

L'objectif de ce texte est de présenter un aspect important de cette rupture épistémologique, s'il en est une. Je ne dessinerai pas un tableau complet des débats contemporains qui traversent la pensée juridique occidentale. Ils sont beaucoup trop riches et beaucoup trop éclatés. J'examinerai l'aspect né de l'opposition de deux des trois principales approches contemporaines du droit. La première a dominé la pensée juridique depuis plus de 150 ans. Elle est à la base de nos représentations du juriste-technicien. Je l'associerai au positivisme juridique. La seconde approche s'est imposée vers la fin du vingtième siècle, tant dans les facultés de droit que dans la pratique juridique. Je l'associerai à l'herméneutique juridique ou à l'approche interprétative en droit. Ces deux approches ont suffisamment en commun pour justifier une analyse comparative. Toutes deux croient pouvoir construire une théorie du droit qui rende compte des idéaux associés à la primauté du droit. Elles postulent que le droit a une existence objective dont les normes abstraites permettent en principe de résoudre les litiges concrets. De plus, elles postulent que la raison humaine est en principe capable de connaître le fondement et le contenu des normes juridiques et de les appliquer correctement aux cas concrets, à la condition d'utiliser un bon raisonnement juridique. Ainsi, en dépit des désaccords et des controverses juridiques, le droit ne dépend pas des perspectives de chacun. En outre, selon ces deux approches, le droit n'est pas purement instrumental. Dès lors que les normes juridiques abstraites gouvernent un cas, les juges sont tenus de les appliquer, même si les conséquences sont indésirables d'un point de vue économique ou social.

Bien que ce qui oppose ces deux approches du droit permette de comprendre un aspect important de la rupture épistémologique, il ne s'agit pas là de la seule cause. Il est probable que l'introduction d'une troisième approche du droit dans les facultés de droit et dans la pratique juridique y contribue radicalement. Cette troisième approche, qu'on pourrait associer au pragmatisme juridique, se concilie difficilement avec les idéaux de la primauté du droit. Il n'est pas même certain qu'elle maintienne l'idée que le droit puisse avoir une existence objective. Selon le pragmatisme juridique, le contenu des normes et des concepts juridiques est toujours dépendant des perspectives subjectives de chacun et il n'existe aucun principe supérieur capable de transcender les divers points de vue. De plus, le pragmatisme ne croit pas que la raison puisse déduire des normes juridiques abstraites ou de quelque principe fondateur objectif la solution correcte aux cas concrets. Selon cette approche, ce ne sont pas les normes

et les concepts juridiques abstraits qui permettent de résoudre les litiges juridiques, mais le contexte spécifique dans lequel on y réfère. Cette approche privilégie donc les données empiriques et les questions de politique au détriment des considérations juridiques formelles et substantielles. Par ailleurs, le pragmatisme a une conception instrumentale du droit. Le raisonnement juridique n'est substantiellement pas distinct des autres formes de raisonnement politique. Il doit se tourner vers l'avenir et se préoccuper des effets ou des conséquences des décisions judiciaires, notamment d'un point de vue économique et social. Ainsi, ce ne sont pas tant les règles abstraites, les principes juridiques dits « établis » ou les précédents qui gouvernent les décisions judiciaires, mais les considérations empiriques, notamment les études économiques et sociales pertinentes dans le contexte spécifique d'une affaire donnée.

Ces trois approches se font présentement concurrence dans le discours et la pratique juridiques. Selon les décisions des tribunaux supérieurs, elles ont chacune une valeur importante sur le plan descriptif. Cela étant dit, dans ce texte, je n'examinerai que les deux premières approches, le positivisme juridique et l'approche herméneutique du droit. Cela ne signifie pas que le pragmatisme juridique doit être rejeté d'un point de vue éthique, qu'il n'ait aucune valeur d'un point de vue philosophique, ou qu'il contribue moins à ce que j'ai nommé la rupture épistémologique (en fait, il est probable qu'il y contribue d'une manière radicale). Cela signifie simplement qu'il forme une catégorie en marge de la grande tradition philosophique qui cherche à rendre compte de l'existence objective du droit, de sa force obligatoire et de sa primauté dans le champ de la décision pratique. En tout état de cause, une analyse critique du pragmatisme juridique devrait faire l'objet d'un autre texte.

Dans une première partie, je présenterai les caractéristiques constitutives du positivisme juridique et de l'approche herméneutique du droit. Cette partie montrera que ce qui les distingue n'est pas purement superficiel, mais profond et substantiel. En cela, le droit a maintenant rejoint les autres disciplines en art, en littérature, en sciences humaines, en théologie et en philosophie, où l'herméneutique philosophique a été introduite pour rompre avec les épistémologies de type positiviste¹. Dans une seconde partie, je présenterai certaines considérations qui montrent que, aux fins du

¹ Voir, par exemple: Georgia WARNKE, *Gadamer. Herméneutique, tradition et raison*, trad. J. Colson, Montréal, Éditions du renouveau pédagogique, 1991.

droit, l'approche herméneutique est supérieure à l'approche positiviste. Ces considérations seront évaluées de cinq points de vue: descriptif, normatif, épistémologique, pratique et ontologique. Pour cette raison, ce que j'ai nommé la rupture épistémologique pourrait être saine et contribuer à la construction d'un ordre juridique plus juste et plus légitime.

I. Le positivisme et l'herméneutique en droit

Cette partie a pour objectif de présenter ce qui, selon moi, forme les caractéristiques constitutives du positivisme juridique, d'une part, et de l'herméneutique juridique aussi connue en tant qu'« approche interprétative » en droit, d'autre part.

A. Le positivisme juridique

Qu'est-ce que le positivisme juridique? Le positivisme juridique est d'abord et avant tout une manière d'approcher le droit. Cette approche possède deux caractéristiques fondamentales. La première est une thèse épistémologique de type « positiviste ». La seconde caractéristique est un idéal de clarté conceptuelle et de certitude. Le positivisme juridique ne se caractérise donc pas par l'une ou l'autre des représentations spécifiques du droit proposée par tel ou tel auteur, ce que l'on nomme les « théories » du droit proprement dit, telle que la théorie du commandement ou de la souveraineté, ni par une conception particulière du raisonnement juridique, telle que le formalisme juridique. Voyons de plus près ces deux caractéristiques.

Le positivisme juridique se caractérise d'abord par une thèse épistémologique de type « positiviste ». Il postule que la connaissance du droit ne peut être vraie que si elle se fonde sur des faits (physiques ou psychologiques) qui existent dans la réalité extérieure de manière objective, de sorte que l'on peut, en principe, les observer empiriquement, les décrire ou les expliquer tels qu'ils sont, sans faire intervenir nos préjugés, nos valeurs ou notre vision du monde, métaphysique ou théologique. Cette première caractéristique repose sur trois thèses. La première thèse postule que la vérité est une affaire de correspondance: une proposition de droit peut être vraie ou fautive selon qu'elle correspond ou non aux faits (aux aspects ou à la totalité de la réalité juridique empirique indépendante) qu'elle est censée décrire ou expliquer. La seconde thèse est métaphysique:



le droit (ou la réalité juridique) est un « objet » ou un « fait » dont les propriétés constitutives possèdent une indépendance et une objectivité par rapport au théoricien. La troisième thèse est épistémologique : la connaissance du droit est accessible à la raison et universellement valable, à la condition d'utiliser la bonne méthode. La méthode par laquelle les positivistes peuvent connaître le droit doit s'inspirer des méthodes scientifiques qui garantissent à un degré très élevé de probabilité, voire de certitude, la correspondance entre les propositions qui représentent le droit (les propositions de droit) et la réalité juridique objective (le droit). Pour ces raisons, le positivisme juridique produit des théories « descriptives » du droit, c'est-à-dire, des théories qui représentent le droit « tel qu'il est » dans la réalité objective et non pas tel qu'il devrait être ou tel que le théoricien voudrait qu'il soit².

Cette première caractéristique constitue l'une des versions contemporaines de la thèse positiviste fondamentale de la « séparation entre le droit et la morale »³. Cette version affirme qu'aucune considération normative

² Joseph Raz était d'avis que : « [A] jurisprudential theory is acceptable only if its tests for identifying the content of the law and determining its existence depend exclusively on facts of human behaviour capable of being described in value-neutral terms, and applied without resort to moral argument » ; Joseph RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, Oxford University Press, 1979, p. 39 et 40. Herbert L.A. Hart soutenait que le but de son ouvrage *The Concept of Law* « was to provide a theory of what law is which is both general and descriptive. [...] it is morally neutral and has no justificatory aims: it does not seek to justify or commend on moral and other grounds the forms and structures which appear in my general account of law, though a clear understanding of these is, I think, an important preliminary to any useful moral criticism of law » : Herbert L.A. HART, *The Concept of Law*, 2^e ed., Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 239 et 240. Hans Kelsen écrivait que la doctrine appelée « théorie pure du droit » était « libre de tout élément étranger à la méthode spécifique d'une science dont le seul but est de connaître le droit, non de le créer. Une science doit décrire son objet tel qu'il est effectivement, elle s'interdit de prescrire ce qu'il devrait être ou ne devrait pas être sur la foi d'un quelconque jugement de valeur » : Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1997, p. 46. Bref, comme le soutenait John Austin, « l'existence du droit est une chose ; son mérite en est une autre » : John AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1954, p. 184.

³ L'une ou l'autre des versions de la « thèse de la séparabilité » constitue probablement le trait distinctif du positivisme juridique contemporain, au moins depuis les travaux de Hart. Voir Herbert L.A. HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals », (1958) 71 *Harvard Law Review* 593. La version privilégiée par Hart semblait plutôt porter sur le contenu du droit : « [H]ere we shall take Legal Positivism to mean the



fondée sur la justice, la morale ou l'éthique n'entre dans le processus de description du droit de manière à en infléchir la représentation. Le signe distinctif du positivisme juridique est donc son engagement envers la neutralité de l'entreprise théorique elle-même, par opposition à ce que l'on pourrait nommer la « neutralité du contenu du droit ». Il s'ensuit que le droit qui fait l'objet d'une description neutre peut ou non avoir un contenu conforme à la morale ou à l'éthique. Ce sont là deux questions distinctes⁴.

Le positivisme juridique se caractérise ensuite par un idéal de clarté conceptuelle et de certitude. Dans une certaine mesure, cette caractéristique est liée à la première. L'une des principales tâches des positivistes est donc de découper le phénomène juridique en divers *objets d'études distincts* et de les délimiter de manière à pouvoir les décrire ou les représenter du mieux possible dans toute leur spécificité, leur authenticité, leur intégrité, leur réalité ou comme le disait Kelsen, dans toute leur « pureté ». Les positivistes tendent généralement à découper le phénomène juridique en trois objets d'études distincts qui, au vingtième siècle, ont relevé de trois grands secteurs de la philosophie du droit : la théorie du droit proprement dit, qui se consacre à l'étude du droit ou du système juridique ; la méthodologie juridique qui se consacre à l'étude de la méthode (raisonnement, argumentation juridique) utilisée par les juristes dans leur pratique (laquelle consiste à agir conformément au droit) ; et la philosophie morale et politique qui se consacre à l'étude de la morale et de la justice, notamment de la morale politique et de la justice politique⁵. Voyons-les brièvement.

simple contention that it is no sense a necessary truth that laws reproduce or satisfy certain demands of morality, though in fact they have often done so » (H.L.A. HART, préc., note 2, p. 181 et 182). Pour une introduction aux diverses versions, voir : Klaus FÜSSER, « Farewell to "Legal Positivism": The Separation Thesis Unravelling », dans Robert P. GEORGE (dir.), *The Autonomy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 119.

⁴ On pourrait reprendre en ce sens la célèbre formule de John Austin selon laquelle « l'existence du droit est une chose ; son mérite en est une autre ». J. AUSTIN, préc., note 2.

⁵ Cela constitue, de toute évidence, une caractéristique remarquable des travaux des théoriciens positivistes qui s'inscrivent dans la tradition juridique anglo-saxonne, tels John Austin, Herbert L.A. Hart et Joseph Raz. Ces derniers tendent à procéder de la tradition philosophique analytique qui, au xx^e siècle, a donné naissance au positivisme logique et à la philosophie du langage.



Le premier objet d'étude est le droit ou le système juridique « tel qu'il existe » objectivement dans les faits. Cet objet relève de la théorie du droit au sens strict, c'est-à-dire, des diverses représentations positivistes du droit. C'est ce que l'on nomme parfois l'« ontologie » du droit. Pour les positivistes, le droit est un fait social objectif que l'on peut connaître et décrire comme n'importe quel autre fait social empirique. Les positivistes peuvent le représenter en utilisant divers concepts, tels que le concept de norme, de règle valide, de source formelle (les actes des parlements, les décisions judiciaires, les pratiques sociales coutumières, par exemple)⁶, le concept d'intention psychologique ou de test fondamental qui établit de manière décisive la validité formelle des règles de droit et les conditions de vérité des propositions de droit (les commandements d'un souverain, les règles de reconnaissance, la norme fondamentale, par exemple)⁷. Mais dans tous les cas, la théorie du droit construite est censée décrire ou représenter correctement le droit tel qu'il est en fait. En pratique, les positivistes ne s'accordent pas tous sur la vraie théorie du droit, c'est-à-dire, sur les

⁶ Joseph Raz a nommé cette thèse « the sources thesis »: « [A] law has a source if its contents and existence can be determined without using moral arguments »: J. RAZ, préc., note 2, p. 47. Voir aussi: H.L.A. HART, préc., note 2, p. 95, 97, 101, 264-267: « [A]ccording to my theory, the existence and content of the law can be identified by reference to the social sources of the law (e.g. legislation, judicial decisions, social customs) without reference to morality except where the law thus identified has itself incorporated moral criteria for the identification of the law » (*id.*, p. 269). Pour Hans Kelsen, « [l]e droit est toujours un droit positif, et son caractère positif vient de ce qu'il est créé et annulé au moyen d'actes accomplis par des êtres humains: il est donc indépendant de la morale ou de tout autre système normatif »: H. KELSEN préc., note 2, p. 168. Mais il proposait toutefois un usage particulier du mot « source » du droit, *id.*, chap. IX. Selon John Austin, « every positive law, or every law strictly so called, is a direct or circuitous command of a monarch or sovereign number in the character of a political superior »: J. AUSTIN, préc., note 2, p. 134.

⁷ Selon Herbert L.A. Hart, la règle de reconnaissance « will specify some feature or features possession of which by a suggested rule is taken as a conclusive affirmative indication that it is a rule of the group to be supported by the social pressure it exerts »: H.L.A. HART, préc., note 2, p. 92. Pour Hans Kelsen, « [O]n n'établira qu'une norme appartient à un système de normes donné, à un ordre normatif donné, qu'en s'assurant qu'elle tire sa validité de la norme fondamentale constituant l'ordre. [...] Une proposition de "devoir-être" est une norme valide seulement si elle appartient à un système déterminé de normes valides, si elle est dérivable d'une norme fondamentale supposée valide »: HANS KELSEN, préc., note 2, p. 165. Selon Austin, une règle est une règle de droit si elle constitue un commandement, c'est-à-dire l'expression d'un désir du souverain dans la communauté politique, soutenue par une sanction: J. AUSTIN, préc., note 2, p. 13 et 14.



représentations correctes du droit tel qu'il est dans les faits. Pour cette raison, il existe de nombreux débats très pointus entre les positivistes juridiques eux-mêmes.

Le second objet d'étude est la méthode juridique, c'est-à-dire, les modes de raisonnement et d'argumentation propres aux juristes. Il relève de ce qu'on nomme parfois la « méthodologie juridique ». La méthode juridique représente l'attitude intellectuelle ou psychologique des juristes qui, dans leur pratique, appliquent aux cas concrets qui leurs sont soumis le droit – tel que représenté par la théorie du droit jugée valable. En vertu du positivisme, le droit est donc distinct des processus méthodologiques des juristes. Le droit est une chose, la méthode en est une autre : ce sont deux objets d'études séparés.

Au XIX^e siècle et dans la première moitié du vingtième, certains positivistes estimaient que le droit positif déterminait formellement d'avance toutes les solutions juridiques possibles aux controverses juridiques. Il appartenait donc aux juristes d'appliquer les règles pertinentes aux cas concrets conformément à un processus de raisonnement déductif formel ou syllogistique. Ce processus n'exigeait ni interprétation, ni jugement de valeur. C'est ce qu'on appelle maintenant le formalisme juridique. Cette conception n'a pas résisté à la critique et les positivistes contemporains sont beaucoup plus nuancés. Pour ces derniers, le droit est clair et déterminé dans, disons, 95 % des cas, pour donner un ordre de grandeur non vérifiable empiriquement. Dans ces cas, les juristes peuvent et doivent appliquer la règle de droit valide aux cas pertinents, conformément au processus de raisonnement formel. Ils peuvent se comporter comme des techniciens et raisonner de manière mécanique. Dans le 5 % des cas qui restent, toujours pour donner un ordre de grandeur, le droit est indéterminé. Ce sont les cas difficiles, dans lesquels les juristes ont une discrétion. Ils peuvent choisir la solution qui leur semble la meilleure, conformément à un processus de raisonnement substantiel qui soupèse toutes les considérations qu'ils estiment pertinentes, qu'elles soient économiques, sociales, morales, politiques ou religieuses. Ils peuvent aussi exercer leur volonté selon ce qui favorise les intérêts d'un client ou d'un groupe social donné, voire même agir arbitrairement. Le point essentiel est le suivant : dans les cas où le droit ne détermine pas la solution, les juristes ne peuvent pas appliquer le droit. Ils ne peuvent pas agir conformément au droit. Ils doivent nécessairement créer la règle qu'ils appliqueront et, nécessairement, cette règle reflète un « choix », celui du créateur.

Le troisième objet d'étude est la morale et la justice. Il relève de la philosophie morale et politique (ou, comme on le dit aussi, de l'éthique), c'est-à-dire, des diverses représentations rationnelles du juste, du bien ou de la morale politique. Or, au 19^e siècle et au 20^e siècle, au moins jusqu'aux années 1970-80, les facultés de droit s'étaient généralement désintéressées de cet objet d'étude. Pour les juristes, l'étude de la morale et de la justice devait relever des facultés de philosophie ou de théologie, voire même des facultés des sciences sociales. Pourquoi? Pour deux raisons principalement.

La première est que pour les positivistes, le droit est conceptuellement séparé de la morale et de la justice. C'est en ce sens que l'on entendait – et que l'on entend encore – souvent dire : « le droit est une chose et la morale ou la justice en est une autre ». Or, pour être un juriste compétent, il suffisait de connaître le droit tel qu'il existe dans les faits. Les juristes n'étaient donc pas tenus de connaître ce qui est juste ou bien. Au contraire, le juriste qui faisait intervenir des considérations morales pour identifier ou appliquer des règles de droit valides était perçu comme un mauvais juriste. Il ne faisait pas du droit, il jouait au moraliste. Comme le soutenait Eisenman, un juriste qui donne une opinion sur une base autre que la législation « cesse de penser et raisonner en "juriste de droit positif" ; il se choisit et joue un autre personnage »⁸. La jurisprudence canadienne était alors remplie d'énoncés de ce type. Par exemple, dans une affaire célèbre des années soixante-dix, *CTCUM c. Syndicat du Transport de Montréal (CSN)*⁹, le juge en chef de la Cour supérieure du Québec, Jules Deschênes, avait rendu une décision favorable à un syndicat (la Confédération des Syndicats Nationaux) sur la base de considérations morales et politiques contraires à une disposition claire du Code de procédure civile qui favorisait l'employeur. Selon lui, bien que le syndicat fût en grève de manière illégale, l'état du droit avait pour effet d'écraser une masse de citoyens par l'amende et la prison et ne contribuait en rien à une solution juste du problème social qui causait la grève illégale. La décision du juge Deschênes fut souverainement renversée à l'unanimité par la Cour d'appel. Selon les juges de la Cour d'appel, le rôle des juges n'est pas de prononcer des jugements d'ordre politique ni de créer la loi. Les juges doivent appliquer la loi, point

⁸ Voir, par exemple: Charles EISENMAN, « Le juriste et le droit naturel », dans Hans KELSEN, *Le droit naturel*, Paris, Institut international de philosophie politique, P.U.F., 1959, p. 205, à la page 215.

⁹ [1974] C.S. 227.

à la ligne. L'un des juges y affirme même qu'un juge n'est pas maître de la justice: «Qu'il se dise: "Pour moi, il me paraît juste qu'il en soit ainsi", il devient alors mauvais juge et il déroge à l'idée de justice»¹⁰. Ce commentaire peu flatteur mettait explicitement en cause la compétence du juge en chef de la Cour supérieure d'agir comme tout bon juriste doit agir.

Mais il y a une deuxième raison plus profonde qui explique le désintérêt des juristes pour la philosophie morale et la justice. La culture juridique positiviste tendait à adhérer à une forme ou l'autre de «subjectivisme moral». Les juristes tendaient à penser que les jugements moraux ne peuvent prétendre à l'objectivité. Pour eux, ces jugements exprimaient soit une disposition émotive ou psychologique du sujet qui les énonce, tels un désir, une attitude d'approbation ou de réprobation, un sentiment ou une préférence, ce qu'on appelle généralement «l'émotivisme»¹¹, soit une décision, un choix ou une volonté, ce qu'on pourrait associer au «décisionisme», soit rien du tout, car ils seraient dénués de sens. Certains juristes adhéraient au nihilisme moral: ils niaient qu'il puisse exister quelque chose comme des «faits moraux» ou des propriétés morales objectives dans le monde qui seraient indépendants des préférences, des attitudes personnelles, des cultures ou des volontés. Pour eux, les seuls faits qui faisaient partie de la réalité objective, s'il en est, étaient ceux que la science ou l'observation permettaient de découvrir (thèse métaphysique)¹². D'autres juristes adhéraient au scepticisme moral: ils niaient que l'on puisse justifier, démontrer, établir ou vérifier les jugements moraux comme le font les scientifiques avec les jugements de fait (thèse épistémologique)¹³. D'autres juristes adhéraient au relativisme moral: ils croyaient que les jugements moraux ne peuvent avoir de validité qu'à l'intérieur d'un schème de valeurs donné, culturel, religieux ou personnel, et qu'il n'existe aucune norme objective transcendante permettant de les mesurer, de les comparer et d'établir ceux qui sont vrais ou corrects (thèse relativiste)¹⁴. Certains juristes, enfin, adhéraient au pluralisme moral: bien qu'ils estimaient qu'il

¹⁰ *CTCUM c. Syndicat du Transport de Montréal (CSN)*, [1977] CA 476, 488.

¹¹ Voir: Charles Leslie STEVENSON, *Ethics and Language*, New Haven, Yale University Press, 1946.

¹² Voir, par exemple: Alf Ross, *On Law and Justice*, Berkeley, University of California Press, 1959.

¹³ Voir, par exemple: John Hart ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

¹⁴ Voir, par exemple: Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962.

puisse exister des valeurs morales objectives et transcendantes, ils croyaient que ces valeurs sont plurielles et incommensurables entre elles. Elles ne pouvaient donc pas fournir « une seule bonne solution » aux dilemmes moraux. Il appartenait ainsi à chacun de les soupeser et de déterminer l'équilibre qui convient à la lumière d'un contexte donné (thèse pluraliste)¹⁵. Dans tous ces cas, les jugements moraux comportaient un élément subjectif et cela les empêchait d'accéder au statut de connaissance objective.

Les raisons qui contribuent à expliquer ces croyances chez les juristes sont nombreuses. Ultimement, elles sont probablement liées à l'épistémologie de type positiviste. L'une d'entre-elles dérive du fait que les juristes du 20^e siècle ne pouvaient faire abstraction des recherches contemporaines en sociologie, en anthropologie et en psychologie qui tendaient à montrer que les attitudes à l'égard des valeurs morales étaient conditionnées par la culture dans laquelle les individus grandissaient ou par l'éducation qu'ils recevaient¹⁶. Il semblait de plus en plus naïf de croire que ces valeurs puissent représenter quelque chose de plus que le résultat d'un conditionnement. Une autre raison a été l'influence de ce que les philosophes nomment le « positivisme logique ». Ce courant de pensée affirmait avec force qu'un énoncé « non analytique » est littéralement doté de sens si, et seulement si, il est vérifiable empiriquement¹⁷. Or, les seuls faits qui peuvent rencontrer ce critère sont ceux que la science ou l'observation permet découvrir, tels que les faits d'ordre physique et d'ordre psychologique. Il s'ensuit que les seuls énoncés moraux dotés de sens sont ceux qui expriment des valeurs morales que la science ou l'observation permet de découvrir. Or, ces valeurs sont celles que les individus ou les communautés eux-mêmes attachent à certains faits ou à certains actes. Par conséquent, la connaissance de la morale ou de la justice doit procéder des méthodes empiriques propres aux sciences humaines, telles que celles de la sociologie, de l'anthropologie ou de la psychologie. Il n'y a rien de plus à connaître ni à vérifier. Hans Kelsen, l'un des plus influents positivistes du 20^e siècle écrivait que :

¹⁵ Voir, par exemple: H.L.A. HART, préc., note 2.

¹⁶ Voir, par exemple: John LADD, *Ethical Relativism*, Belmont, Wadsworth Publishing Company, 1973.

¹⁷ Voir, par exemple: Alfred Jules AYER, *Truth, Language and Logic*, New York, Dover Publication, 1952. Un énoncé est dit « analytique » lorsque sa vérité dépend uniquement de sa définition ou des propriétés du langage.

« [d]u point de vue d'une connaissance scientifique, on ne saurait admettre qu'il existe des valeurs absolues en général, en particulier une valeur morale absolue, ces idées ne pouvant reposer que sur une foi religieuse en l'autorité absolue et transcendante d'une divinité; de ce point de vue scientifique, il n'existe pas de morale absolue, c'est-à-dire seule valable, excluant la possibilité qu'une autre soit valable [...]. [D]e ce point de vue, toutes les valeurs morales sont relatives. »¹⁸

Il est probable que la version contemporaine la plus cohérente, et parmi les plus radicales, de cette position au Québec réside dans les écrits d'Yves-Marie Morissette, maintenant juge à la Cour d'appel du Québec¹⁹. Selon cet auteur, les dilemmes moraux ou éthiques sont impénétrables par la raison. Ils soulèvent des questions évaluatives insolubles ou dont la réponse est indémontrable. Pour ce motif, semble-t-il, la philosophie morale et politique ne regarde aucunement les juristes, « bien qu'elle puisse par ailleurs avoir quelque intérêt entre la poire et le fromage »²⁰. Le juriste compétent est celui qui s'en tient à une lecture assidue des sources du droit (la loi, la jurisprudence et la doctrine juridique traditionnelle). Le reste n'est que « bavardage salonard »²¹ et « discours d'auto-légitimation »²² par des juristes égarés chez les philosophes²³.

¹⁸ H. Kelsen, préc., note 14, p. 87.

¹⁹ Voir, par exemple : Yves-Marie MORISSETTE, « Deux ou trois choses que je sais d'elle (la rationalité juridique) », (2000) 45 *R.D. McGill* 591. Voir aussi : Yves-Marie MORISSETTE, « Rétrospective et prospective sur le contentieux administratif », (2008-2009) *R.D.U.S.* 1. Morissette soutient concevoir le droit et l'interprétation juridique dans le cadre du positivisme juridique élaboré par Kelsen et Hart. Je laisse de côté cette qualification. Certains passages dans ces textes donnent des raisons de croire qu'il procède du pragmatisme juridique.

²⁰ Yves-Marie MORISSETTE, « Deux ou trois choses que je sais d'elle (la rationalité juridique) », préc., note 19, 598.

²¹ *Id.*

²² *Id.*

²³ Dans un texte récent fort intéressant, Yves-Marie Morissette réaffirme l'essentiel de sa théorie du droit et de l'interprétation des lois, bien que les termes choisis apparaissent plus nuancés. Voir Yves-Marie MORISSETTE, « Peut-on "interpréter" ce qui est indéterminé? », dans Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT (dir.), *Interpretatio non cessat. Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 9. En particulier, lorsque le droit est indéterminé, Morissette semble conférer plus explicitement qu'avant une force de légitimation à la « procédure » à laquelle les juges sont astreints dans la prise de décision (*id.*, aux pages 32 et 33). À mon avis, cette procédure jette la morale et la justice au cœur même de toutes les décisions judiciaires. Dans une note de bas de page, Morissette cite Hart pour qui la procédure correspond aux « judi-

Illustrons ce qui précède par une autre affaire rendue dans les années soixante-dix, *Harrison v. Carswell*²⁴. Dans cette affaire, un propriétaire de centre commercial avait interdit à une employée d'un locataire du centre d'y avoir accès afin de faire du piquetage paisible à l'occasion d'une grève légale. Puisque l'employée a refusé d'obtempérer, elle fut accusée d'intrusion illicite (*trespass*). Le propriétaire du centre commercial avait-il le droit de porter une telle accusation contre l'employée? La règle de droit était en apparence très claire. Quatre ans auparavant, une décision unanime de la Cour suprême du Canada avait explicitement reconnu aux propriétaires de centres commerciaux les mêmes droits en matière d'intrusion illicite que ceux dont bénéficient les propriétaires de maison d'habitation. Par conséquent, bien que l'invitation lancée au public soit générale, les propriétaires pouvaient retirer le droit d'accès au centre commercial à quiconque. Dans l'affaire *Harrison*, les trois juges dissidents ont estimé que l'application formelle ou « automatique » du précédent ne permettrait pas de rendre une décision juste. La Cour n'examinerait qu'un seul aspect d'une question controversée et déciderait que le débat est clos sans avoir besoin d'entendre l'autre partie. Selon eux, la portée des droits des pro-

cial virtues», telles que la neutralité et l'impartialité dans l'examen des positions concurrentes, la prise en compte des intérêts de tous ceux que pourraient toucher les décisions judiciaires et le souci de justifier rationnellement ces décisions sur la base d'un principe général acceptable (*id.*, à la note 83). Or, ces vertus procédurales ont une qualité morale intrinsèque indéniable, notamment en vertu de leur caractère fondamentalement égalitariste, et c'est probablement en vertu de cette qualité qu'elles ont une force normative en droit. De plus, puisque les vertus procédurales requièrent l'équilibrage impartial des intérêts concurrents et la recherche d'un principe général acceptable, elles constituent, pour les juristes positivistes, une porte d'entrée dans l'univers des considérations morales ou éthiques substantielles. Cela ne signifie pas qu'il n'existe toujours qu'un seul principe moral correct applicable à un cas donné, que les considérations morales donnent toujours des réponses claires ou que les juristes puissent *démontrer* qu'une décision est la seule correcte, comme ils démontreraient qu'un bijou est fabriqué avec de l'or ou que « 2 + 2 = 4 ». Lorsqu'il existe des principes moraux concurrents pertinents – et c'est généralement le cas –, on ne peut exiger autre chose des juristes qu'une argumentation solide qui donne des raisons morales de croire qu'en toute probabilité telle décision judiciaire est mieux fondée que ses concurrentes. Évidemment, deux juristes raisonnables peuvent être en désaccord sur la force relative des arguments moraux. Mais il ne s'ensuit pas que les juristes doivent se désintéresser de la philosophie morale et politique. Au contraire, ces désaccords devraient constituer une raison puissante de s'y intéresser sérieusement, tout comme les désaccords en droit ou en science constituent une raison suffisante de poursuivre la recherche en droit et en science.

²⁴ [1976] 2 R.C.S. 200.

priétaires de centres commerciaux en matière d'intrusion devait être contrebalancée par les droits des employés des locataires de faire du piquetage paisible afin d'appuyer une grève licite. La Cour suprême était donc tenue de soupeser deux valeurs sociales concurrentes : les intérêts légitimes du propriétaire et les intérêts légitimes des employés de manifester paisiblement pour appuyer une grève légale. En l'espèce, suite à un raisonnement très étoffé, les juges dissidents conclurent que les intérêts des employés l'emportaient sur ceux des propriétaires. La règle de droit énoncée quatre ans auparavant devait donc être profondément modifiée, peut-être même qu'elle devait être écartée. La Cour suprême, soutinrent-ils, pouvait servir de contrepoids, sans s'en rapporter au législateur, lorsqu'une ancienne doctrine juridique ne semble plus convenir aux valeurs sociales contemporaines.

Cette opinion fut repoussée magistralement par les six juges majoritaires. Selon ces derniers, il n'appartient pas aux juges, ni même aux juges de la Cour suprême, de soupeser le poids relatif des valeurs sociales concurrentes qui peuvent être en cause dans un litige. Deux considérations sous-tendaient cette position. D'une part, la fonction des tribunaux, incluant la Cour suprême, doit être judiciaire : les juges doivent procéder d'une manière raisonnée d'après des concepts établis et des décisions fondées sur des principes. D'autre part, les jugements de valeurs sont « nécessairement » subjectifs et « inévitablement » arbitraires. Ils ne concernent donc pas les juristes. Voici ce que le juge Dickson, devenu plus tard juge en chef de la Cour suprême, écrivait au nom des six juges :

« La théorie selon laquelle cette Cour devrait juger et établir la valeur sociale respective du droit de propriété et du droit au piquetage soulève des questions politiques et socio-économiques importantes et difficiles *dont la solution, à cause de leur nature même, est inévitablement arbitraire et reflète nécessairement des convictions économiques et sociales personnelles.* »²⁵

Selon les juges majoritaires, la règle de droit établie quatre ans auparavant était très claire et il n'était tout simplement pas possible de distinguer rationnellement les faits qui l'avaient justifiée des faits de la présente espèce. Les propriétaires de centres commerciaux jouissaient donc des mêmes droits en matière d'intrusion illicite que les propriétaires de maisons d'habitation et pouvaient donc, à leur discrétion, retirer l'invitation à

²⁵ *Id.*, 218 (nos italiques).

une partie du public, y compris aux employés des locataires en grève légale. Si cette règle devait être changée, il appartenait aux institutions représentatives, telle que la législature, de le faire.

Pour les juristes positivistes, il y a donc une séparation conceptuelle entre le droit, la méthodologie et la morale. Le droit est une chose, notamment un fait social objectif constitué de règles valides empiriquement vérifiables, la méthodologie juridique en est une autre et la morale ainsi que la justice encore d'autres, si tant est qu'elles soient quelque chose. Ignorer cette séparation engendre la confusion et, ultimement, l'arbitraire.

B. L'herméneutique juridique

L'approche positiviste du droit a été fortement secouée à partir de la fin des années 1960. Évidemment, cette secousse n'a pas été spontanée. Tout au long du 20^e siècle, des mouvements de pensée ont critiqué ses diverses thèses : tantôt l'épistémologie positiviste du droit et ses présupposés, dont la thèse de la vérité comme correspondance, la thèse métaphysique sur l'existence objective d'une entité juridique douée de sens, et la thèse méthodologique qui postule la neutralité du théoricien observateur²⁶, tantôt les postulats du raisonnement juridique formel²⁷, tantôt la force obligatoire du droit positif²⁸, et ainsi de suite. Néanmoins, je voudrais associer une importante onde de choc à « une » version de ce qu'on peut nommer l'herméneutique juridique contemporaine ou l'approche interprétative du droit. Cette version est, à mon avis, la plus influente, la plus pertinente et aussi la plus féconde²⁹.

Cette version de l'herméneutique juridique rompt avec l'ensemble des thèses positivistes et notamment avec l'épistémologie de type positiviste. Elle ne fait pas de la clarté conceptuelle et de la certitude un idéal prépondérant. Puis, elle met fin à la séparation entre le droit, la méthodologie et

²⁶ Voir les travaux des «Critical Legal Scholars» et ceux associés au mouvement «Law and Literature»; cf. Neil DUXBURY, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

²⁷ Voir, par exemple: les «American legal realists»; N. DUXBURY, *id.*

²⁸ Voir les réflexions de Lon L. Fuller; N. DUXBURY, *id.*

²⁹ Comme pour le positivisme juridique et le jusnaturalisme, il existe plusieurs versions de l'herméneutique juridique. L'herméneutique juridique reproduit en philosophie du droit certaines thèses que nous pouvons associer à l'herméneutique philosophique. Voir *Infra* II, C.

la morale ainsi que la justice. Je la présenterai à un niveau suffisamment élevé de généralité pour éviter de se perdre dans les dédales de la pensée d'un auteur en particulier. Cependant, lorsqu'il sera nécessaire d'illustrer concrètement l'une ou l'autre des thèses herméneutiques, je me servirai de celles avancées par le philosophe du droit Ronald Dworkin. J'ai choisi Dworkin, non pas parce que j'estime que tout ce qu'il dit est vrai, mais parce qu'il constitue le principal architecte de cette approche. Voici les propositions essentielles de cette version en trois thèses.

Tout d'abord, pour les herméneutes, le droit n'est pas un fait empirique extérieur à nous, constitué de règles formellement valides. C'est une pratique sociale discursive de type argumentatif dans laquelle les juristes et les citoyens sont toujours déjà immergés. Cette pratique discursive est constituée de principes et de valeurs, constituant autant de raisons d'agir et de décider en concurrence normative les unes avec les autres, dont l'agencement correct dans un contexte donné permet de justifier adéquatement les jugements, les propositions ou les thèses juridiques relatifs aux obligations, aux droits, aux pouvoirs et aux libertés juridiques des citoyens. Le droit est donc une forme complexe d'activité humaine socialement établie qui se révèle dans le discours qui porte sur la justification des thèses juridiques, des jugements et des propositions de droit. Ce n'est pas un fait extérieur constitué de règles valides émanant de sources formelles que l'on peut découvrir et appliquer pour peu que nous utilisions formellement la bonne méthode. Le droit est une pratique sociale discursive de type argumentatif dans laquelle nous sommes tous déjà immergés, du fait même que nous y participons à tous les jours en tant que citoyens et, plus particulièrement, en tant que juristes.

Cette première thèse amène deux constatations. D'une part, si le droit est une pratique discursive de type argumentatif, alors il n'est pas possible de vérifier la vérité d'une proposition de droit avancée dans un cas donné en mesurant son degré de correspondance avec une entité factuelle objective extérieure à l'argumentation juridique. La vérification de la vérité des propositions de droit ne peut procéder qu'à l'intérieur de la pratique discursive en fonction d'autres arguments juridiques. D'autre part, si le droit est une pratique discursive de type argumentatif, alors il n'y a pas de séparation conceptuelle nette entre le droit « tel qu'il est » et la méthodologie juridique. Le droit se révèle dans le discours juridique par la méthode des juristes, c'est-à-dire, dans leur mode d'argumentation et de raisonnement. Inversement, la méthode juridique fait corps avec le droit. Le type d'argumentation dépend du contenu du droit tout comme le contenu du droit se

manifeste par l'argumentation. Le droit et l'argumentation juridique sont donc fusionnés de manière constitutive.

Mais comment établir le sens et le poids relatifs des principes et des valeurs constitutifs du discours juridique en vertu desquels peuvent être soupesés les arguments juridiques avancés comme justification au soutien des thèses juridiques? En d'autres mots, comment établir le sens et le poids relatifs des principes et des valeurs juridiques aux fins de la justification des propositions de droit?

Pour les herméneutes, on ne peut le faire en s'extrayant de la pratique et en tentant d'observer le discours juridique de l'extérieur, comme voudrait le faire un positiviste. On ne peut à la fois décrire formellement les éléments constitutifs de la pratique discursive et construire une argumentation substantielle intelligible capable de persuader un auditeur rationnel de la force d'une thèse juridique. D'une part, lorsqu'on les appréhende de l'extérieur, les concepts juridiques qui représentent les valeurs et les principes juridiques sont généralement trop abstraits et trop généraux pour être formellement contraignants. Pensez aux concepts de la primauté du droit, de la souveraineté du parlement, du consentement, de la responsabilité, de l'obligation, de la démocratie, par exemple. Quel est leur sens? Quel est leur poids relatif? D'autre part, comme je l'ai déjà mentionné, les concepts juridiques représentent généralement des valeurs et des principes qui sont formellement en concurrence normative les uns avec les autres. On ne peut donc pas établir leur sens et leur poids relatifs en s'en tenant à une lecture externe du discours juridique. Il faut se situer à l'intérieur de la pratique discursive et tenter de les comprendre de ce point de vue.

La seconde thèse est la suivante. Le sens et le poids relatifs de chaque principe et de chaque valeur juridique dépendent du sens de tous les autres principes et valeurs juridiques constitutifs du discours (et vice-versa), compris à la lumière des buts, des finalités ou des biens qui donnent un « sens » cohérent à la pratique juridique elle-même. L'idée que la pratique sociale puisse avoir un « sens » ne réfère pas ici à une « définition » de la pratique sociale; on ne cherche pas à décrire les propriétés « essentielles » empiriques de la pratique sociale³⁰. On cherche à établir le sens qui lui donne sa raison d'être, c'est-à-dire, substantiellement, sa « direction »³¹.

³⁰ Cette « définition » pourrait, cependant, inclure ce que je viens d'énoncer, notamment qu'une pratique sociale puisse avoir un « sens ».

³¹ Le mot « sens » a au moins deux acceptions: le sens peut représenter la « définition » d'un mot ou la « direction » d'une activité.

Or, ni le but ni la finalité ni les biens qui donnent un sens à la pratique sociale ne sont révélés empiriquement. Comment doit-on procéder pour les établir? L'herméneutique soutient qu'il faut procéder, par *interprétation*, à une reconstruction du discours juridique dans son ensemble. Le but, la finalité ou les biens qui donnent un sens à la pratique dépendent tout autant du sens et du poids des principes et des valeurs juridiques que ces derniers dépendent du sens de la pratique prise comme un tout. L'interprète doit donc ajuster le sens de chaque principe et de chaque valeur à celui de tous les autres, de manière à faire de la pratique sociale une forme cohérente d'activité humaine qui a une raison d'être, celle de réaliser certains biens. Le but, la finalité ou les biens qui font des activités juridiques une pratique sociale dépendent donc de ce qui donne une direction à la pratique; de ce à quoi elle sert; des valeurs qui expliquent pourquoi elle a encore cours aujourd'hui. Ronald Dworkin, par exemple, a qualifié de «constructive» cette forme d'interprétation des pratiques sociales. L'interprétation constructive se préoccupe «essentiellement de but». Ces buts ne sont pas ceux de l'auteur, mais ceux de l'interprète. Dans cette forme d'interprétation, «il s'agit de superposer un but à un objet ou à une pratique pour en faire le meilleur exemple possible de la forme ou du genre dont on le donne pour représentant»³².

Le processus d'interprétation consiste, en tout premier lieu, à intégrer du mieux possible chaque élément de la pratique discursive qui peut contribuer à éclairer le but, la finalité ou les biens qui donnent un sens à la pratique conformément à un critère de *cohérence*. Cependant, il peut y avoir plusieurs lectures cohérentes d'un même discours juridique. Pour cette raison, il ne semble pas possible d'établir, uniquement à partir du critère de cohérence, «la» lecture la plus cohérente du discours juridique. La question se pose donc de savoir si, et dans l'affirmative comment, un interprète peut établir la meilleure lecture? De plus, le processus de reconstruction du discours juridique comme un tout cohérent présuppose que les principes et les valeurs juridiques concurrents puissent être ajustés les uns aux autres, compte tenu de leur sens et de leur poids relatifs. Il s'ensuit que l'interprète doit pouvoir pénétrer la substance de ces principes et valeurs. Or, à lui seul, le critère de cohérence ne permet pas de le faire. S'il permet de saisir les valeurs et les principes juridiques tels qu'ils apparaissent dans le discours juridique, il ne permet de les saisir qu'en tant

³² Voir : Ronald DWORKIN, *L'empire du droit*, trad. E. Soubrenie, Paris, P.U.F., 1986, p. 57.



qu'agrégat de concepts juridiques formels. Bien entendu, les concepts juridiques formels possèdent un certain contenu juridique ou une certaine définition formelle: par exemple, «un contrat est formé de trois conditions», «la liberté d'expression n'inclut pas l'expression violente», «le fédéralisme comporte un partage des compétences», etc. Mais le contenu juridique ou la définition formelle des concepts juridiques n'apparaissent eux-mêmes que sous la forme d'autres concepts juridiques formels. Ce contenu ou définition ne sont «substantiels», pourrait-on dire, que dans un sens faible. Par conséquent, dans la mesure où le critère de cohérence permet d'ajuster les concepts juridiques les uns aux autres, l'ajustement ne peut aller au delà d'une cohérence formelle ou logique, comme dans un système mathématique. Il ne permet pas de poser des jugements de fond, ou «substantiels» dans un sens fort, ni sur le sens et la force relative des valeurs et des principes juridiques concurrents ni sur les buts, les finalités ou les biens qui donnent aux pratiques sociales tout leur sens. Il faut quelque chose de plus.

La troisième thèse herméneutique établit cet élément. Elle énonce que la détermination du but, de la finalité ou des biens de la pratique juridique dans son ensemble, de même que du sens et du poids relatif des valeurs et des principes juridiques concurrents, procède fondamentalement de la morale et de l'éthique, notamment de la morale politique. Ce sont les valeurs et les principes moraux ou éthiques qui donnent au discours juridique sa substance dans un sens fort. Ce sont les valeurs et les principes de la morale et de l'éthique qui permettent de comprendre et de soupeser adéquatement les arguments juridiques avancés au soutien des thèses juridiques et d'établir les propositions de droit les mieux justifiées dans un cas donné. Ce sont eux qui permettent de pénétrer la substance même des concepts juridiques et de leur conférer leur poids respectif. Sans eux, les concepts juridiques les plus abstraits (tels que les concepts d'autonomie, de responsabilité, de dignité, de justice, de liberté d'expression, de faute, de démocratie, de droits, etc.), de même que les concepts juridiques les plus concrets (tels que ceux qui désignent les titulaires du droit d'accès à certains documents gouvernementaux, la portée du privilège qui protège l'identité des indicateurs de police, le pouvoir d'un organisme environnemental de modifier la portée d'un projet de manière à contourner une évaluation environnementale approfondie, etc.), demeureraient formels.

Certes, la meilleure représentation du rapport nécessaire entre la morale, l'éthique et le discours juridique est sujette à discussion, à inter-



prétation même, au sein de l'herméneutique. On pourrait l'expliquer à partir du fait observable que la pratique juridique est argumentative en fait : dans la pratique juridique les propositions de droit doivent être « justifiées » adéquatement. Or, quel peut bien être le sens ou la raison d'être de cette pratique justificative si ce n'est d'éviter le caractère arbitraire ou moralement répugnant de la coercition dépourvue de justification ? Déjà là, il y a un lien nécessaire entre la morale, l'éthique et le droit. Mais on pourrait avancer d'autres considérations. Dworkin, par exemple, soutient que l'interprétation constructive consiste à faire de la pratique juridique le meilleur exemple possible de la forme ou du genre dont on la donne pour représentant. Elle consiste à la faire paraître sous son meilleur jour. Or, la meilleure interprétation constructive du droit indique qu'il relève de la morale politique. Le droit n'est pas une entreprise littéraire, économique ou religieuse. C'est une entreprise politique qui se caractérise par ce qu'il nomme l'intégrité³³. Elle incarne une conception cohérente de la justice, de l'équité et de la procédure. L'une des raisons au soutien de cette thèse réside dans ce qu'il nomme les concepts « interprétatifs ». Selon lui, les concepts juridiques ne sont généralement pas purement descriptifs. Le concept de démocratie, par exemple, n'est pas constitué de critères d'application correcte qui nous permettent d'identifier ou de reconnaître sans jugement de valeur les systèmes politiques ou les lois « démocratiques » tels qu'ils sont en fait. Les concepts juridiques sont « interprétatifs » : ils sont à la fois descriptifs et normatifs. Ils décrivent les phénomènes empiriques qu'ils représentent selon que ces derniers honorent ou pas certaines valeurs ou considérations normatives, morales ou éthiques. Le concept de démocratie, par exemple, décrira adéquatement ou pas un système politique ou un ensemble de lois particulières si ce système ou ces lois honorent les valeurs jugées « démocratiques » d'un point de vue normatif. Or, la détermination des valeurs constitutives d'une démocratie n'est pas un processus purement descriptif. Elle exige des juristes une réflexion sur la meilleure conception morale et éthique possible de la démocratie, compte tenu de toutes les considérations pertinentes disponibles, qu'elles soient sociales, anthropologiques, économiques, etc. Ce processus constitue une interprétation constructive. Il en va de même de tous les concepts juridiques fondamentaux, dont le concept de « droit » (*law*) lui-même. Pour cette raison, le droit est un concept interprétatif et non pas un concept descriptif. Quoi qu'il en soit, quelle que soit la meilleure explica-

³³ *Id.*, p. 107-109, chapitres VI et VII.



tion de cette réalité, les herméneutes admettent généralement la thèse selon laquelle les concepts juridiques ne sont pas intelligibles en eux-mêmes sans l'apport de la morale et de l'éthique.

En vertu de l'herméneutique juridique, il s'ensuit qu'il n'y a plus de séparation conceptuelle nette entre le droit « tel qu'il est » et la morale, l'éthique ou la justice. Le droit est une pratique discursive de type argumentatif constitué de valeurs et de principes dont la signification fait corps avec celle des valeurs et des principes moraux et éthiques sans lesquels il serait impossible de leur donner leur sens et leur poids relatifs. Sans cette forme de fusion, le discours juridique ne serait qu'une forme linguistique abstraite sans substance véritable.

Concevoir le droit à la lumière des trois thèses herméneutiques entraîne au moins deux conséquences importantes. La première est qu'il est faux de croire que le raisonnement juridique est formel dans 95 % des cas et substantiel dans le dernier 5 % des cas. Il est substantiel dans 100 % des cas. Dans tous les cas, il importe d'avancer la meilleure justification substantielle possible au soutien de nos thèses, nos jugements et nos propositions juridiques. La deuxième conséquence est qu'il n'y a pas de bonne raison de nier qu'il puisse exister, en principe, une seule bonne réponse ou une unique réponse juste (« one right answer ») aux questions juridiques. Dans la plupart des cas, probablement dans tous les cas, au moins une solution juridique est meilleure que les autres en ce sens qu'elle est plus solide, mieux justifiée ou plus persuasive en droit, tel que compris à la lumière de la justification morale ou éthique. Certes, dans un cas donné, les juristes peuvent être en désaccord sur ce qu'est la bonne solution et c'est bien pourquoi ils avancent des arguments justificatifs concurrents. Mais le seul fait qu'ils argumentent de bonne foi en faveur de la solution qu'ils estiment meilleure que toutes les autres montre bien que pour eux il existe une bonne réponse aux questions juridiques. Évidemment, il serait incohérent de plaider de bonne foi que telle solution juridique est meilleure que toutes les autres et nier qu'il puisse y avoir une bonne réponse à la question juridique litigieuse !

Cette deuxième conséquence est probablement la plus controversée de toutes les positions herméneutiques. L'une des principales raisons est qu'elle présuppose que la morale ou l'éthique est, d'une certaine manière, objective. Le raisonnement est le suivant : il ne peut y avoir une seule bonne réponse aux questions juridiques que si les jugements interprétatifs



peuvent être, d'une certaine manière, objectivement vrais. Or, les jugements interprétatifs ne peuvent être objectivement vrais que si la morale ou l'éthique qui donne au droit tout son sens possède elle-même une certaine objectivité. Si la morale ou l'éthique n'existait pas, ou si les jugements moraux n'étaient qu'une affaire subjective aux individus ou relative aux communautés culturelles, alors la thèse de l'unique bonne réponse serait fautive. Les propositions de droit et les jugements juridiques seraient subjectifs et relatifs à ceux qui les énonceraient. Par conséquent, les herméneutes qui adhèrent à la thèse de l'unique bonne réponse doivent postuler, et postulent généralement, que la morale ou l'éthique possède une certaine objectivité en vertu de laquelle les propositions de droit et autres jugements juridiques peuvent être vrais ou faux.

Mais ce postulat est fort controversé. Les juristes herméneutes sont-ils tenus de le démontrer? Pas nécessairement. Au moins deux stratégies pourraient être possibles. En vertu de la première, ils pourraient présupposer la validité du cognitivisme moral sans s'engager dans le projet philosophique ambitieux de la démontrer. Les juristes pourraient ainsi s'en remettre aux philosophes qui réfléchissent à la question de l'objectivité morale, tout en espérant que leur «sens» moral, leur rationalité «naturelle» ou leur expérience vécue de l'injustice leur permettent de comprendre ce que la justice ou le bien requiert objectivement dans un cas spécifique donné et de poser des jugements moraux de premier ordre qui soient objectivement vrais. Cette stratégie qui pourrait avoir quelque chose en commun avec les thèses aristotéliennes sur la sagesse pratique pourrait être décevante par sa candeur. De plus, elle laisse entrevoir tous les risques d'arbitraire contre lesquels le droit est censé nous prémunir. En même temps, il semble hors de proportion d'exiger des juristes une maîtrise des thèses méta-éthiques controversées sur la signification des énoncés et des jugements moraux, qu'elles soient linguistiques, épistémologiques ou métaphysiques, tout comme il semble hors de proportion d'exiger des scientifiques une maîtrise approfondie des thèses méta-éthiques controversées sur la signification des énoncés et des jugements scientifiques avant d'agir. Il semblerait tout aussi déraisonnable d'exiger des juristes avant d'agir la «démonstration» que l'une ou l'autre des thèses méta-éthiques est objectivement vraie, alors que les philosophes eux-mêmes ne s'accordent pas sur cette question. Cela étant dit, en vertu d'une seconde stratégie, les juristes herméneutes pourraient participer aux débats d'ordre philosophique et tenter de justifier la validité du cognitivisme moral. Cette

attitude pourrait bien ne modifier en rien les jugements moraux de premier ordre auxquels aboutiraient les tenants de la première stratégie, mais elle aurait l'avantage de leurs fournir un support philosophique.

C'est précisément cette seconde stratégie qu'a adopté Ronald Dworkin au cours de ses nombreux écrits. Selon lui, la morale ou l'éthique possède une certaine objectivité en vertu de laquelle les propositions de droit et autres jugements juridiques peuvent être vrais ou faux. Qu'est-ce donc que la morale et en vertu de quoi est-elle objective? Selon Dworkin, la morale, tout comme le droit, constitue une pratique sociale discursive de type argumentatif axée sur la justification de certains types de jugements pratiques de premier ordre. Ses ressources sont complexes. Elles incluent un ensemble de principes et de valeurs dont le sens et le poids relatif sont établis par l'interprétation du discours pratique lui-même. La signification des valeurs et des principes de la morale n'est donc pas une donnée formelle empirique observable. Elle est interne à la pratique de la morale. Quiconque construit une argumentation morale est donc tenu d'interpréter l'ensemble de la pratique discursive, c'est-à-dire, l'ensemble de ses principes et de ses valeurs, à la lumière d'une ou plusieurs valeurs fondamentales que la pratique cherche à honorer. Ce sont ces valeurs fondamentales qui lui donnent tout son « sens », sa direction ou sa raison d'être.

Quel est le sens fondamental de la pratique de la morale? Existe-t-il un ou plusieurs principes fondamentaux qui donnent un sens cohérent à cette pratique? Existe-t-il quelque valeur fondamentale qui fait de cette pratique une pratique de la morale et qui permet de déterminer le sens et le poids de toutes les autres valeurs? Dworkin répond par l'affirmative. Il pose l'hypothèse que la morale, notamment la morale politique, tire son sens d'un principe substantiel fondamental, le principe selon lequel « chacun doit être traité avec un égal respect et avec une égale considération » (*the principle of equal concern and respect*). Par conséquent, la conformité à ce principe permet de déterminer si un jugement peut être qualifié de moral ou pas. C'est ce même principe qui, ultimement, permet d'établir la force et le poids relatifs des arguments moraux. Cela étant dit, Dworkin ne démontre pas la vérité de son hypothèse comme on démontrerait la présence d'un lapin dans un chapeau en nous montrant le lapin dans le chapeau. Le principe d'égalité, en tant que principe fondamental de la morale, ne peut être confirmée ou infirmée que par des considérations interprétatives, c'est-à-dire, par des arguments moraux qui présentent la pratique de la morale sous son meilleur jour. Selon lui, il n'est tout simplement pas

possible de donner un sens cohérent au discours moral si l'on nie le caractère fondamental de ce principe d'égalité. En d'autres mots, la meilleure interprétation constructive de la pratique de la morale, en tant que pratique discursive, appuie son hypothèse. Il appartient donc à ceux qui ne sont pas d'accord avec cette interprétation de montrer qu'elle est erronée en avançant de meilleurs arguments interprétatifs. Il ne leur suffit donc pas d'avancer des considérations empiriques; ses détracteurs sont tenus d'avancer des arguments interprétatifs concurrents. Il découle de cela que le fondement du principe d'égalité est interne au discours moral. Il en va de même des jugements moraux plus spécifiques. Leur fondement est interne à la pratique: leur sens et leur poids respectif sont déterminés par des arguments moraux interprétatifs qui, ultimement, tirent leur sens et leur poids relatif de leur conformité ou pas au principe d'égalité³⁴.

Cette thèse permet de repousser (à peu près) tous les arguments méta-éthiques (linguistique, épistémologique, métaphysique ou anthropologique) qui tendent à montrer que les jugements moraux sont ultimement subjectifs aux individus ou relatifs aux cultures. En fait, elle les repousse en montrant qu'ils sont non pertinents aux fins du débat sur l'objectivité de la morale. Puisqu'il n'y a rien de fondamental à l'extérieur de la pratique de la morale en vertu de quoi on pourrait valider ou invalider le principe d'égalité ou les jugements moraux de premier ordre que l'on avance à l'intérieur de la pratique, il ne sert à rien d'avancer des arguments méta-éthiques afin de nier l'objectivité du principe d'égalité ou des jugements moraux. Le principe d'égalité et les jugements moraux de premier ordre que l'on pose à l'intérieur de la pratique ne sont pas «objectifs» en vertu de «faits» ou de «faits moraux» qui existeraient à l'extérieur de cette pratique discursive, à quelque part «là-bas» dans l'univers. Ils sont objectifs et objectivement vrais uniquement en vertu de la force persuasive des arguments moraux que l'on avance à l'intérieur de la pratique discursive à leur soutien. Or, ces arguments moraux sont eux-mêmes acceptables et suffisants selon qu'ils honorent ou pas le principe d'égalité, c'est-à-dire, selon qu'ils se conforment ou pas aux valeurs et aux principes de la morale dont le sens et le poids relatif sont déterminés par le rapport qu'ils entretiennent avec le principe d'égalité lui-même. Les jugements moraux sont donc objectifs du fait qu'ils découlent des arguments moraux qui les soutiennent. S'ils résultent de la meilleure interprétation possible du discours

³⁴ En droit, cela signifie que les bonnes interprétations juridiques sont celles qui honorent le mieux les exigences de ce principe.

moral, ils sont objectivement vrais. Il n'y a rien d'autre en dehors de cette pratique qui puisse confirmer ou infirmer l'objectivité ou la vérité du jugement moral.

Voilà donc les propositions constitutives de l'herméneutique juridique, du moins dans la version qui, selon moi, semble la plus persuasive. Le droit n'est pas un fait empirique extérieur à nous. C'est une pratique sociale discursive dans laquelle nous sommes immergés. Cette pratique est axée sur la justification de la coercition étatique. Le droit se révèle donc dans la méthodologie juridique. Pour sa part, la méthodologie juridique n'est pas une affaire de raisonnement formel. Elle est une affaire de substance. Enfin, les jugements moraux ne sont pas conçus comme des chimères reflétant les points de vue subjectifs et relatifs de ceux qui les énoncent. La morale n'est pas dénuée de sens. Au contraire, elle tire son sens d'un ou plusieurs principes moraux fondamentaux. Pour plusieurs philosophes, dont Dworkin, la morale repose fondamentalement sur le principe d'égalité. Ces jugements, valeurs et principes sont au cœur même de l'activité juridique, puisque ce sont eux qui lui donnent son sens. Il y a donc un lien nécessaire entre le droit, la méthodologie et la morale, l'éthique et la justice. Cela ne signifie évidemment pas que ce sont une seule et même chose. Mais cela signifie que l'on ne peut comprendre le droit sans faire appel à la méthodologie, à la morale et à l'éthique.

À partir de là, on peut débattre d'une infinité de thèses concrètes, car chaque thèse constitue une interprétation plus spécifique des propositions qui précèdent. En particulier, on peut accepter ou rejeter toutes les thèses plus pointues avancées par Dworkin lui-même, depuis la fin des années 1960. Par exemple, on peut estimer que sa morale politique d'inspiration kantienne favorisant le principe d'égalité (« the right to equal concern and respect ») est erronée pour le motif qu'elle constitue une mauvaise interprétation du discours moral. Ou on peut accepter son interprétation égalitariste de la morale et rejeter l'aspect qui justifie la vertu de l'intégrité au profit d'une thèse soutenant que le rôle du pouvoir judiciaire est de rendre dans tous les cas des décisions conformes à la justice idéale, comme ce fut le cas à d'autres moments de l'histoire. Ou encore, on peut accepter la thèse de l'intégrité (comme la communauté personnifiée qui sanctionne une conception cohérente de la justice) sans partager son point de vue selon lequel cette vertu expliquerait la légitimité des obligations politiques d'obéissance. Ou encore, on peut accepter cette dernière thèse, mais questionner l'interprétation selon laquelle les principes reconnaissent des

droits qui servent d'atouts contre les décisions utilitaires. Et ainsi de suite. L'ensemble de ses thèses plus concrètes peut être remis en question puisqu'elles constituent des interprétations juridiques. Ce sont des propositions dont la vérité ou la fausseté dépendent de la force persuasive des arguments interprétatifs (descriptifs et normatifs) qui les soutiennent.

II. Le positivisme versus l'herméneutique

Cette opposition entre le positivisme et l'herméneutique peut être vue comme une reproduction dans le champ juridique de l'opposition entre le positivisme et l'herméneutique dans d'autres disciplines. Le droit est-il un fait empirique objectif extérieur à nous à propos duquel les êtres humains peuvent élaborer un savoir objectif universellement valable, pourvu qu'ils utilisent les bonnes méthodes d'observation et d'analyse et qu'ils fassent abstraction de leurs jugements de valeur (approche positiviste)? Ou n'est-il pas plutôt une pratique discursive axée sur la justification des droits et des obligations juridiques des personnes à laquelle nous participons, à la fois comme juristes et citoyens, et dont les normes tirent leur signification de la tradition qui la constitue et qui possède ses propres critères internes d'objectivité et de vérité (approche herméneutique)? A mon avis, l'approche herméneutique est plus convaincante que l'approche positiviste, d'au moins cinq points de vue. Je les présente brièvement, reconnaissant que chaque argument mériterait un plus long développement.

A. Point de vue descriptif

D'abord, d'un strict point de vue descriptif, il semble bien que les juristes raisonnent comme l'herméneutique le décrit, et cela d'une manière de plus en plus ouverte. Certes, cela est plus évident lorsqu'ils débattent d'un cas difficile, notamment devant les tribunaux supérieurs. Cependant, même dans un cas facile, les juristes raisonnent conformément aux thèses herméneutiques. Selon moi, un cas est jugé facile, non pas parce que le sens des mots et la syntaxe sont objectivement clairs, mais parce que la solution que semblent dicter les mots et la syntaxe est en harmonie avec les principes et les valeurs qui incarnent une certaine conception acceptée du juste et du bien. Il n'y a alors aucune raison d'en contester le sens apparemment clair. Mais dire cela implique que l'argument moral ou éthique est toujours enfoui quelque part dans le jugement selon lequel un cas est

facile. Les jugements moraux ou éthiques soutiennent tous les jugements juridiques, même s'ils sont implicites ou cachés. Lorsque la solution que semblent formellement dicter les mots et la syntaxe n'est plus en harmonie avec cet arrière-plan normatif, le cas apparemment facile devient subitement difficile pour cette raison même³⁵.

Dans les cas difficiles, les juristes avancent des thèses controversées et ils tentent de les justifier par des arguments « juridiques » qui font directement ou ultimement appel à des considérations morales ou éthiques. Pour cette raison, l'idée selon laquelle une question litigieuse ou une controverse juridique puisse être insoluble est discréditée par les arguments moraux ou éthiques mêmes que les juristes avancent au soutien des thèses juridiques qu'ils défendent ou de la solution juridique qu'ils proposent ! On pourrait croire que, dans les cas difficiles, les arguments juridiques ont une fonction purement rhétorique et qu'au fond les thèses juridiques reposent sur des considérations non rationnelles (émotion, intuition, idéologie de classe, etc.). Mais cela serait critiquable. D'une part, il semble bien que l'argumentation juridique puisse persuader rationnellement des personnes de bonne foi qu'une solution donnée est meilleure que les autres, même dans les cas difficiles. L'expérience vécue de l'argumentation juridique par les juristes devrait suffire pour nous persuader. Mais si tel est le cas, l'argumentation doit contenir quelque chose de substantiel qui dépasse la pure rhétorique. D'autre part, les arguments juridiques avancés postulent toujours leur propre universalisation. Les juristes ne soutiennent jamais qu'une personne, disons leur client, a le droit de faire telle chose (ou de gagner sa cause) pour le seul motif qu'il y va de son intérêt personnel. Les arguments sont formulés en des termes qui universalisent cet intérêt. Si on soutient qu'une personne a le droit de faire telle chose pour le motif qu'il y va de son intérêt, on ajoute aussitôt, sur la base de principe, que ce droit doit bénéficier à tous ceux qui partagent légitimement le même intérêt, au moins dans toutes les situations semblables d'un point de vue pertinent. Cette formulation n'est pas que logique. Elle engage le principe moral d'impartialité et tout le discours moral qui l'entoure. Pour cette raison, l'argumentation juridique n'est jamais juste que de la pure rhétorique. Elle fait toujours ultimement appel à des considérations morales ou éthiques.

³⁵ La jurisprudence canadienne fourmille de tels cas. Voir, par exemple, ma discussion dans Luc B. TREMBLAY, *The Rule of Law, Justice, and Interpretation*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1997.

L'approche herméneutique décrit bien l'opinion de la Cour suprême du Canada rendue dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*³⁶. Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si l'Assemblée nationale du Québec pouvait, en vertu de la Constitution du Canada, procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada. Formellement, la Constitution est muette sur cette question : la sécession n'est ni autorisée ni interdite explicitement. Cependant, la Constitution prévoit explicitement un mécanisme d'amendement constitutionnel dont les règles élaborées peuvent gouverner toutes formes de modifications constitutionnelles, y compris les plus radicales. Par conséquent, une province pourrait faire sécession du Canada conformément au droit constitutionnel canadien, à la condition de respecter le mécanisme d'amendement constitutionnel. Or, pour ce type de modification radicale, le mécanisme d'amendement constitutionnel est simple : il exige l'unanimité, c'est-à-dire, l'accord de tous les gouvernements canadiens. D'un point de vue positiviste, le droit était donc clair et la réponse était facile : en vertu de la Constitution canadienne, l'Assemblée nationale du Québec ne pouvait pas procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada. La légalité de la sécession était soumise au veto de chaque province et à celui du gouvernement fédéral, point à la ligne.

Mais ce ne fut pas là le point de vue de la Cour suprême du Canada. Selon la Cour, le Renvoi alliait « des questions juridiques et constitutionnelles des plus subtiles et complexes à des questions politiques très délicates »³⁷. Cet état de chose rendait nécessaire l'examen d'« un certain nombre de principes sous-jacents » constituant un ensemble de « principes constitutionnels non écrits »³⁸. Au delà des textes constitutionnels formels et des décisions judiciaires, nous dit la Cour, il existe des principes non écrits qui « ressortent de la compréhension du texte constitutionnel lui-même, de son contexte historique et des diverses interprétations données par les tribunaux en matière constitutionnelle »³⁹. Voici comment elle s'exprime :

« Derrière l'écrit transparissent des origines historiques très anciennes qui aident à comprendre les principes constitutionnels sous-jacents. Ces prin-

³⁶ [1998] 2 R.C.S. 217. J'ai examiné cette thèse en détail dans Luc B. TREMBLAY, « Les principes constitutionnels non écrits », (2012) *Review of Constitutional Studies / Revue d'études constitutionnelles*, à paraître.

³⁷ *Id.*, par. 1.

³⁸ *Id.*

³⁹ *Id.*, par. 32.



cipes inspirent et nourrissent le texte de la Constitution: ils en sont les prémisses inexprimées. L'analyse qui suit traite des quatre principes constitutionnels fondamentaux qui intéressent le plus directement le présent renvoi: le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et le respect des droits des minorités. Ces principes déterminants fonctionnent en symbiose. Aucun de ces principes ne peut être défini en faisant abstraction des autres, et aucun de ces principes ne peut empêcher ou exclure l'application d'aucun autre.»⁴⁰

[...]

« Bien que ces principes sous-jacents ne soient pas expressément inclus dans la Constitution, en vertu d'une disposition écrite, sauf pour certains par une allusion indirecte dans le préambule de la Loi constitutionnelle de 1867, il serait impossible de concevoir notre structure constitutionnelle sans eux. Ces principes ont dicté des aspects majeurs de l'architecture même de la Constitution et en sont la force vitale.»⁴¹

En outre, soutient la Cour, les principes constitutionnels non écrits ont « plein effet juridique »⁴²: ils peuvent, dans certaines circonstances, donner lieu à des obligations juridiques abstraites et générales ainsi qu'à des obligations spécifiques et précises. Ces obligations posent des limites « substantielles » à l'action gouvernementale. Les principes ne sont donc pas simplement descriptifs: « ils sont aussi investis d'une force normative puissante et lient à la fois les tribunaux et les gouvernements. »⁴³ Or, dans un cas qui porte sur la sécession d'une province, la Cour affirme que les principes constitutionnels non écrits donnent naissance à une « obligation réciproque pour toutes les parties formant la Confédération de négocier des modifications constitutionnelles en vue de répondre au désir exprimé ». ⁴⁴ Par conséquent, la Cour énonce que :

« [L]a tentative légitime, par un participant de la Confédération, de modifier la Constitution a pour corollaire l'obligation faite à toutes les parties de venir à la table des négociations. Le rejet clairement exprimé par le peuple du Québec de l'ordre constitutionnel existant conférerait clairement légitimité aux revendications sécessionnistes, et imposerait aux autres provinces et au gouvernement fédéral l'obligation de prendre en considération et de respecter

⁴⁰ *Id.*, par. 49.

⁴¹ *Id.*, par. 51.

⁴² *Id.*, par. 54.

⁴³ *Id.*

⁴⁴ *Id.*, par. 88.



cette expression de la volonté démocratique en engageant des négociations et en les poursuivant en conformité avec les principes constitutionnels sous-jacents mentionnés précédemment.»⁴⁵

Il n'est tout simplement pas possible de comprendre cette opinion en faisant abstraction des considérations morales, notamment de la morale politique, qui ont pu guider les juges. Non seulement, d'un point de vue positiviste, l'obligation de négocier n'a aucun fondement en droit, mais la nature, le contenu et le poids relatifs des principes non écrits sont complètement indéterminés. Ils n'ont aucun fondement solide, ni dans le droit positif ni dans l'histoire politique du Canada. Le Renvoi révèle que la démocratie, le fédéralisme, le respect des minorités et le constitutionnalisme sont conçus en des termes bien plus proches des réflexions normatives contemporaines sur le sens de ces principes que des réflexions juridiques traditionnelles et des conceptions historiques⁴⁶. On pourrait multiplier les exemples au delà du droit constitutionnel.

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ Voici un cas parmi d'autres. Il y a quelques années, la Cour divisionnaire de l'Ontario devait décider si une directive de la Commission de restructuration des services de santé qui pouvait entraîner la fermeture du seul hôpital francophone en Ontario, l'Hôpital Montfort, devait être annulée pour le motif qu'elle diminuait les droits de la minorité franco-ontarienne d'une manière qui contrevient au principe constitutionnel non écrit qui exprime le « respect des minorités ». Or, la loi conférait à la Commission le pouvoir explicite de fermer des hôpitaux si cela était dans l'intérêt public et rien ne démontrait que la Commission avait agi de mauvaise foi ou d'une manière déraisonnable, compte tenu de son mandat. En outre, il n'y avait rien en droit positif qui conférait explicitement aux franco-ontariens un droit au maintien de leur hôpital. Bref, en vertu du droit positif, la directive était valide. Or, la Cour supérieure l'a annulée (*Lalonde v. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, [1999] O.J. No. 4489). À son avis, « même si la Commission reconnaît l'importance d'assurer la continuité des services médicaux en français à la population francophone de la Région d'Ottawa-Carleton, elle a vu ce besoin seulement en terme de prestation de services bilingues; elle n'a pas tenu compte de la question plus étendue de la protection et du respect des droits de la minorité culturelle francophone. Et de dire que de telles considérations " ne [font] pas partie du mandat de la Commission " ne constitue pas une réponse. La Commission agissait à la place du ministre de la Santé et avait le pouvoir d'émettre des directives aux hôpitaux à la place du ministre, directives qui liaient les hôpitaux sans l'avis du ministre. Cependant, le ministre n'est pas déchargé des impératifs constitutionnels de ce pays. Ni la Commission, qui agit à la place du ministre. » (*id.*, par. 77). [...] « La restructuration du système de soins de santé en Ontario est un objectif urgent et louable. Toutefois, la transformation imposée à Montfort, et le fait que les services de santé et la formation médicale adéquats dans un milieu vraiment francophone qui existent déjà seront ravis à la collectivité franco-ontarienne, ne

B. Point de vue normatif

Deuxièmement, d'un point de vue normatif, l'approche herméneutique a beaucoup plus de force que le positivisme, pour le motif même qu'elle tient compte de la morale politique. En forçant les juristes à justifier leurs thèses du mieux possible du point de vue de la morale politique, l'approche herméneutique rend compte, non seulement du devoir juridique d'agir rationnellement, mais elle propose des raisons d'agir qui contribuent à maintenir un ordre coercitif légitime sur le plan moral. Puisque les obligations juridiques doivent être moralement justifiées, elle rend compte du devoir moral d'obéissance aux normes juridiques.

Les théories positivistes ne parviennent pas à rendre compte d'une manière cohérente du devoir d'obéissance aux lois, ni dans les cas clairs ni dans les cas difficiles. Les positivistes ont pour objectif de rendre compte de l'obligation « juridique ». Ils ne tentent pas de légitimer le droit sur le plan de la morale, mais de légitimer « juridiquement » l'obligation d'obéissance au droit positif. Selon Hart, par exemple, la solution résidait dans la « règle de reconnaissance ». Cette règle fondamentale énonce les critères de validité de toutes les autres règles du système juridique. Or, son caractère obligatoire dépend uniquement d'une pratique sociale d'acceptation. Par conséquent, tous les juristes et tous les citoyens ont le devoir « juridique » d'appliquer ou d'agir conformément aux règles de droit valides. Mais qu'en est-il du devoir « moral » d'appliquer les règles de droit valides carrément injustes et immorales, notamment lorsqu'elles s'appliquent clairement aux cas litigieux ? L'obligation juridique lie-t-elle les juristes et les

peuvent avoir qu'un effet négatif important sur la vitalité continue de cette collectivité, sa langue et sa culture » (*id.*, par. 79). L'introduction du principe constitutionnel non écrit dans l'argumentation juridique a un fondement moral. Sa compréhension se fonde en partie sur les réflexions contemporaines sur le multiculturalisme politique. C'est d'ailleurs cet aspect moral du principe qui permet aux juges de pénétrer la substance des thèses avancées par les parties. Les juges font une analyse contextuelle de la situation réelle des francophones en Ontario et citent même en introduction un extrait de *Réflexions d'un frère siamois : Le Canada à la fin du xx^e siècle*, de John Ralston Saul, selon lequel « [Ê]tre francophone, c'est un effort de chaque jour » : John Ralston SAUL, *Réflexions d'un frère siamois : le Canada à la fin du xx^e siècle*, trad. C. Melançon, Montréal, Boréal, 1998, p. 63. Faut-il rappeler que, dans une perspective positiviste, les réflexions des intellectuels, aussi influents soient-ils, n'ont pas plus de pertinence que les chansons de Brassens ? La décision de la Cour divisionnaire a été confirmée par la Cour d'appel d'Ontario : *Lalonde v. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, (2001) 56 O.R. (3d) 505 (Ont. C.A.).

citoyens d'une manière absolue? Ou bien reste-t-il aux fondements moraux de l'obligation morale une sphère légitime d'intervention?

Ici, me semble-t-il, la position positiviste devient confuse. Pour plusieurs positivistes, les juristes et les citoyens doivent toujours obéir au droit valide, même lorsqu'il est jugé carrément injuste ou immoral⁴⁷. Certains positivistes appuient cette position sur leur conception subjectiviste de la morale: puisque pour eux la morale est purement subjective, l'idée que le droit puisse être objectivement injuste ou immoral ou qu'il puisse y avoir un « véritable » devoir moral d'obéissance est dénuée de sens. Il ne reste plus que le droit, le droit dans toute sa force brute. D'autres positivistes justifient cette position en termes moraux: le droit, du seul fait qu'il soit efficace, posséderait certaines propriétés (maintenir la paix, la sécurité, l'ordre, par exemple) dont la nature est telle qu'elles le rendent moralement obligatoire, même lorsque ses prescriptions sont jugées carrément injustes et immorales. Le problème ici est le suivant: puisque cette thèse justifie le devoir juridique d'obéissance au droit sur la base de considérations morales, la question du devoir d'obéissance devient morale et non plus purement juridique. La question est de savoir si les propriétés du droit censées fonder le devoir d'obéissance sont pertinentes, acceptables et suffisantes. Supposons, par exemple, que ces propriétés soient liées au maintien de la sécurité. La question devient celle de savoir si la sécurité qui découle de l'existence du droit positif justifie le devoir d'obéissance au droit dans tous les cas, y compris dans ceux pour lesquels des considérations morales concurrentes pesantes pointent dans une direction opposée. En d'autres mots, la force normative des propriétés morales du droit est-elle suffisante dans tous les cas? Pour y répondre, le juriste est nécessairement tenu de sortir de l'approche positiviste et de soupeser les considérations morales concurrentes au mérite tout comme l'exige l'approche herméneutique.

Quoi qu'il en soit, la plupart des positivistes contemporains estiment que la question de savoir s'il existe ou pas un devoir moral d'obéir au droit ne relève pas de la théorie du droit, mais de la philosophie morale ou de l'éthique. Puisque le droit est séparé de la morale, établir le fondement de l'obligation juridique d'obéissance aux règles de droit valides ne résout pas la question de savoir s'il existe ou non une obligation morale d'obéis-

⁴⁷ Cette réponse logique reflète une conception de la *primauté du droit*, conception selon laquelle le droit affirme sa propre souveraineté par rapport à la morale.

sance. Par conséquent, chaque individu soumis à une obligation juridique peut librement apprécier la valeur ou la force de cette obligation d'un point de vue moral. Hart est l'un de ceux qui a défendu cette dernière thèse. Selon lui, l'un des principaux attraits du positivisme juridique réside précisément dans le fait qu'il permet à chacun de faire l'évaluation critique des règles de droit valides d'un point de vue moral. Le positivisme permet aux juristes et aux citoyens de connaître les règles de droit valides telles qu'elles sont en réalité et de poser le jugement normatif indépendant de savoir si ces règles valides sont morales ou immorales, justes ou injustes. Pour cette raison, ils peuvent évaluer clairement, sans confusion, quelles règles de droit valides méritent d'être maintenues ou réformées. Hart va même plus loin. Face à une règle de droit carrément immorale ou injuste, un individu peut refuser de laisser le droit supplanter la morale et, par conséquent, décider de désobéir à la loi. Par conséquent, « the certification of something as legally valid is not conclusive of the question of obedience [...], there is something outside the official system, by reference to which is the last resort the individual must solve his problems of obedience »⁴⁸. Bref, les réponses juridiques aux questions juridiques ne résolvent pas la question ultime de l'obligation d'obéissance aux règles valides.

À mon avis, ces concessions pourraient réfuter la thèse positiviste sur le devoir d'obéissance au droit. Du moment que les positivistes admettent que les individus ou les juristes peuvent décider de ne pas laisser l'obligation juridique supplanter l'obligation morale pour le motif que ce sont deux questions distinctes, il devient très difficile de maintenir une séparation nette entre le droit et la morale dans le champ pratique. Si le devoir juridique d'obéissance au droit valide n'a plus la primauté dans le raisonnement pratique des individus ou des juristes, alors le juriste ou le citoyen peut, voire même doit, évaluer la force normative ou la conformité morale de toutes les règles de droit valides à chaque fois qu'il tente de répondre à la question « que dois-je faire ou décider dans telle situation ? ». Dès que nous ne sommes pas tenu de laisser le droit supplanter la morale, la morale peut avoir la primauté dans le champ de la raison pratique, y compris aux fins de l'application du droit. Il ne reste donc rien de vraiment substantiel dans l'idée qu'il puisse exister un devoir « juridique » d'appliquer toutes les règles de droit valides, dès lors qu'elles sont pertinentes. Le devoir juridique n'est plus qu'une considération parmi d'autres.

⁴⁸ H.L.A. HART, préc., note 2, p. 206.

C. Point de vue épistémologique

Troisièmement, d'un point de vue épistémologique, l'approche herméneutique semble plus satisfaisante que l'approche positiviste. Elle postule que les faits empiriques signifiants (les règles, les lois, les pratiques) ne se laissent jamais saisir objectivement dans toute leur pureté par la simple observation. Ils sont plutôt des données brutes qui prennent leur signification à l'intérieur d'une pratique discursive qui leur donne leur sens. De ce point de vue, le sens des choses est toujours construit à l'intérieur d'une tradition interprétative.

Il fut un temps où l'herméneutique était conçue comme une étude des méthodes interprétatives censées donner accès au sens objectif des choses (textes, intentions, actes, pratiques) et justifier un savoir aussi objectif, neutre et universellement valable que celui qui caractérise les sciences naturelles⁴⁹. Cette forme de recherche herméneutique demeurait de type « positiviste ». Elle présupposait que les êtres humains pouvaient élaborer une méthode permettant de comprendre le sens des choses en elles-mêmes et produire un savoir indépendant des jugements de valeur et des points de vue particuliers des observateurs et des interprètes. Or, l'une des contributions de l'herméneutique contemporaine, parfois dite « philosophique », est d'avoir mis en doute ces présupposés. Hans Georg Gadamer, par exemple, a montré que les conditions mêmes de possibilité de la compréhension en général remettaient en question les notions de méthodes et d'objectivité⁵⁰. Les méthodes, les normes d'interprétation et les critères de vérité et d'objectivité n'ont rien d'universel ni d'éternel ; ils s'enracinent toujours dans l'histoire, c'est-à-dire, dans une culture ou dans une certaine tradition interprétative. Les questions que posent les interprètes, ainsi que les manières d'y répondre, sont toujours situées, structurées et limitées par les éléments constitutifs de cette tradition : ce que Gadamer nomme les « préjugés ». La compréhension de la signification des textes et des pratiques est donc toujours conditionnée par le passé. Ce conditionnement par le passé, Gadamer le nomme l'« histoire effective ». Il est donc

⁴⁹ C'était la conception classique de Schleiermacher – comment avoir objectivement accès au sens des textes ? – et de Dilthey – comment avoir objectivement accès au sens des structures symboliques, actions, pratiques, normes, valeurs ? Voir : Richard E. PALMER, *Hermeneutics ; interpretation theory in Schleiermacher, Dilthey, Heidegger and Gadamer*, Evanston, Northwestern University Press, 1969.

⁵⁰ Voir : Hans Georg GADAMER, *Vérité et méthode : les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, Paris, Seuil, 1976.

impossible d'inventer une méthode qui pourrait transcender la tradition de manière à « connaître » les textes ou les pratiques tels qu'ils sont en eux-mêmes. On ne peut jamais juger « du dehors » la validité ou la vérité de nos interprétations. Il ne s'ensuit toutefois pas que les interprètes soient « prisonniers » du passé. Selon Gadamer, le savoir est dialogique : comprendre demande de se confronter à des points de vue, des perspectives, des modes de vie et des visions du monde différents, y compris des traditions et des cultures radicalement distinctes (le monde africain ou oriental contemporain, le monde égyptien de l'antiquité, par exemple), et de les intégrer à nos préjugés et perspectives de départ. La compréhension implique donc une forme de dialogue qui modifie nos préjugés et enrichit nos perspectives. Elle résulte ultimement d'une forme d'entente avec l'« autre » : c'est ce que Gadamer nomme la « fusion des horizons ». Nous ne sommes donc pas forcément esclaves de notre situation de départ et de nos préjugés.

L'herméneutique n'implique pas que les concepts de « méthode », d'« objectivité » ou de « vérité » ne peuvent plus légitimement être utilisés dans les disciplines ou traditions interprétatives comme le droit⁵¹. Au contraire, il peut demeurer tout à fait légitime de les utiliser à l'intérieur de ces pratiques, à la condition de leur donner le sens qui convient le mieux aux types de pratique qui les utilisent. Pour ce motif, le sens même de ces notions est encore une affaire d'interprétation dont la justification dépend de considérations internes aux diverses traditions interprétatives qui les utilisent. Par conséquent, les méthodes d'interprétation, les critères de vérité et les conceptions de l'objectivité propres aux pratiques du droit et de la morale ou de l'éthique doivent convenir à ces pratiques, même si leur signification semblerait absurde dans d'autres traditions interprétatives, telles que celles qui forment les sciences naturelles.

D'autres arguments de type épistémologique pourraient appuyer l'approche herméneutique. En général, le positivisme juridique fonde le sens du droit sur l'intention objective de l'auteur des règles valides ou sur le sens objectif des mots utilisés dans les textes juridiques exprimant des normes. Or, il est devenu très difficile pour les juristes d'accepter ces postulats. L'existence d'intentions objectives dans un contexte où l'auteur est un corps collégial comme une assemblée ou une cour de justice composée de plusieurs personnes semble invraisemblable, tant elle a été discréditée

⁵¹ Seule une posture positiviste pourrait en arriver à cette conclusion.

par les juristes eux-mêmes. De plus, les théories qui pourraient justifier la thèse selon laquelle les mots utilisés dans les textes juridiques posséderaient un sens objectif déterminé par quelque propriété objective « dans » le texte de sorte que tous les juristes pourraient avoir un accès direct à la substance du droit pour peu qu'ils utilisent la bonne méthode sont tout aussi invraisemblables que celles qui décrivaient les vertus dormitives de l'opium. Il s'ensuit que les juristes positivistes semblent condamnés à une forme de scepticisme juridique assez radical. S'ils admettent les limites épistémologiques des postulats positivistes qui fondent la norme juridique dans les intentions des auteurs ou dans la matérialité des mots, il ne leur reste plus que le pluralisme d'interprétation, c'est-à-dire, ultimement, leur propre préférence subjective au fondement des jugements juridiques⁵².

Cet argument n'a, bien entendu, aucune incidence sur le fait que, dans la pratique sociale, la plupart des cas ne soulèvent pas de litige. Mais la question n'est pas de savoir si certains textes juridiques ou certaines règles de droit sont « clairs » ou peuvent apparaître « clairs », de sorte que nul ne songerait raisonnablement à contester le sens généralement admis. Elle est de savoir en vertu de quoi les textes ou les normes juridiques sont clairs ou apparaissent clairs. En d'autres mots, la question porte sur les conditions de possibilité de clarté du droit. Pour les positivistes, on l'a dit, ces conditions se trouvent « dans » la règle ou « dans » l'esprit ou la volonté du législateur ou du constituant (en vertu de certaines propriétés objectives que posséderaient les mots ou les intentions) et dans la méthode correcte qui permet de découvrir le sens objectif. L'approche herméneutique conçoit les choses autrement. En vertu de cette approche, les conditions de possibilité de clarté du droit résident dans les principes et les valeurs qui forment les compréhensions partagées et intersubjectives qui sous-tendent le droit. Lorsque ces compréhensions changent, la compréhension des cas change aussi et, comme on l'a dit plus haut, un cas facile peut soudainement devenir difficile. De manière imprévisible, un cas non contentieux peut devenir contentieux. Pensons à l'évolution récente de la définition juridique du mariage dans le contexte social où la compréhension du droit à l'égalité s'est transformée au bénéfice des conjoints de même sexe. On pourrait même penser qu'un cas demeure non contentieux tant que le sens du droit admis dans la situation du cas, confronté à l'expérience, pré-

⁵² Pour s'en convaincre, il suffit de relire les textes d'Yves-Marie MORISSETTE, préc., note 19. Notez cependant mes commentaires sur les « vertus judiciaires procédurales » (voir, *supra*, note 23).

sente une adéquation avec les attentes des participants relativement au juste et au bien de ceux qui participent à la situation. Il demeure non contentieux tant et aussi longtemps que le droit parvient à s'ajuster d'une manière subtile au bien de la situation en fonction des attentes des participants sur la morale et la justice.

D. Point de vue proprement pratique

Quatrièmement, du point de vue proprement pratique, c'est-à-dire, du point de vue de ceux qui répondent à la question « que dois-je faire ou décider dans telle situation? », l'approche herméneutique semble supérieure au positivisme juridique. L'un des objectifs de la théorie positiviste est de clarifier le concept de droit de manière à ce que les juristes et les citoyens puissent connaître objectivement les règles qui constituent les raisons juridiques obligatoires d'agir et de décider. C'était, par exemple, l'un des principaux objectifs de la théorie de Hart et celui-ci y est parvenu en isolant la « règle de reconnaissance ». Or, l'approche positiviste est descriptive, souvent de type sociologique. Le théoricien s'en tient à ce qu'il peut observer empiriquement et le phénomène juridique est décrit tel qu'il lui apparaît en fait. Bien entendu, certains positivistes, tel que Hart, tiennent compte du point de vue interne des participants. Mais même dans ce cas, ils s'en tiennent à des éléments empiriquement observables et vérifiables (par exemple, l'attitude des juges à l'égard des sources empiriques). Les positivistes examinent le raisonnement juridique de l'extérieur. Pour cette raison, l'approche positiviste est incapable de rendre compte du moment proprement pratique du jugement juridique, c'est-à-dire, de ce qui se passe au delà des références aux raisons de décider formulées en termes de « règles juridiques formelles » et de « règles formelles d'interprétation ».

Le moment proprement pratique du jugement juridique n'est ni observable ni vérifiable empiriquement. Il est invisible de l'extérieur. Il procède dans un espace de la raison qui ne se révèle à nous que par l'expérience personnelle, la réflexion et l'introspection dans un contexte pratique donné. Il procède à l'intérieur de cette faculté que nous avons d'établir ce que nous devons faire ou décider sur la base de raisons. Or, on ne peut pas « voir » la raison pratique à l'œuvre. Elle ne se révèle pas à nous par la contemplation; elle se révèle par nos tentatives de répondre rationnellement à la question « qu'est-ce que je dois faire? » dans un contexte

pratique donné réel et par le type de réponses rationnelles qu'on y donne. L'approche herméneutique du droit s'intéresse directement à la raison pratique, ou plutôt à l'opération même de cette faculté qui dicte rationnellement au juriste « ce qu'il doit faire et décider » dans un cas donné. Elle va donc au delà de ce qui est observable empiriquement. Elle comprend le processus de raisonnement juridique en l'examinant du point de vue interne de ceux qui raisonnent. Dans cette mesure, elle peut rendre compte du moment proprement pratique d'une manière plus satisfaisante que le positivisme.

E. Point de vue ontologique

Enfin, cinquièmement, du point de vue de ce que j'ose nommer l'ontologie de la raison pratique, l'approche herméneutique semble supérieure à l'approche positiviste du droit. Pour les positivistes, la raison pratique est divisible. Elle peut séparer formellement, logiquement ou *a priori*, les raisons juridiques des raisons morales, des raisons éthiques, des raisons pragmatiques ou de tout autre type de considérations normatives. Chaque type de raisons occuperait ainsi un espace distinct et indépendant de la raison pratique et pourrait agir en toute « autonomie ». Il s'ensuit que les juristes, en tant que juristes, peuvent toujours – et doivent toujours – agir et décider conformément aux règles de droit valides. Il n'est pas besoin d'autres justifications pour cela. Bien sûr, un juriste, un philosophe ou un citoyen pourrait avancer des considérations morales au soutien d'une règle de droit valide; mais ces autres raisons ne seraient pas nécessaires. L'action du juriste est réglée par le droit positif et il en serait ainsi même si la morale n'existait pas. Comme le soulignait Eisenman :

« Que le moraliste professe un point de vue tout autre, qu'il puisse affirmer le droit, voire l'obligation morale de ne pas obéir aux lois ou aux ordres injustes ou oppressifs ou immoraux, [...] cela est absolument normal; cette dualité de positions correspond à l'autonomie, à l'indépendance des deux systèmes normatifs, dont chacun considère qu'il vaut par lui-même et se soucie peu de son conflit ou de ses rapports avec l'autre. Pour le juriste, l'attitude du droit positif lui dicte la sienne: son jugement sur la valeur des règles de ce droit au regard du 'Droit naturel' n'a pas à intervenir dans les problèmes de casuistique ou dogmatique juridiques. Ses analyses, ses conclusions doivent être

fondées sur le seul système du droit positif, dont il fait la science, non sur celles d'un autre système dont le premier ignore l'éventuelle existence.»⁵³

Je soumets que cette forme de « séparation » entre le droit et la morale, le droit et l'éthique ou le droit et le pragmatique est intenable. La raison pratique forme une unité. Il n'existe aucune « séparation » étanche, formelle, logique, ou *a priori* entre les divers types de considérations pertinentes dans le champ de la raison pratique, que ces considérations soient des règles juridiques formelles, des raisons pragmatiques, éthiques ou morales. Toutes les considérations qui ont quelque chose de pertinent à dire sur « ce qu'il convient ou pas de faire ou de décider » dans un cas donné sont toujours présentes à la raison. Elles interviennent substantiellement dans le processus de raisonnement pratique et le poids qu'elles doivent finalement recevoir dépend de toutes les autres considérations pratiques qui ont quelque chose de pertinent à dire sur « ce qu'il convient de faire ou de décider » dans cette situation. Lors du moment proprement pratique, elles s'ajustent les unes aux autres, s'harmonisent, deviennent interdépendantes et se soutiennent mutuellement. Les considérations « morales » soutiennent le statut que « doivent » occuper les règles de droit claires ou ambiguës dans le processus de raisonnement, et inversement, ces considérations plus formelles indiquent le type de considérations morales pertinentes.

Ainsi, le statut que doivent avoir les règles de droit formellement valides dans les décisions pratiques, l'interprétation de leur contenu et la décision de se soumettre aux règles de droit dont le sens apparaît suffisamment clair requièrent, pour celui qui met le droit en pratique, une justification substantielle plus fondamentale qui fait appel à la complexité de toutes les considérations pratiques pertinentes, dont les considérations morales et éthiques. Il se peut, bien entendu, que les raisons morales pertinentes appuient le devoir d'agir conformément au sens clair des règles de droit valides dès que ces dernières sont claires: il y a plusieurs justifications morales en ce sens, dont le principe démocratique, la certitude, la stabilité, l'ordre public, les attentes légitimes, etc. Mais c'est une position morale qui dicte l'attitude des juristes positivistes. Décider d'avance d'en faire l'économie, comme si elle était en dehors de leur raison pratique, serait arbitraire et illusoire. On peut d'ailleurs en faire l'expérience nous-mêmes: il suffit de demander à n'importe quel juriste positiviste qui

⁵³ C. EISENMAN, préc., note 8, aux pages 216 et 217.

applique une règle de droit claire à la lettre, pourquoi il le fait? Sa réponse nous servira toute la panoplie des arguments substantifs moraux appropriés (certitude, efficacité, ordre public, attentes légitimes, justice, etc.).

*
* * *

Le positivisme juridique représente le droit comme un fait social empirique que tout bon juriste peut identifier et appliquer rationnellement en utilisant la bonne méthode. Pour sa part, l'approche herméneutique ou interprétative du droit le représente comme un discours normatif sur le juste et le bien. Dans une première partie du texte, j'ai exposé les propositions essentielles de chaque approche. Dans une seconde partie, j'ai avancé diverses considérations qui, selon moi, montrent que l'approche herméneutique est mieux fondée que l'approche positiviste du droit. Il découle de cette approche que les considérations morales et éthiques font partie des raisonnements pratiques des juristes. Reconnaître cet état de chose implique que ces considérations doivent être débattues ouvertement, au moins à chaque fois que l'application d'une règle de droit valide est remise en question par l'une des parties concernées par la décision. Cela contribue à expliquer, je crois, ce qui apparaît de plus en plus comme une rupture épistémologique. Ni le droit ni l'argumentation juridique ne semble maintenant pouvoir être séparés de la morale ou de l'éthique. Cela contribue aussi à expliquer pourquoi les juges de la Cour suprême acceptent de plus en plus facilement de débattre d'enjeux substantiels et pourquoi les décisions de la Cour suprême du Canada sont souvent longues, complexes, abstraites, imprévisibles et divisées. Cela explique en partie pourquoi les arguments philosophiques et sociologiques côtoient maintenant la doctrine juridique plus traditionnelle. Je ne soutiens évidemment pas que l'approche herméneutique explique tout. Comme je l'ai mentionné au début du texte, une autre approche pourrait contribuer à produire la rupture épistémologique, s'il en est une: le pragmatisme juridique. Et il n'est pas dit que son influence ne soit pas en train de surpasser l'approche herméneutique et que son impact ne soit pas plus radical encore. Mais cela est une autre question.