



Ronald Dworkin : la thèse de la bonne réponse dans les rets du scepticisme

Réflexions sur l'interprétativisme dworkinien et l'indétermination de la loi

Mémoire

Frédéric Plamondon

Maîtrise en philosophie

Maître ès art (M.A.)

Québec, Canada

© Frédéric Plamondon, 2016

**Ronald Dworkin : la thèse de la bonne réponse dans les rets
du scepticisme**

Réflexions sur l'interprétativisme dworkinien et l'indétermination de la loi

Mémoire

Frédéric Plamondon

Sous la direction de :

Luc Bégin, directeur de recherche

Résumé

La thèse de la bonne réponse s'inscrit dans la foulée de la discussion portant sur l'indétermination de la loi et sur la capacité de cette dernière à contraindre l'adjudication lors de causes difficiles. Se distinguant du réalisme juridique et du positivisme légal, qui défendent que la législation judiciaire est nécessaire, Dworkin postule qu'il est possible d'obtenir des jugements objectifs à condition d'admettre qu'il est impossible d'avoir une perspective moralement neutre. Selon lui, l'interprétation de la loi doit tenir compte de la cohérence formelle du système légal, mais aussi de son intégrité avec l'éthos qui justifie le contrat social d'une communauté. Cependant, il appert que la thèse dworkinienne suppose la cohérence de cet éthos, mais ne la démontre pas. Par ailleurs, l'analyse dworkinienne de l'indétermination de la loi ne porte que sur une de ses sources et en néglige une autre, qui nous apparaît toute aussi importante, soit l'indétermination dispositionnelle. Il faut conclure que l'approche dworkinienne, quoique riche et élégante, ne fournit pas de solution suffisante aux problèmes de l'indétermination de la loi et de la législation judiciaire.

Table des matières

Ronald Dworkin: la thèse de la bonne réponse dans les rets du relativisme	vi
Avant-propos	vi
Introduction	1
L'erreur externaliste	3
« Modèle naturel » et « modèle constructiviste »	7
Chapitre 1: Critique du positivisme légal	10
Petite histoire du positivisme	10
La loi comme commandement	12
La texture ouverte et le pouvoir discrétionnaire	16
Dworkin contre le positivisme	18
Boires et déboires du positivisme légal	22
Le conventionnalisme	24
Cohérence stratégique et cohérence par principe	26
Concepts et interprétation	29
Le pragmatisme	32
Conclusion	34
Chapitre 2 : Les scepticismes	37
Critique de l'externalisme	37
Relativisme, scepticisme et responsabilité	42
« L'absence de bonne réponse » comme position morale par défaut	43
Smith c. Dworkin : le problème moral	46
Le scepticisme interne	50
De l'éthique à la morale	54
Intégrité et responsabilité	58
Le parti pris éthique	63
Il n'y a pas de cas difficile	65
Chapitre 3 : Intégrité et politique	66
Prendre les droits au sérieux	66
La communauté de principe	70
Légitimité politique	73
La communauté démocratique : actions intégrées et monolithiques	75
Délégation, discrétion et la loi comme intégrité	77
Chapitre 4 : L'indétermination dispositionnelle	80
Indétermination et réalisme légal : le défi dispositionnel	80
L'étude critique du droit (les <i>critical legal studies</i>)	84
Conclusion: la thèse de la bonne réponse dans les rets du scepticisme	90
La démocratie, à quoi bon ?	92
Bibliographie	95
Livres et articles	95
Autres	97

Remerciements

Merci à Luc Bégin et à la faculté de philosophie de l'Université Laval pour leur patience et leur support.

Ronald Dworkin: la thèse de la bonne réponse dans les rets du relativisme

Avant-propos

Ce mémoire regroupe quatre chapitres rédigés sur une grande période de temps, ce qui lui donne un peu une allure de courtepoinTE où je lie ensemble plusieurs pièces de différentes natures. Au fil de ce long parcours, ma réflexion sur les thèses de Dworkin s'est considérablement modifiée, et il me semble que l'ouvrage ne représente pas assez fidèlement l'état actuel de ma compréhension. Après avoir réalisé que la thèse dworkinienne du scepticisme interne impliquait aussi une critique assez sévère de la métaéthique et que celle de la bonne réponse avait des ramifications qui dépassaient largement le monde juridique, j'ai compris que je pouvais aborder Dworkin à partir de plusieurs angles d'attaque; il ne me restait qu'à choisir lequel parmi une courte liste sur laquelle figurait le problème de l'indétermination de la loi, celui de l'objectivité morale ou celui de l'intégrité politique, un choix que j'ai omis de faire jusqu'à la toute fin de cette rédaction. C'est cette omission qui explique pourquoi l'objectif de ce mémoire peut paraître confus. C'est aussi cela qui justifie cette préface : je souhaite fournir au lecteur une vue d'ensemble de l'oeuvre de Dworkin en espérant que cela puisse aussi contribuer à la cohérence de ce mémoire.

À l'origine, je souhaitais aborder la question de l'objectivité de la thèse dworkinienne de la « bonne réponse », qui soutient, en deux mots, que les jugements moraux peuvent constituer des faits moraux objectifs capables de faire partie d'une construction rationnelle. La bonne réponse dworkinienne pourrait alors encadrer et contraindre le raisonnement juridique d'un magistrat faisant face à une cause difficile, soit une cause pour laquelle on ne peut déduire de normes à partir du système juridique. On reconnaît là une des différentes façons de comprendre le problème de l'indétermination de loi.

La proposition de Dworkin est surprenante à plusieurs égards, car elle implique qu'un magistrat ayant à se prononcer sur une cause difficile pourrait identifier laquelle, entre plusieurs possibilités de réponses ou de jugements d'égale valeur, est la bonne. Cette thèse heurte le sens

commun pour lequel les questions morales sont d'abord et avant tout des questions de valeurs, qui ne sont que des phénomènes subjectifs, voire de simples opinions, et qu'à ce titre elles ne peuvent être soumises à un test nous garantissant des réponses objectives. Dworkin se défend bien de faire dans la métaphysique ou dans le droit naturel : l'objectivité dont il est question ne dépend pas de faits extérieurs à l'expérience morale, elle dépend d'une construction argumentative fondée sur les convictions morales qui supportent notre conception politique du monde. En effet, l'interprétativisme dworkinien suppose qu'il est possible de déduire des droits à partir des valeurs morales sur lesquelles sont fondées nos sociétés. Ces « valeurs fondatrices », parmi lesquelles on compte l'intégrité, l'égalité et la dignité, constituent le caractère moral de nos communautés et elles orientent les actions de cette communauté d'une manière analogue à celle d'un agent, c'est-à-dire en cherchant une cohérence entre l'éthique et la pratique. D'ailleurs, Dworkin ajoute que l'objectivité des jugements moraux fait partie de notre expérience quotidienne : ils sont des raisons suffisantes pour justifier l'action et non de simples expressions subjectives.

L'argument de Dworkin tient sur une distinction entre différents types de jugements de valeur : les jugements esthétiques et les jugements moraux. Contrairement aux premiers, les jugements moraux peuvent contraindre et justifier l'action. Ils ne sont donc pas traités de la même façon qu'un simple jugement de goût dont la portée ne dépasse pas l'expérience individuelle. En effet, on utilise généralement les jugements moraux en supposant qu'ils ont une valeur universelle et, pour paraphraser Duncan Kennedy, qu'ils sont *factoïdes*, c'est-à-dire qu'ils peuvent être justifiés rationnellement et entrer dans la composition de raisonnements valides¹. Ainsi, le travail d'un juge aux prises avec une cause difficile serait d'identifier le *factoïde* moral approprié à la cause et de le traiter comme s'il avait les mêmes propriétés qu'un fait objectif. Pour Dworkin, ce *factoïde* moral est politico-juridique. Il devrait permettre d'établir une règle de redistribution des ressources, et notre conception politique du monde devrait lui être inféodée : il s'agit de l'égalité, entendue dans un sens particulier de manière à y intégrer la responsabilité individuelle et la liberté. On comprend donc que les propositions de Dworkin chevauchent plusieurs genres, comme le droit au sens large, la politique, l'économique, la morale, la philosophie, la sociologie,

¹ D. Kennedy, « The Critique of Rights in Critical Legal Studies », in *Left Legalism/Left Critique*, Duke University Press, Durham, 2002, p. 178 à 216.

etc., ce qui n'est pas sans représenter son lot de difficultés, comme je l'expliquerai un peu plus loin.

Il me semble utile de parler d'un premier, d'un deuxième Dworkin et peut-être d'un dernier Dworkin. Ce genre de distinction est dorénavant galvaudée, et il se pourrait bien qu'elle ne soit pas nécessaire, au sens où il n'y a pas de rupture véritable entre le moment où Dworkin publie *Judicial Discretion*, son premier article, et *Religion Without God*, son ouvrage posthume. Cependant, il est important de souligner que, dès la parution de *Judicial Discretion*, Dworkin s'est laissé entraîner dans plusieurs débats d'école et dans différents domaines, mais sans jamais forfaire son souci d'intégrité. En conséquence, je crois qu'il est sage de traiter ce souci comme étant à la fois un guide et un objectif : un guide qui nous rappelle qu'une analyse parcellaire de l'oeuvre de Dworkin ne peut être qu'incomplète, et un objectif au sens où l'intégrité joue un rôle fondamental dans la pensée dworkinienne.

Le premier Dworkin est résolument juridique. Il s'emploie d'abord à questionner, puis à critiquer le bien-fondé de la législation judiciaire, une pratique ayant cours lors de causes difficiles, donc originales. En deux mots, les positivistes légaux font reposer la légitimité du pouvoir discrétionnaire des juges sur le scepticisme moral : au moment d'un dilemme légal, c'est-à-dire une cause pour laquelle on pourrait fournir plusieurs solutions équivalentes, rien ne permet au juge de déterminer de manière décisive la « bonne » solution, soit celle dont la validité pourrait être vérifiée. Cependant, comme le magistrat ne peut s'abstenir de juger le cas, il doit donc appuyer sa décision sur un choix discrétionnaire. Dworkin questionnera d'abord la portée de ce pouvoir discrétionnaire, qui serait beaucoup plus limité que ce que Hart avait en tête dans *The Concept of Law*, où l'indétermination de la loi est surtout une question sémantique. Cette première réflexion a en elle les éléments qui inspireront les deux autres intérêts de Dworkin, soit sa théorie morale et sa philosophie politique, desquelles il faut dire quelques mots.

En critiquant le positivisme légal et le pouvoir discrétionnaire qu'il justifie, Dworkin espère mettre en lumière la théorie morale sur laquelle le positivisme légal repose, soit le scepticisme externe, qu'il rejettera pour au moins deux raisons : d'une part, il s'agit déjà d'une position morale, au sens où elle présuppose que la meilleure théorie morale est celle qui nie

l'existence objective de la morale. D'autre part, cette épistémologie morale mène les théories légales qui s'en inspirent à un cul-de-sac, puisqu'elles se privent de l'arrière-plan moral justifiant l'obligation d'obéir à l'autorité politico-juridique. En effet, le positivisme de Hart prétend décrire un phénomène social et suppose que l'obligation d'obéir découle de deux types de règles : les principes qu'on accepte et les règles qui peuvent être déduites d'autres règles. Le problème du positivisme légal est qu'il ne donne pas d'outils légaux au magistrat devant se prononcer sur une cause originale, forçant ainsi ce dernier à déterminer lui-même les critères qui lui permettront de faire un choix parmi un ensemble de principes juridiques. Or, un juge sceptique cherchera à justifier sa décision de manière austère en citant des arguments neutres : il citera la jurisprudence ou les conséquences de son jugement. En d'autres termes, il sera conventionnaliste ou pragmatiste. Pour Dworkin, cette indépendance face à la morale n'est qu'une apparence, puisque le choix du magistrat implique nécessairement qu'il possède une théorie de ce qu'est la loi lui permettant de distinguer ou d'interpréter les circonstances. Le juge fait donc appel à une théorie morale. Il est sceptique, mais le sol sur lequel il fonde son scepticisme est moral. Par cette dernière observation, Dworkin remet en cause la possibilité même du scepticisme externe - et de la métaéthique - et proposera à la place de réexaminer la valeur de vérité des jugements moraux à l'aune de ce qu'il appelle l'unité des valeurs, qui fait reposer l'objectivité morale par rapport à la science, ce qui implique l'existence d'un univers moral. Cela pose aussi la question du mode d'existence de cet univers moral. Pour Dworkin, il ne s'agit pas d'une question ontologique ni d'une question métaphysique. L'univers moral est une construction argumentative autonome. Pour lui, les valeurs ne peuvent être justifiées que par d'autres valeurs.

Le constructivisme dworkinien s'apparente de plusieurs manières à celui rawlsien, mais avec une différence majeure. Alors que Rawls place les principes de justice selon leur priorité lexicale, ce qui crée une tension entre la liberté et l'égalité, Dworkin cherche plutôt à démontrer qu'une véritable théorie de la justice doit chercher à intégrer ces deux principes. En effet, Rawls tire ses principes de justice à partir d'une expérience de pensée dont l'objectif est de neutraliser les biais qui pourraient intervenir dans la recherche d'un équilibre réfléchi entre les préférences individuelles des agents et les besoins juridiques d'une société bien ordonnée. Dans la position originelle et derrière le voile d'ignorance, le sens de justice des agents peut opérer sans interférence, ce qui doit leur permettre d'identifier plus clairement la théorie de la justice qui leur

convient le mieux. Autrement dit, la position originelle et le voile d'ignorance sont des outils de réflexion capables de faire apparaître la hiérarchie des principes de justice d'une communauté, qui peut ensuite choisir ceux sur lesquels seront bâties ses institutions. La position originelle de Rawls implique donc l'existence d'un consensus, l'équilibre réflexif, portant sur cette hiérarchie, qu'il ne faut qu'organiser de manière rationnelle autour de certaines libertés fondamentales. Cependant, cette hiérarchisation est trompeuse, car les agents derrière le voile d'ignorance ne peuvent pas tenir compte des contingences réelles et indépendantes de nos choix moraux, comme celles reliées à la génétique, au patrimoine familial, au milieu socio-économique, etc. C'est ce qui justifie le second principe de la justice comme équité, qui vise à neutraliser ou à atténuer les effets de ces éléments arbitraires. Ce qui retient l'attention de Dworkin, c'est que cette façon de voir les choses ne fait pas de distinction entre l'arbitraire et les conséquences des choix individuels. Conséquemment, cela rend la théorie de la justice comme équité très sensible au scepticisme moral, puisqu'elle peut contribuer à dédouaner les agents d'agir de manière responsable en leur laissant croire que les principes de justice devraient être accordés à des arguments extérieurs à la morale, comme c'est le cas, par exemple, avec l'utilitarisme ou le conventionnalisme. Pour répondre à ce problème, Dworkin montre que l'expérience de pensée rawlsienne suppose un principe de justice préalable à l'expérience elle-même, une forme de préentente contractuelle, qui serait la condition de possibilité de la position originelle, soit la volonté que tous les agents soient traités comme des égaux, c'est-à-dire que chacun d'entre eux accorde le même respect aux autres qu'ils s'accorderaient à eux-mêmes, impliquant ainsi du même coup que l'égalité serait une condition nécessaire au choix de certaines libertés fondamentales. De cette façon, l'égalité et la liberté seraient deux principes inséparables qui n'ont pas à être sous tension : on ne peut être libres sans être traités comme des égaux par nos pairs, et on ne peut être traités comme des égaux si nous ne sommes pas libres de faire ce choix. C'est par cette réconciliation entre l'égalité et la liberté que le deuxième Dworkin développe sa philosophie politique, qui consiste en une théorie de la justice distributive, mais aussi en une relecture de ce à quoi devrait aspirer une communauté libérale. Enfin, le dernier Dworkin est celui qui plaide en faveur d'une théorie de la responsabilité capable de réunifier l'éthique avec la morale politique².

² Dworkin distingue l'éthique et la morale : l'éthique relève des préférences individuelles, alors que la morale a un caractère public.

À la lumière de cette courte typologie dworkinienne, il s'agit maintenant de répondre à la question de savoir à quel Dworkin ce mémoire s'intéresse. Ma première intention était d'examiner la thèse de la bonne réponse dans une perspective métaéthique. Je voulais tester cette thèse à partir de certains auteurs ayant travaillé sur le relativisme et sur le scepticisme, comme Smith³ ou Macintyre⁴. Cependant, même si le scepticisme interne de Dworkin peut être compris comme une critique de la métaéthique, il ne s'agit que d'un aspect secondaire des travaux de ce dernier. Il me semble plus porteur et plus intéressant de le replacer dans le giron de la philosophie du droit en cherchant à éclairer de quelle façon la thèse de la bonne réponse et, de manière plus large, l'interprétativisme dworkinien peuvent contribuer à résoudre ou à atténuer le problème de l'indétermination de la loi et si, en dernière analyse, ils y parviennent. Alors, même si les réflexions consignées dans ce mémoire semblent parfois emprunter des chemins sinueux, il faut garder à l'esprit qu'elles contribuent toutes à une meilleure compréhension du « premier » Dworkin.

S'il était à refaire, je modifierais sans doute la structure de mon mémoire. Quoiqu'il en soit, le travail ayant été accompli jusqu'ici est encore pertinent, mais j'ajoute une quatrième section dont l'objectif est de présenter plus clairement le problème de l'indétermination de la loi, la solution proposée par Dworkin et les critiques qu'on peut lui faire

³ M. Smith, *The Moral Problem*, Blackwell Publishing, USA, 1995. On peut aussi consulter l'article dans lequel il critique le scepticisme externe de Dworkin: « Dworkin on External Skepticism », *Boston University Law Review*, #90.

⁴ A. MacIntyre, *After Virtue*, University of Notre-Dame Press, Indiana, 1984.

Introduction

On se souviendra du dilemme auquel doit faire face Ismène lorsque sa soeur, Antigone, l'exhorte à l'aider à récupérer le cadavre de son frère, laissé au champ de bataille sur l'ordre de son père, le roi Créon. Ismène doit choisir entre ce qui lui semble juste, soit obéir à la loi divine en aidant sa soeur, et ce qui lui semble prudent, soit obéir à la volonté de son souverain. La distinction entre le juste et le prudent ou entre la loi divine et la loi positive dans le contexte de la tragédie de Sophocle est un vieux problème, mais il gagne beaucoup d'actualité si on le replace dans le contexte juridique. Alors que les autres protagonistes peuvent orienter leurs décisions à partir de raisons suffisantes, qu'elles découlent de la souveraineté ou de la loi morale, Ismène est laissée à elle-même et doit faire un choix. De tous les personnages, c'est la seule possédant véritablement une forme de discrétion quant à la résolution de son funeste problème, qui est celui de l'indétermination de la loi, auquel Dworkin a redonné de l'importance en examinant le cadre dans lequel s'effectuait la législation juridique, comme nous le verrons au chapitre 4. Évidemment, Dworkin ne faisait pas la promotion de la loi divine comme source du droit, mais il plaidait tout de même en faveur d'une forme d'objectivité morale qui, sans être ancrée dans la réalité physique d'une façon analogue au contenu minimal de la loi naturelle de Hart, prétend en emprunter certains aspects, soient sa stabilité, sa permanence et son isonomie.

La thèse de Dworkin est ambitieuse pour la raison qu'elle remet en question l'importance et la portée du problème de l'indétermination de la loi qui, il faut le rappeler, justifie la plupart des théories de l'interprétation juridique. Elle est aussi contre-intuitive : elle suppose que les jugements moraux réfèrent à une réalité normative dont on ne peut se soustraire et elle rejette les thèses externalistes définissant l'objectivité morale comme étant le produit d'une adéquation entre le fait et le jugement. En effet, une des contributions les plus originales de Dworkin est de montrer qu'un « arrière-plan » moral est nécessaire pour donner les principes qui permettent d'identifier quels faits seront pertinents et quelle interprétation on doit en faire. Autrement dit, le fait peut très bien être un argument justifiant un jugement moral, mais il ne peut en être la cause. Par exemple, le fait qu'Antigone ait enfreint la loi et commis un crime est un fait, mais la loi, même si elle impose une norme, ne crée pas cette norme à elle seule. Un autre jugement est

nécessaire pour expliquer pourquoi cette loi est pertinente, et cette « pertinence » a aussi besoin d'un arrière-plan moral expliquant pourquoi elle obtient cette valeur, etc. On retrouve le même exemple dans le dernier ouvrage de Dworkin, *Religion Without God*⁵, où celui-ci explique que même le croyant est intimé d'expliquer pourquoi l'existence de Dieu lui semble moralement nécessaire; c'est que, souligne Dworkin, ce croyant a la conviction que, sans Dieu, il ne peut y avoir ni de Bien ni de Mal, ce qui implique une conception préalable des conditions de possibilité du Bien et du Mal. En conséquence, si Dworkin a raison, notre vie morale nécessite l'existence d'une théorie interprétative déterminant *a priori* quels faits peuvent devenir des arguments moraux. Or, cette conclusion se trouve en porte à faux avec une des attitudes propres à la modernité juridique, qui tient la morale comme étant le fruit de jugements subjectifs.

La modernité juridique supposait une redéfinition de l'état de nature et de son influence sur les relations humaines. Là où on supposait l'existence d'un ordre naturel ou divin organisant la vie politique, on percevait maintenant l'état de nature comme étant un grand désordre à la fois stérile et dangereux duquel Hobbes, par exemple, tirait un droit naturel, soit celui à la sécurité, que seul le pouvoir absolu de l'État pouvait garantir. Chez Machiavel, le droit devenait l'outil par excellence du prince lorsque venait le temps d'organiser les tensions entre les Grands et le Peuple afin de garantir la pérennité de la principauté. D'ailleurs, le politicien florentin, inspiré par l'anacyclose de Polybe, soumettait même le choix du régime politique à une analyse de la « réalité effective des choses », soit l'analyse historique des relations entre le peuple, les Grands et la liberté, qui dictait au prince le type de souverain qu'il devait être. Dans une principauté plus libérale où les lois s'imposaient moins sévèrement, un prince avisé choisirait d'être plus libéral. Dans une communauté où les intérêts personnels avaient plus de force que les lois, il suggérait au prince d'agir avec force et d'imposer sa loi à travers les tribunaux. Là où on avait l'habitude d'être sous l'égide d'un tyran, le prince qui se présentait comme un monarque sage et juste serait le bienvenu, etc. Pour Machiavel comme pour Hobbes, de même que pour Créon, la moralité n'a pas d'existence indépendante, elle devient une succursale du politique, et la loi, dont le rôle est d'organiser la vie sociale, devient la prérogative du souverain. Dorénavant, sera valide la loi découlant de l'autorité politique qui, contrairement aux valeurs morales, peut revendiquer une existence objective tant par la volonté du souverain que par les besoins de sa communauté.

⁵ R. Dworkin, *Religion Without God*, Harvard University Press, Mass. 2013.

L'erreur externaliste

L'externalisme suppose que les jugements moraux peuvent être vrais à condition de pouvoir décrire la réalité objective à laquelle ils réfèrent. Cette façon de déterminer la valeur de vérité des énoncés est centrale en matière juridique, où les faits jouent un rôle prépondérant pour identifier la loi, et elle l'est aussi du côté philosophique, où les questions entourant le Bien et son pouvoir motivationnel, la nature du devoir ou de la responsabilité individuelle sont toujours d'actualité. Évidemment, dans la mesure où les jugements moraux ne réfèrent pas à des propriétés objectives externes, il semble assez raisonnable de penser que la moralité ne peut pas être objectivement vraie. Dès lors, on peut dire sans trop craindre les controverses que les propositions morales sont des expressions subjectives, des descriptions un peu vagues de nos sentiments ou de mauvaises explications du monde. Or, en ce qui concerne Dworkin, cela est une erreur : les jugements moraux sont objectifs.

La proposition est tellement contre-intuitive qu'elle accuse une fin de non-recevoir presque immédiate tellement notre compréhension ordinaire de l'univers moral est ancrée dans les notions d'individualité et de subjectivité. C'est pourtant ce que suggère Dworkin lorsqu'il défend que les valeurs morales sont indépendantes du monde scientifique. C'est là une proposition bizarre qui demande plusieurs explications. Le raisonnement de Dworkin est complexe et se raffine à travers plusieurs thèses qu'on peut toutefois explorer à partir de celles, plus centrales, concernant la politique et l'épistémologie morale. Pour Dworkin, les propositions morales doivent être distinguées des autres propositions comme — pour reprendre la typologie qu'il présente dans *Lord Devlin and the Enforcement of Morals*⁶ — les préjugés, les rationalisations, les causalités douteuses ou les opinions populaires. Une fois chose faite, la nature du concept de « position morale » apparaît plus clairement : une position morale n'a pas besoin d'une plus-value factuelle pour être valable, ce qui n'implique pas qu'elle soit valable en soi, elle doit être justifiée au même titre qu'une proposition empirique, mais pas de la même manière. Alors que les propositions empiriques sont reconnues valides si elles correspondent aux faits, les propositions morales sont reconnues valides par consensus. En ce sens, elles ont une portée politique.

⁶ R. Dworkin, « Lord Devlin and the Enforcement of Morals », *The Yale Law Journal*, Vol. 75, No. 6 (Mai, 1966), p. 986-1005

Contrairement à la thèse dworkinienne de l'indépendance des valeurs, celle du positivisme légal fait reposer la validité des propositions morales sur une règle sociale : si une pratique justifie un comportement, alors il y a une règle qui justifie la loi et la sanction correspondante. Autrement dit, une loi existe si une pratique correspondante existe, sans quoi il ne s'agit pas d'une loi, mais d'une position morale qui ne peut être valide au sens où la loi l'exige. Cela dit, le positivisme légal ne prétend pas que les propositions morales sont sans importance, seulement qu'elles ne peuvent fournir d'arguments définitifs qui pourraient démontrer qu'elles sont vraies ou valides. En ce sens, elles ne sont pas nécessaires à l'exercice du droit. Pour Dworkin, faire reposer la validité d'une proposition morale sur un « argument massue » qui serait factuel est une erreur issue d'une façon particulière de donner un sens au monde, soit celle de présumer que la seule objectivité ayant droit de cité est celle qui dérive de la description des faits. Ce que Dworkin nomme la « thèse de la démontrabilité » (*demonstrability thesis*), soit que la vérité ne peut excéder les faits, implique qu'en l'absence de faits décisifs, une proposition morale n'a pas de valeur de vérité, auquel cas elle ne peut servir à justifier un comportement ou à imposer un devoir. En matière juridique, cela signifie que, dans les cas où un juge ne peut interpréter la loi à la lumière des faits, il ne peut pas avoir recours à la démonstration pour justifier sa décision, ce qui implique qu'il doit puiser à une autre source que le raisonnement légal. Comme cette source ne dépend pas d'une interprétation des faits, elle ne peut pas prétendre être objective. En conséquence, elle doit être subjective ou, selon la terminologie, à la discrétion du juge. Pour les positivistes, la discrétion (ou la législation judiciaire) est inévitable; elle est le produit de l'incertitude épistémologique inhérente aux dilemmes moraux pour lesquels il ne peut pas y avoir de « bonne réponse »⁷, ce à quoi Dworkin s'opposera tout au long de sa carrière. Pour ce dernier, les positivistes légaux se méprennent lorsqu'ils font de la discrétion judiciaire une source du droit parce qu'ils ont une compréhension limitée de certaines notions comme celle de « convention », à laquelle ils accordent trop d'importance, et d'objectivité.

Inversement, si on adopte la thèse de l'indépendance des valeurs, soit que la science et la morale sont des domaines indépendants, alors l'objectivité ne peut plus être le produit d'une

⁷ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Ed. Oxford University Press, *Clarendon Law Series*, Angleterre, 1994, p. 205. Analysant la relation entre la loi et la morale, Hart s'exprimera ainsi pour expliquer « l'activité créatrice » des juges : « *No doubt because a plurality of such principles is always possible it cannot be demonstrated that a decision is uniquely correct : but it may be made acceptable as the reasoned product of informed impartial choice* ».

rencontre entre le jugement et le fait, ce qui n'implique pas qu'elle doive disparaître; elle existe toujours, mais sous une forme qui convient plus aux concepts évaluatifs qu'aux concepts scientifiques : elle est interprétative. Sur le plan juridique, cela signifie qu'un juge aux prises avec une cause difficile et étant privé de la capacité à formuler un raisonnement légal devra avoir recours à un autre type de raisonnement, soit un raisonnement moral, capable, lui aussi, d'objectivité. Pour un professionnel de la justice, cette position est lourde de sens. D'une part, cela ouvre la possibilité d'obtenir une réponse objective (une « bonne réponse ») à ce qui aurait toutes les allures d'un dilemme moral et, d'autre part, cela remet en question la pertinence de la discrétion judiciaire comme source du droit. Si Dworkin a raison, il semble bien que son interprétativisme annonce en effet la mort de l'externalisme... au tribunal, à tout le moins⁸.

Évidemment, étant donné la nature limitée de notre compréhension du monde, on voit mal comment nous pourrions prétendre trouver une « réponse » qui puisse rendre compte convenablement de la multiplicité des contextes et des actions que ces contextes pourraient nous inspirer. Par ailleurs, même dans la mesure où nos jugements moraux seraient de plus en plus précis, nous ne pouvons les communiquer que par l'usage du langage. Or, le contenu des concepts auxquels les mots réfèrent change selon la langue, est souvent polysémique ou pire, n'a pas de correspondance dans une langue étrangère. Dans les circonstances, ne serait-il pas plus prudent et plus humble de simplement chercher à s'accommoder de notre nature limitée, c'est-à-dire de chercher à s'approcher le plus possible du fait moral, tout en reconnaissant qu'il ne s'agit que d'une approche et que le fait moral en soi restera hors de notre portée? Ne devrait-on pas nous épargner les controverses pour plutôt opter pour un consensus : il ne peut y avoir de « bonnes réponses » définitives aux problèmes moraux? Ceux-ci ne peuvent être surmontés qu'à partir d'une conception subjective de l'univers moral. En conséquence, la seule position rationnelle en matière de moralité ne peut être que celle du sceptique informé.

Pour plusieurs, ce consensus relève d'un truisme. Il s'agit presque d'une évidence : le seul fait moral est qu'il n'y a pas de faits moraux. C'est d'ailleurs une aporie récurrente lorsque vient le temps de réfléchir à la réalité humaine et à ce qui rend possible la coopération entre nous, soit les relations de pouvoir, la distribution des ressources, la maximisation de la production, le système

⁸ Il souligne d'ailleurs à plusieurs reprises que l'opposition entre subjectivité et objectivité fait partie du « lexique » du scepticisme externe. À ce sujet, on peut lire *Law's Empire*, p. 228-238.

légal, etc. Sans « faits moraux » pour tester nos décisions, comment savoir si nous avons raison d'obéir à un souverain, de tolérer les inégalités, d'autoriser l'euthanasie ou les accommodements raisonnables ? Comment déterminer ce qu'est un bon souverain, ce qui constitue un accommodement raisonnable ou une bonne politique ? Même l'utilitariste le plus convaincu ne pourrait faire autrement que d'admettre que, si son calcul démontre que sa politique a fait plus de bien que de mal, il ne pourra pas savoir s'il s'agissait de « la » bonne politique.

Comment alors expliquer le sentiment qu'en matière de moralité il y a une « bonne réponse » et que celle-ci est la cause de nos actions ? Dworkin répondrait peut-être que cette tendance perdure pour la raison qu'elle fait elle-même partie de notre quotidien, voire qu'elle est un aspect indémontrable de notre psychologie morale. Dans un très bel article portant sur la position originelle de Rawls, Dworkin souligne que nous ne pourrions l'abandonner sans transformer profondément notre rapport au monde. Examinant l'importance que revêtait la recherche d'un équilibre réflexif qui pourrait surmonter les dilemmes moraux, il explique que la recherche d'un équilibre est nécessaire dans la mesure où la plupart de nos intuitions morales ne sont pas déduites à partir de règles ni inférées à partir de l'expérience, mais qu'elles nous semblent « justes » (« *rightness* ») quand même, quoique souvent contradictoires ou controversées lorsqu'elles passent dans la sphère publique.

It may mean, at its least profound, that the principles that support the original position as a device for reasoning about justice are so widely shared and so little questioned within a particular community, for whom the book is meant, that the community could not abandon these principles without fundamentally changing its patterns of reasoning and arguing about political morality.⁹

Pour Dworkin, la position originelle de Rawls est une représentation assez juste d'un processus cognitif particulier, soit celui menant à la construction d'une théorie morale cohérente composée et testée à travers la recherche d'un équilibre réflexif. Évidemment, ajoutera Dworkin, tout dépend maintenant du sens qu'on donne à la notion de « cohérence ».

⁹ R. Dworkin, « The Original Position », *University of Chicago Law Review*, vol. 40 (#3), 1973, p. 509.

Nous voudrions conclure cette courte entrée en matière en mettant de l'avant les deux méthodes entrevues par Dworkin qui peuvent prétendre à atteindre et à vérifier la cohérence des théories morales. Les distinctions entre les deux modèles sont probantes. D'une part, ils s'opposent quant à l'expérience qu'ils cherchent à décrire, d'autre part ils s'opposent aussi quant à l'importance qu'ils accordent aux faits. Enfin, leur comparaison deviendra la pierre de touche sur laquelle Dworkin bâtira sa thèse interprétativiste et sa conception de ce que devrait être la « bonne réponse ». Pour toutes ces raisons, il nous semble important de leur accorder quelques lignes.

« Modèle naturel » et « modèle constructiviste »

Pour Dworkin, l'univers moral est un univers indépendant dont nous ne pouvons nous extraire, mais duquel nous essayons de tirer le meilleur sens possible, c'est-à-dire non pas selon une compréhension parcellaire de nos croyances morales, mais plutôt selon une compréhension holistique de cet univers moral qui serait guidée par une exigence de cohérence. Pour évaluer la cohérence de cet univers, nous cherchons à évaluer l'acceptabilité de nos jugements moraux en fonction de leur « objectivité ». Or, celle-ci peut être mesurée par la conformité des jugements moraux aux faits, c'est le modèle naturel, ou par l'intégrité des jugements moraux et des actions qu'ils justifient, c'est le modèle constructiviste.

I call the first a "natural" model. It presupposes a philosophical position that can be summarized in this way. Theories of justice, like Rawls's two principles, describe an objective moral reality; they are not, that is, created by men or societies but are rather discovered by them, as they discover laws of physics. [...] [The constructive model] makes the different, and in some ways more complex, assumption that men and women have a responsibility to fit the particular judgments on which they act into a coherent program of action, or, at least, that officials who exercise power over other men have that sort of responsibility.¹⁰

Déjà, la comparaison des deux modèles nous permet de tirer un certain nombre de conclusions. Premièrement, en examinant les modèles naturel et constructiviste, Dworkin cherche à montrer qu'on a tort de croire que le modèle naturel est le plus approprié afin de vérifier la

¹⁰ *Ibid.*, pp. 510-511.

validité de nos jugements moraux. Pour Dworkin, le modèle naturel est lui-même le fruit d'un jugement moral plus profond. En ce sens, on peut sans doute dire qu'il trace les grandes lignes d'une épistémologie morale qui est en faux avec celle des positivistes.

Deuxièmement, dans l'extrait que nous citons plus haut, Dworkin souligne que les deux modèles ne traitent pas de l'autorité politique de la même manière. Sa description du modèle constructiviste laisse supposer que le pouvoir politique devrait être contraint ou limité par la responsabilité de chercher à atteindre un équilibre réflexif apte à disposer des jugements moraux inadéquats¹¹. Ainsi, les décisions du souverain ou du législateur ayant le pouvoir de contraindre ses sujets ne dépendraient pas uniquement de la discrétion de ce dernier, mais seraient toujours validées à l'aune d'une théorie morale cohérente permettant d'identifier une bonne réponse, ce qui, encore une fois, s'éloigne des positivistes légaux qui souscrivent généralement à la thèse inverse, soit qu'il ne peut y avoir de bonne réponse. Il s'agit évidemment de la théorie politique de Dworkin, qui déteint sur pratiquement toutes ses thèses.

Troisièmement, les deux modèles impliquent des compréhensions différentes de la notion de justice. Dans le modèle naturel, la justice est subsumée à une description de la réalité qu'on découvre, alors que, dans le deuxième, les principes de justice sont construits au terme d'un exercice d'interprétation visant l'intégrité. Ici, Dworkin jette les bases de sa théorie légale.

L'interprétativisme dworkinien entend proposer une réponse au problème de l'indétermination de la loi, mais il n'atteint pas complètement cet objectif. En effet, Dworkin écarte trop rapidement les contributions du réalisme légal et de l'étude critique du droit¹² afin de se concentrer sur l'école populaire du moment, soit le positivisme légal. Étant donné que la proposition dworkinienne se confine à une seule façon de comprendre l'indétermination de la loi, elle laisse ouvertes un certain nombre d'interrogations tant du côté de la pratique juridique, que de celui de la philosophie politique, ce qui en limite nécessairement la portée.

¹¹ Cette façon d'aborder l'intégrité et la responsabilité morale se retrouve au chapitre 4 de *Justice for Hedgehogs*. On la retrouve aussi dans « Lord Devlin and the Enforcement of Morals », 1958.

¹² *Critical legal studies*

Dans un premier temps, il s'agira de faire la généalogie de la « bonne réponse », que Dworkin qualifie lui-même de « thèse très ordinaire ». Étant elle-même une réponse à la thèse inverse, soit que la nature même du droit fait souvent en sorte qu'il ne peut y avoir de « bonne réponse »¹³, il faudra de toute évidence reconstruire la critique dworkinienne du positivisme et de ses outils interprétatifs, soit le conventionnalisme et le pragmatisme. Notre premier chapitre sera donc consacré à expliquer l'influence du scepticisme sur la pratique du droit, mais il portera plus spécifiquement sur la conception de l'autorité juridique que la séparation entre la loi et la morale justifie. En effet, dès ses premiers écrits, Dworkin souligne que le positivisme légal implique deux sources du droit : la loi et le pouvoir discrétionnaire des juges. L'objectif de ce chapitre sera de montrer pourquoi Dworkin croyait que c'était une erreur de croire que la discrétion des juges était synonyme de « pouvoir » et qu'il serait plus juste de la considérer comme étant un jugement dont la validité peut être vérifiée de manière objective à l'aune d'une norme de contrôle inhérente au droit, mais issue de la morale politique plutôt que d'une interprétation des règles formelles du droit. Il s'agit évidemment de la « bonne réponse », dont l'existence sera dévoilée à travers l'examen critique du scepticisme externe, auquel nous consacrons le deuxième chapitre. Dans le troisième chapitre, nous chercherons à situer la thèse de la bonne réponse à travers celle de l'unité des valeurs et de la communauté de principe. Il s'agira de montrer comment Dworkin arrive à intégrer l'éthique à la morale politique de façon à proposer une théorie du droit capable de corriger les défauts du positivisme légal et de redonner une légitimité morale à l'activité politique, de laquelle dépend le droit. Finalement, nous replacerons la thèse de la bonne réponse dans le contexte plus large du problème de l'indétermination de la loi en examinant celle-ci à travers le prisme de deux écoles juridiques, soient le réalisme légal et l'étude critique du droit.

¹³ Ronald Dworkin, « No Right Answer? », *New York University Law Review*, Vol. 53 (#1), 1978.

Chapitre 1: Critique du positivisme légal

Ce chapitre est consacré aux tenants et aboutissants du positivisme légal, tout en portant une attention particulière au scepticisme moral sur lequel il est fondé. L'objectif poursuivi est d'examiner le positivisme légal de Hart à travers la lunette dworkinienne afin de montrer pourquoi il mène à la conclusion qu'il ne peut y avoir de bonne réponse aux cas difficiles, et qu'en conséquence le pouvoir discrétionnaire des juges s'avère être un mal nécessaire. Par l'expression « positivisme légal », nous réfèrerons plus généralement à la doctrine soutenant que la loi est un phénomène social indépendant de la morale, c'est-à-dire que la morale ou l'idéologie n'est pas pertinente pour l'identification et l'application de la loi. Étant conscients des déclinaisons particulières de cette tradition juridique, nous ferons les distinctions qui s'imposent à la pièce. Dans la même foulée, nous examinerons la thèse sémantique de Hart en montrant qu'on pourrait comprendre la thèse de la « texture ouverte » comme étant une conséquence de sa critique de la doctrine de la loi comme commandement. Finalement, nous pourrons ensuite expliquer pourquoi nous pensons que la thèse de la « texture ouverte » ne peut que mener à la discrétion judiciaire que critique Dworkin et pourquoi cela l'amène à constater l'échec du positivisme légal.

Petite histoire du positivisme

Le positivisme de Hart et celui des utilitaristes partagent plusieurs éléments, mais les nuances qu'y apportera Hart transformeront radicalement l'apparence du positivisme plus classique de Bentham et d'Austin. En effet, alors qu'ils se rejoignent sur les grandes lignes de la doctrine de la séparation de la loi et de la morale, ainsi que sur celle concernant la clarification du lexique légal, ils seront surtout en opposition sur l'idée que le concept de loi soit un synonyme de celui d'ordre ou de commandement. C'est donc par celle-ci que nous commencerons cette section. Notre objectif est de résumer la position de Hart à propos de l'idée que la loi est un commandement. Pour ce dernier, en effet, on ne peut pas expliquer l'obéissance à la loi par une simple attitude prudentielle, c'est-à-dire par la peur du châtimeur. Nous aborderons aussi son corollaire, soit que cette compréhension de la loi comme commandement implique qu'on réduise

son application à n'être que répressive, ce qui ne représente qu'une fraction de l'action juridique¹⁴. Cela dit, même si, pour Hart, une meilleure compréhension du concept de loi devait nécessairement passer par une thèse tenant compte de toute la diversité de l'action juridique, cela signifiait aussi qu'on propose une théorie pouvant tenir compte de la diversité des concepts dispositifs qu'un meilleur concept de loi impliquait.

Cependant, une petite précision s'impose quant au sens qu'il faut donner à la « texture ouverte » de Hart. Pour ce dernier, ce qu'on appelle la « loi » fait référence à l'ensemble des conventions sociales de nature légale, soit les conventions qui peuvent justifier l'usage public de la coercition afin d'imposer des comportements aux membres d'une communauté. Ces conventions légales prennent la forme de règles générales à partir desquelles le juge peut interpréter les différents éléments d'une cause, ainsi que les devoirs judiciaires que le contexte lui impartit. Or, les règles générales ont deux caractéristiques : elles ne peuvent pas tenir compte de l'ensemble des contextes futurs et présents dans lesquels elles seront appliquées, et leur application dépend de la compréhension et de l'utilisation des concepts légaux qu'elles contiennent. Hart utilise une métaphore visuelle pour décrire ces concepts, qui sont composés de deux « zones » : le « sens premier » (« *core meaning* »), et la « texture ouverte » (« *open texture* »). Le sens principal fait référence au sens consensuel ou partagé du concept, nécessaire à la compréhension de la langue. Quant à la texture ouverte, elle fait référence aux significations limitrophes du concept, soit aux différentes applications d'un concept légal donné en fonction des contextes qu'il peut décrire. Hart souligne qu'au moment d'appliquer une règle générale, il y a toujours un accord quant au sens central des concepts légaux qu'elle contient. Un juge ne pourrait pas interpréter le sens central d'un concept légal sans le dénaturer. Cependant, la texture ouverte d'un concept légal ne partage pas cette rigidité, le juge peut donc l'appliquer de la façon la plus pertinente en choisissant quel sens convient le mieux à un contexte, d'où la possibilité d'un choix discrétionnaire¹⁵. Plus tard, nous verrons de quelle façon l'analyse hartienne des concepts légaux et de leurs relations avec l'adjudication mène le positivisme légal en dehors de la légalité elle-même.

¹⁴ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, op. cit., chap. 4, p. 78.

¹⁵ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, op. cit., chap. 7, pp. 141-154.

La loi comme commandement

Hart rejette la thèse de la loi comme commandement parce qu'après examen, conclut-il, la théorie ne pourrait pas survivre à la pratique. La raison est assez simple : le souverain doit posséder ce que nous appellerons un « droit de législation ». Or, pour Hart, on ne peut obtenir ce droit au bout d'un fusil parce que, dans cette situation, la menace ne génère pas de devoir. À dire vrai, on pourrait sans doute répondre qu'il est concevable que la menace puisse créer quelque chose comme un « devoir de survie », mais alors le commandé obéirait à sa propre volonté et non à celle du commandant¹⁶. Cela étant dit, le « droit de législation » requiert que deux conditions soient satisfaites : le législateur doit être qualifié par autre chose que par la force brute et l'existence doit être remplie de dangers. La première affirmation fait référence aux règles secondaires qui permettent de passer d'un système légal primitif à une version plus moderne, ce que nous aborderons plus loin. La deuxième affirmation, qu'on présente d'une façon un peu mystérieuse, renvoie à ce que Hart appelait le « contenu minimal de la loi naturelle » (« *minimal content of natural law* »), qu'on peut comprendre comme étant le point de contact entre la réalité naturelle et les premières règles de coopération entre êtres humains, qui donnent de la substance à ce que Hart nommera les règles primaires.

Pour ce dernier, l'existence d'un système légal dépend de la rencontre de règles primaires et de règles secondaires. Les règles primaires imposent des comportements malgré la volonté des agents, alors que les règles secondaires indiquent de quelles façons les règles primaires peuvent être modifiées et par qui :

[Under primary rules], human beings are required to do or to abstain from certain actions, whether they wish to or not. [Secondary rules] provide that human beings may by doing or saying certain things introduce new rules of the primary type, extinguish or modify old ones [...]. Rules of the first type impose duties; rules of the second type confer powers, public or private.¹⁷

¹⁶ Il est intéressant de noter que l'attitude de prudence est motivée par un objectif de survie. Or, cet objectif fait partie de ce que Hart appelle le « contenu minimal de la loi naturelle », qui fournit une première règle générale : il est raisonnable de sacrifier une partie de son intérêt personnel afin de garantir son existence. Comme nous le verrons plus loin, cette règle générale peut justifier l'existence, la légitimité et l'autorité du souverain.

¹⁷ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, op. cit., p. 81.

Comme nous le disions précédemment, la force ne crée pas de devoir moral, c'est-à-dire que l'usage de la menace ne suffit pas à expliquer l'origine de l'obligation d'obéir au souverain¹⁸, celui-ci doit aussi avoir l'autorité nécessaire pour régner. En ce sens, Hart rejoint les contractualistes, puisqu'il inscrit les conditions de possibilités d'un système légal à partir des volontés convergentes des êtres humains à l'état de nature (il s'agit d'un accord sur ce qui devrait être interdit). Les limites de la nature humaine, conjointement avec le désir de survie, contribuent à aligner l'intérêt individuel et collectif, ce qui implique une première règle sociale : pour survivre, nous devons coopérer¹⁹. Si les bénéfices associés au sacrifice de quelques libertés individuelles au profit de la collectivité étaient inférieurs aux coûts de vivre en paria, on ne pourrait obtenir la coopération nécessaire au maintien de la société. Or, sans cette coopération et sans l'acceptation de cette première règle, il ne pourrait y avoir d'autorité juridicopolitique. Cependant, si Hart rejoint les thèses contractualistes sur le plan de l'échange de certaines libertés individuelles contre une garantie de survie, il s'en éloigne quant au contenu de la loi naturelle. Pour lui, le contenu minimum de la loi naturelle ne s'impose pas sous la forme d'une relation de causalité entre des propriétés morales et l'action humaine, elle réfère plutôt à un certain contexte naturel pouvant expliquer la formation de concepts légaux.

Pour expliciter le rôle du contenu minimal de la loi naturelle, Hart a recours à plusieurs exemples, mais nous n'en utiliserons qu'un seul : Superman. Les caractéristiques de Superman font de lui un être invincible, indestructible, n'ayant pas besoin de dormir, de manger ou de boire. Par ailleurs, il possède un génie politique digne d'un fantôme platonicien, qui fait en sorte que toutes ses actions sont guidées par le Bien. Étant invincible et indestructible, il ne craint pas la douleur ni la mort. Si Superman devait vivre parmi nous, les règles interdisant l'agression physique n'auraient pas de sens pour lui. On voit mal comment il aurait pu découvrir ou inventer un concept légal comme le « droit à la sécurité », par exemple. Abstraitement, toutes les règles visant à protéger l'intégrité physique des êtres humains sont caduques dans la perspective de

¹⁸ Hart fait la distinction entre « être obligé » et « avoir l'obligation de ». Il y a une différence entre être soumis par crainte des représailles ou par prudence, et celle d'accepter de se soumettre parce qu'on reconnaît un devoir légal de le faire.

¹⁹ Ce que reconnaît aussi Dworkin, quoique sa conception de la vie en communauté accorde beaucoup plus d'importance à cette dernière.

Superman²⁰. Cet exemple renvoie à un des contenus de la loi naturelle, soit la « vulnérabilité humaine » (« *human vulnerability* »), mais nous pourrions aussi utiliser le fameux héros pour les autres principes comme « l'égalité relative » (« *approximate equality* »), « l'altruisme limité » (« *limited altruism* »), les « ressources limitées » (« *limited resources* ») et « la compréhension et la volonté limitées » (« *limited understanding and strenght of will* »)²¹.

Les cas de l'égalité relative et des ressources limitées sont probants. Les êtres humains sont relativement égaux entre eux et cela implique qu'ils partagent plus ou moins également les mêmes vulnérabilités physiques, ce qui constitue un puissant incitatif à s'abstenir d'entrer en conflit. Notre héros, étant invulnérable, n'aurait rien à craindre des représailles, mais aurait tout à gagner de devenir un tyran, par exemple. Il serait étranger aux bénéfices promis par le contrat social. Dans le cas des ressources limitées, Superman ne représenterait peut-être pas de danger pour nous, simples mortels. En effet, nous avons montré que sa nature physique faisait en sorte qu'il ne possédait sans doute pas de concepts légaux comme le droit à la sécurité, la prudence ou le devoir de non-agression. En conséquence, Superman n'a pas particulièrement besoin des ressources matérielles qui peuvent supporter ou justifier ces droits (vêtements, nourriture, logis, terre fertile, etc.). N'ayant pas besoin d'objets ni de territoire, Superman n'aurait sans doute pas vu l'utilité de développer le concept de propriété privée. En ce sens, la notion de « vol » n'aurait pas le même sens qu'elle a pour nous non plus. Somme toute, dirait peut-être Hart, Superman comprendrait peut-être la réalité humaine à partir d'un point de vue externe (celui du « sociologue » de Dworkin); il serait en mesure de décrire les conventions sociales d'une communauté et de prévoir les réactions de ses membres sans lui-même s'identifier à cette communauté. Dans une perspective dworkinienne, on aurait peut-être raison de penser que Superman serait l'exemple type du conventionnaliste, c'est-à-dire un agent qui agirait par conventions, mais pas par convictions.

Nous arrêtons là notre démonstration, puisque Hart fait un exercice similaire dans *The Concept of Law*. Cependant, ces exemples montrent assez bien ce que Hart signifiait par l'expression « contenu minimal de la loi naturelle » : le point de contact entre la morale et la loi

²⁰ Ce qui explique peut-être pourquoi lui et ses héroïques collègues, comme la Chose des Quatre Fantastiques, n'hésitent pas à détruire des bâtiments contenant des mortels lorsqu'ils combattent leurs pires ennemis.

²¹ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, op. cit., pp. 91-92; 194-200.

naturelle est nécessaire pour deux raisons, la première étant qu'il justifie la coopération entre les membres d'une société donnée et que cette coopération nécessite que les membres acceptent volontairement de se soumettre à des règles sur lesquelles ils s'accordent. Ensemble, ces deux conditions fournissent assez de raisons pour justifier le besoin d'avoir une « autorité », car « sans leur [les membres d'une société] coopération volontaire, créant ainsi l'*autorité*, le pouvoir coercitif de la loi et du gouvernement ne pourrait pas être fondé » (« *Without their voluntary cooperation (sic), thus creating authority, the coercive power of law and government cannot be established* »)²².

Cependant, la création d'une autorité ne suffit pas en elle-même pour assurer l'existence prolongée d'une société. À ce propos, Hart identifie trois problèmes inhérents aux systèmes légaux primitifs : l'incertitude (« *uncertainty* »), issue de la difficulté à identifier adéquatement un concept dispositif; l'immobilisme (« *static* »), désignant le fait que le système légal doit pouvoir accommoder les changements historiques dans les us et coutumes et s'adapter en conséquence; et l'inefficacité (« *inefficiency* »)²³, qui fait référence au fait que la pression sociale ne s'applique pas partout avec la même force, ce qui peut inciter des membres à se faire justice soi-même, par exemple. Afin de résoudre ces problématiques, Hart pense que nous avons besoin de règles d'un autre type, soit les règles secondaires : la règle de reconnaissance (« *rule of recognition* »), qui indique à quelles règles primaires les membres d'une société devront obéir; les règles de changement (« *rules of change* »), qui donnent les conditions dans lesquelles on peut modifier les règles primaires; et les règles d'adjudication (« *rules of adjudication* »), montrant qui peut modifier et appliquer les règles. Pour Hart, non seulement il s'agit là d'un outil d'analyse puissant pour comprendre la formation de la société et ce qui incite ses membres à obéir à une autorité, mais il permet aussi de stabiliser la société en garantissant que la législation survive à son législateur.

²² H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, op. cit., p. 201.

²³ *Ibid.*, pp. 92-93.

La texture ouverte et le pouvoir discrétionnaire

Le contentieux entre Dworkin et Hart repose sur la thèse de ce dernier voulant que la loi devrait être entendue comme étant un phénomène social décrivant des règles sociales. Si Hart a raison, alors les systèmes légaux complexes sont possibles sous deux conditions :

On the one hand, those rules of behaviour which are valid according to the system ultimate criteria of validity must generally be obeyed, and, on the other hand, its rules of recognition specifying the criteria of legal validity and its rules of change and adjudication must be effectively accepted as public standards of official behaviour by its officials.²⁴

Cela signifie que, dans chaque système légal complexe, on devrait pouvoir trouver une règle de reconnaissance permettant de distinguer les propositions légales, soit celles qui peuvent justifier une application publique de la pression sociale et qui peuvent valider les règles qu'on peut en déduire. De là, on devrait conclure que le corps de métier des professionnels de la justice a adopté une règle qui indique que ses membres partagent un comportement, soit qu'ils doivent exercer leur devoir judiciaire en conformité avec les exigences du droit, c'est-à-dire que leurs jugements doivent conserver le caractère de validité des lois qui les justifient. Cependant, même Hart reconnaît qu'il arrive assez fréquemment des cas « limitrophes » (« *penumbral* ») pour lesquels il est difficile d'appliquer une règle générale à un cas particulier. Il s'agit des cas où il y a un accord sur le sens général des mots d'une règle générale, mais de l'incertitude ou un désaccord quant à l'application particulière de ceux-ci :

Fact situations do not await us neatly labeled, creased, and folded, nor is their legal classification written on them to be simply read off by the judge. Instead, in applying legal rules, someone must take the responsibility of deciding that words do or do not cover some case in hand with all the practical consequences involved in this decision.²⁵

Ailleurs, il précisera que ce genre de situation est inévitable, qu'elle fait partie du fait humain et que le juge ne peut donc pas avoir recours à la déduction pour statuer sur un cas²⁶. Or,

²⁴ *Ibid.*, p. 116.

²⁵ H.L.A. Hart, « Positivism and the Separation of Law and Morals », *Harvard Law review*, vol.71, #4, 1958, p. 607.

²⁶ *Ibid.*, pp. 607-608

sans raisonnement déductif, comment obtenir un jugement légal valide? Dans la perspective de la loi comme règle sociale, est-ce que cela voudrait dire que, dans les cas difficiles, ni la règle de reconnaissance ni celles d'adjudication ne peuvent s'appliquer? Est-ce que cela impliquerait l'existence d'un comportement, partagé par la communauté des juges, qui indiquerait que, dans les situations où les règles ne s'appliquent plus, ils ont l'opportunité de choisir le sens qu'ils donneront aux mots? Oui et non, dira Hart. Selon lui, il est vrai que, dans plusieurs situations, le juge peut avoir plusieurs alternatives parmi lesquelles il est intimé de choisir et que cela lui confère un pouvoir discrétionnaire :

In these cases it is clear that the rule-making authority must exercise discretion, and there is no possibility of treating the question raised by the various cases as if there were one uniquely correct answer to be found, as distinct from an answer which is a reasonable compromise between many conflicting interests.²⁷

Pourtant, Hart ne signifie pas pour autant que le juge a toute la liberté d'agir selon ce que lui dicte sa conscience ; il doit toujours être conforme aux exigences de la règle d'adjudication, c'est-à-dire que son jugement doit rester valide et pragmatique, comme le laissent entrevoir les deux dernières citations. Toutefois, la question demeure : comment obtenir un jugement valide? La solution de Hart est de montrer que la discrétion judiciaire n'est « ni arbitraire ni mécanique » (« *neither arbitrary nor mechanical* »)²⁸, et de faire reposer celle-ci sur des principes contraignants qu'on pourrait appeler des « vertus judiciaires » tenant compte d'enjeux pragmatiques et moraux²⁹ :

[...] It is patent [...] that the open texture of law leaves a vast field for a creative activity which some call legislative. [...] At this point, judges may make a choice which is neither arbitrary nor mechanical; and here often display characteristic judicial virtues [...]. These virtues are: impartiality and neutrality in surveying the alternatives; consideration for the interest of all who will be affected; and a concern to deploy some acceptable general principle as a reasoned basis for decision.³⁰

²⁷ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, op. cit., p. 132.

²⁸ *Ibid.*, p. 204.

²⁹ *Ibid.*, p. 273.

³⁰ *Ibid.*, pp. 204-205.

C'est ici que le désaccord entre Dworkin et Hart devient apparent. Le cadre dans lequel les juges peuvent et doivent exercer leur discrétion implique une finalité extrajudiciaire. Cela signifie qu'ils doivent momentanément cesser d'appliquer la loi telle qu'elle est afin de l'appliquer telle qu'elle devrait être. Ce qui implique que le travail du juge ne s'appuie plus sur la description d'une règle sociale, mais sur une règle normative. Autrement dit, il vient de passer de l'univers légal à l'univers moral, ce qui fera dire à Dworkin que la règle de reconnaissance n'est pas un test définitif pour vérifier la validité des lois :

He proposes that thesis, and I deny it. The issue is important; upon it hinges the orthodox idea that legal standards can be distinguished in principle and as a group from moral or political standards. If the first thesis is right, then in every legal system some commonly-accepted test does exist for law, in the shape of a social rule, and this is enough to distinguish legal from moral rules and principles. But if the first thesis is false, then no such test exists.³¹

Dworkin contre le positivisme

Le positivisme légal suppose que la loi et la morale représentent deux univers normatifs différents. À son tour, cet écart entre la loi et la morale amène son lot de défis; comme la loi est indépendante de la morale, il faut expliquer son origine, ce que Hart arrive à faire en montrant que la loi est un phénomène social décrivant des règles sociales. Il faut aussi expliquer l'origine de l'autorité et de l'obligation, ce qu'on retrouve dans le contenu minimal de la loi naturelle, qui présente les raisons fondamentales qui justifient notre besoin de coopération : il faut garantir la survie de la communauté, ce qui n'est pas possible sans l'organisation sociale que représente la loi. Il faut pouvoir rendre compte de l'imperfection des langues naturelles et de la texture ouverte des concepts légaux, ce qui implique une bonne part d'interprétation de la part des juges, que Dworkin identifie comme une approche « conventionnaliste », de laquelle découle un certain type de pouvoir discrétionnaire. Pour être cohérent avec les thèses du positivisme légal, on devrait pouvoir reconnaître le caractère légal des choix discrétionnaires à l'aide de la règle de reconnaissance. Dans le cas contraire, si Dworkin a raison, alors le choix discrétionnaire s'avère être de nature morale, ce qui ébranlerait le positivisme légal, qui fonde sa force sur la séparation de la loi et de morale.

³¹ R. Dworkin, « Social Rules and Legal Theory », *The Yale Law review*, vol. 1(#5), 1972, p. 870.

Afin de résoudre ce problème, Hart propose une solution pragmatique : le pouvoir discrétionnaire est encadré par des principes de justices fondamentales opérant selon la même logique qu'une règle. Par exemple, dans la cause opposant Jean-François Morasse à Gabriel Nadeau-Dubois³², une des questions en litige auxquelles le juge Jacques devait répondre était celle-ci : « Est-ce que monsieur Gabriel Nadeau-Dubois est directement visé par l'ordonnance rendue par le juge Émond? »³³ Ayant déterminé que Nadeau-Dubois pouvait être en effraction de deux articles de loi, soit les articles 761 C.p.c et 50 C.p.c., et ayant disposé de l'art. 761 C.p.c, le juge Jacques conclut néanmoins que le défendeur pouvait être coupable d'outrage au tribunal en vertu du deuxième article, à condition de faire la preuve qu'il avait l'intention d'atteindre à l'autorité des tribunaux. Pour le juge Jacques, cette intention devient manifeste en regard d'une entrevue que le défendeur avait accordée à un grand média quelques jours plus tôt. Lors de cette entrevue, le journaliste interrogeait Nadeau-Dubois à savoir si le groupe qu'il représentait encourageait la désobéissance civile, ce à quoi ce dernier répondit que ce groupe pensait que le piquetage était un moyen légitime de manifester les décisions obtenues lors d'assemblées démocratiques. Pour le juge Jacques, l'expression « encourager la désobéissance civile » avait le même sens que « trouver légitime de prendre des moyens nécessaires pour faire respecter un choix démocratique ». Or, même si le magistrat reconnaît au défendeur le droit d'être en désaccord avec les ordonnances des tribunaux³⁴, il ne lui reconnaît pas celui d'y désobéir ou d'inciter à y désobéir. Comme la désobéissance civile est une activité criminelle, alors il concluait que le défendeur était coupable d'une « atteinte grave à l'autorité des tribunaux »³⁵. Un juge plus formaliste que l'Honorable Jacques aurait pu déterminer que les expressions « encourager la désobéissance civile » et « trouver légitime de prendre des moyens nécessaires pour faire respecter un choix démocratique » n'avaient pas le même sens et conclure à l'innocence du défendeur. Cet exemple³⁶, qu'on devrait accepter avec un peu d'indulgence, présente une occurrence où la texture ouverte des concepts légaux autorise le juge à faire un choix discrétionnaire. Dans une perspective hartienne, nous pourrions expliquer le choix du magistrat

³² *Morasse c. Nadeau-Dubois*, Cour supérieure du Québec, 200-17-016412-124, 1 novembre 2012.

³³ *Ibid.*, p. 12.

³⁴ *Ibid.*, [103], p. 18.

³⁵ *Ibid.*, [109], p. 19.

³⁶ On présente peut-être un peu imparfaitement cet exemple (le juge Jacques cite des précédents), mais nous pensons qu'il convient à notre explication.

en montrant que le dogme de l'autorité des tribunaux impose une contrainte sur son raisonnement : on ne peut défier l'autorité des tribunaux; Nadeau-Dubois a défié l'autorité des tribunaux, en conséquence il est coupable d'un crime. Dans ce cas, le juge avait effectivement un pouvoir discrétionnaire dans le choix du principe qu'il allait utiliser, mais, dans la mesure où l'autorité du droit est nécessaire à la paix publique, qui est la finalité de la loi, on ne peut pas dire qu'il applique le principe de façon arbitraire. Cependant, dira Dworkin, le problème n'est pas là, mais plutôt dans le fait que, selon les positivistes, une règle certifiant la validité du jugement devrait exister. Or, le contexte ne nous donne aucun critère « neutre » qui nous permettrait de déterminer si le choix discrétionnaire du juge était meilleur qu'un autre au regard de la loi. Le juge est donc laissé à lui-même, il est la loi.

En fait, si on imagine une discussion entre le juge Jacques et un collègue formaliste où les deux magistrats seraient en désaccord, Dworkin dirait peut-être que leur désaccord « [notre traduction] ne porte pas sur ce que la loi exige, mais plutôt sur la façon d'appliquer leur pouvoir discrétionnaire. Ils ne sont pas en désaccord à propos de la direction dans laquelle devrait aller leur devoir judiciaire, mais plutôt à propos de la façon dont ils devraient décider, puisque, à toutes fins pratiques, ils n'ont pas le devoir de décider une chose plutôt qu'une autre »³⁷.

Si Dworkin a raison, le fait que le désaccord entre juges ne porte pas sur la loi est troublant. En effet, rappelle-t-il, tout notre quotidien est enchâssé dans l'édifice judiciaire; les prisons sont pleines, les comportements nuisibles à la stabilité de la société justifient des lois d'exception, nous mesurons constamment la légalité de nos propres actions et celles des autres, etc. Ces jugements, y compris ceux qui concernent les règles secondaires et l'institution de la justice, impliquent pourtant que les membres d'une communauté partagent une même compréhension de ce qu'est la loi. Or, à la lumière des exemples que nous venons de donner et, compte tenu qu'une simple discussion à ce sujet peut dissiper l'illusion d'un « sens partagé » des concepts légaux, il semble difficile d'admettre, comme le supposent les positivistes et la règle de reconnaissance, que cela fasse l'unanimité.

³⁷ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Mass., 1977, pp. 68-69. « *This is the argument that when judges disagree about matter of principle they disagree not about what the law requires but about how their discretion should be exercised. They disagree, that is, not about where their duty to decide lies, but about how they ought to decide, all things considered, given that they have no duty to decide either way.* »

Ce désaccord n'est pas étranger à Dworkin, qui l'utilise comme un support à partir duquel il organise sa critique du positivisme. Celle-ci s'articule sur deux axes : l'axe sémantique ou descriptif, et l'axe du scepticisme. Dans le premier cas, Dworkin remarque que le « point de vue fondé sur les faits » (« *plain fact view* ») ne peut que mener à des désaccords portant sur l'usage correct du langage juridique et, plus précisément, sur le contenu qu'on devrait donner au concept de loi. Or, cela implique la croyance partagée par les membres de la communauté juridique qu'un « usage correct » existe et qu'il suffit de l'identifier pour résoudre le désaccord. Par ailleurs, comme « l'usage correct » ne peut être vérifié qu'à l'aune des faits, il en conserve certaines qualités déteignant sur la pratique judiciaire, qui s'appuie sur elles pour prétendre à l'objectivité, à la neutralité, à l'impartialité, à l'austérité, etc. En retour, cette « aura d'objectivité » qualifie négativement l'usage des jugements de valeur. Ces derniers n'étant pas objectifs, ils ne peuvent être valides non plus, ce qui confère à la moralité un air de caducité.

Dans ce qui suit, nous voudrions montrer que, selon Dworkin, la forme actuelle du positivisme légal mène celui-ci à une position intenable : ou bien le positivisme admet que la thèse sur laquelle il est fondé, soit la règle de reconnaissance, ne fonctionne pas dans les cas difficiles et que le positivisme est une théorie « inachevée », ou bien il se dissout dans une autre théorie légale plus à même de rendre compte de la complexité des réalités normative et juridique. À partir des axes sémantiques et sceptiques de la critique dworkinienne, nous présenterons la relation entre le positivisme légal et son approche interprétative, vue par Dworkin comme étant un conventionnalisme strict. Partant de là, nous chercherons à expliquer de quelle façon cette thèse interprétative ne peut que mener à la conclusion que le positivisme hartien, même s'il peut décrire le phénomène légal, est limité aux causes « ordinaires ». Reprenant les éléments clés de la critique dworkinienne de la discrétion judiciaire, nous montrerons ensuite de quelle façon le positivisme peut se sortir de ce faux pas, même si cela implique sa dissolution dans un conventionnalisme faible. À partir de ces éléments, nous serons plus à même d'éclairer les raisons qui ont poussé Dworkin à plaider en faveur d'une théorie générale de l'interprétation capable de rendre compte de l'unité des valeurs dans laquelle s'inscrit la thèse de la « bonne réponse ».

Boires et déboires du positivisme légal

Le positivisme légal de Hart repose en grande partie sur l'existence d'une règle ultime donnant les critères permettant de distinguer les normes à caractère légal de celles à caractère moral. La règle de reconnaissance, ainsi que les autres règles secondaires de changement et d'adjudication, garantit que le profane peut toujours identifier clairement la loi et les situations justifiant l'usage public de la force, ce qui lui permet de prévoir les conséquences de ses actions et d'organiser son existence en fonction de ses préférences. Par ailleurs, la règle de reconnaissance permet aux profanes comme aux professionnels de la justice de déterminer si ce qui justifie leurs actions ou celles de l'État est légal ou idéologique. De cette façon, Hart pouvait expliquer l'apparition et la stabilité de l'institution juridico-politique, mais aussi montrer que ces règles « corrigeaient » les déficiences inhérentes aux systèmes légaux primitifs. Il est important de souligner le caractère particulier de la règle de reconnaissance : elle n'est pas valide au sens strict, c'est-à-dire qu'elle ne dépend pas d'une règle antécédente, et son existence n'est pas simplement présumée, elle est factuelle :

[...] The assertion that it exists can only be an external statement of fact. For whereas a subordinate rule of a system may be valid and in that sense "exist" even if it is generally disregarded, the rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact.³⁸

Dans ce sens, on voit clairement que le positivisme légal s'inscrit dans le modèle naturaliste, une position philosophique qui cherche à justifier les propositions morales à partir de faits qu'on découvre, ce qui n'est pas sans impact sur la façon de concevoir la loi, c'est-à-dire comme un phénomène qu'on peut réduire à un ensemble de règles valides.

Ainsi, retournant notre attention sur les désaccords entre professionnels de la justice, on peut déduire que la loi est un phénomène historique possédant ses propres artefacts légaux. En cas de mésentente, on n'a qu'à faire l'archéologie des décisions valides afin de trouver une réponse définitive :

³⁸ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, op. cit., p. 110.

The law is only a matter of what legal institutions, like legislatures and city councils and courts, have decided in the past [...]. So questions of law can always be answered by looking in the books where the records of institutional decisions are written. [...] Every question of fidelity about what the law is still has a flat historical answer, though some have negative answers. The question of fidelity is replaced with a different question [...]. What should judges do in the absence of law?³⁹

Pour Hart, l'autorité du juge dépend du fait que les décisions de ce dernier soient justifiées par des règles valides (on pourrait dire que les pouvoirs judiciaires lui sont délégués par les décisions du passé), que le juge doit savoir appliquer. Comme nous le disions plus haut, il arrive que, dans certaines situations, la loi soit muette quant à la forme que devrait prendre le jugement ou que les règles générales ne puissent pas s'appliquer à des cas particuliers. Dans ces situations, on admet généralement la pertinence de la discrétion judiciaire : le langage de la loi étant imparfait, il appartient au juge de le corriger ou d'en préciser le sens. Cela présente deux problèmes : d'une part, le juge semble devenir un colégislateur, ce qui, dans plusieurs cas, ne cadre pas avec les règles secondaires⁴⁰. D'autre part, même si on acceptait que le juge soit un législateur, cela impliquerait que, dans les cas où la législation judiciaire est nécessaire, la loi s'appliquerait rétrospectivement⁴¹. Or, cela est contradictoire avec l'objectif principal du positivisme, soit celui d'organiser la société et de permettre aux membres de celle-ci d'organiser leur quotidien en fonction de leurs préférences. En effet, si des citoyens font appel à une cour de justice, c'est parce qu'ils n'arrivent plus à faire la distinction entre les conventions légales et les conventions morales, d'où l'utilité d'avoir recours à un professionnel. Alors la question reste entière : que devrait faire le juge en l'absence de loi ?

Hart concède l'existence d'une forme « douce » de pouvoir discrétionnaire. Dans les cas difficiles, lorsque les décisions passées ne donnent pas de réponse définitive aux professionnels de la justice, la loi peut être reconnue à l'aune des conventions sociales ayant force de loi; il s'agit pour le juge d'identifier, à travers la texture ouverte des concepts légaux, les normes générales qui pourraient être raisonnablement appliquées à une situation particulière. Il faut cependant remarquer ceci : dans la conception hartienne, le juge est créatif, mais cela n'implique pas qu'il

³⁹ R. Dworkin, *Law's Empire*, *op. cit.*, pp. 7-9.

⁴⁰ Ex. : La doctrine de la séparation des pouvoirs

⁴¹ L'exemple du juge Jaques dans *Morasse c. Nadeau-Dubois* l'illustre.

invente les normes générales. Si c'était le cas, il devrait possiblement modifier le sens premier d'un concept au point d'en changer la définition, ce qui le conduirait vers un jugement arbitraire. Au contraire, ajoute Hart, le sens d'un concept légal agit d'une façon analogue à une règle et fixe une « convention de langage » ayant pour effet de contraindre le jugement du magistrat. Par ailleurs, son travail d'interprétation créative est aussi enchâssé dans les pratiques de son corps de métier et exigeant de ses membres qu'ils soient raisonnables⁴², ce qui vient renforcer « l'aura d'objectivité » dont jouit la magistrature. Fort bien, dira Dworkin, mais, si le sens premier d'un concept, entendu comme un fait social⁴³, est une convention pouvant justifier que le juge corrige la loi et impose une norme légale, alors il y a lieu de poser la question suivante : qu'est-ce qu'une convention⁴⁴? Par ailleurs, cela n'implique-t-il pas que le juge doive fournir des arguments n'étant plus conventionnels, soit des arguments extra-légaux ?

Le conventionnalisme

La critique de Dworkin se construit à partir de l'analyse de la conception hartienne de ce qu'est la loi et à travers un cadre épistémologique particulier, soit le conventionnalisme. Celui-ci, que Dworkin décrit abondamment dans *Law's Empire*, s'avère être le produit du modèle naturaliste que nous décrivions plus tôt. En effet, le conventionnalisme suppose que la loi est rendue manifeste par le rôle que jouent certaines conventions sociales au sein d'une communauté. Plus précisément, cette façon de représenter ce qu'est la loi fait dépendre celle-ci de l'existence de deux types de règles (primaire et secondaire) dont le rôle est de permettre aux membres d'une communauté de distinguer le plus clairement possible ce qu'est la loi de ce qui ne l'est pas afin d'être en mesure de prédire de façon assez régulière quelles conséquences auraient leurs actions s'ils ne respectaient pas ces lois. Pour Hart, cette approche a le mérite de permettre une meilleure coordination sociale, mais Dworkin soulignera que cette conception des pratiques légales est plutôt fragile pour plusieurs raisons : le conventionnalisme ne reflète pas la pratique des juristes et il n'est pas suffisamment flexible. Le premier cas pose un problème dans la mesure où la validité des jugements formulés par les juges dépend de la force d'une règle secondaire qui ne semble pas pouvoir s'appliquer aux causes difficiles, ce qui impliquerait que, dans plusieurs cas,

⁴² H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, op. cit., pp. 204-205.

⁴³ Les juges conviennent tous d'utiliser le même « sens central » (les profanes aussi).

⁴⁴ R. Dworkin, *Law's Empire*, op. cit., pp. 120-122.

l'adjudication d'un magistrat ne serait pas valide au sens où l'entendait Hart⁴⁵. Cependant, la magistrature obéit à un devoir d'adjudication même dans les cas où le conventionnalisme échoue à décrire dans quel sens devraient aller les devoirs et obligations des juges. Or, si le conventionnalisme ne décrit pas convenablement la pratique des juges, peut-on affirmer que ceux-ci se conforment à une règle sociale? Si ce n'est pas le cas, est-ce qu'on peut toujours affirmer que l'existence des règles secondaires est une question de fait? Partant de là, si ce n'est plus un fait, peut-on encore parler de loi? Finalement, s'il n'est plus question de loi, de quelle nature sont les normes imposées par le pouvoir discrétionnaire des juges? Le deuxième cas, celui de la flexibilité, est tout aussi problématique. Si on répond par la négative aux questions que le premier cas soulève, alors il faut admettre que le conventionnalisme ne va pas assez loin. En effet, si la loi peut être réduite à un ensemble cohérent de règles valides, alors que faire lorsque les règles ne s'appliquent pas? Qu'est-ce que le juge devrait ajouter à son jugement afin de le rendre valide?

Les positivistes légaux insistent sur l'importance des conditions sous lesquelles une proposition légale est valide ; elle doit découler d'une convention légale et être prononcée par une autorité qu'on reconnaît compétente. Pour Dworkin, cela signifie que le juge conventionnaliste fonde son jugement sur une conception historique de la loi. En effet, lorsque ce dernier rend sa décision, il justifie celle-ci par une convention préexistante, elle-même fondée sur un précédent, etc. En conséquence, on peut dire que le juge conventionnaliste considère les causes présentes à la lumière du passé et de l'histoire juridique. Cependant, cette perspective ne peut rendre compte des cas difficiles, qui sont par définition originaux et que la législation passée ne peut éclairer, ce qui explique pourquoi on délègue un pouvoir discrétionnaire aux juges qui ont à les résoudre.

À partir de ces observations, Dworkin tire deux conclusions. D'abord, pour que l'institution juridique soit fonctionnelle et cohérente, les juges doivent toujours respecter les conventions légales, mais cela signifie aussi que seules les conventions légales peuvent prétendre au titre de « lois »⁴⁶. Or, comme les cas difficiles sont originaux, ils ne peuvent être compris à travers le prisme des conventions. En conséquence, la résolution des cas difficiles ne peut

⁴⁵ Les cas difficiles entraînent une confusion entre l'adjudication et la législation. Le juge cesse d'adjudiquer et son devoir le contraint à légiférer.

⁴⁶ R. Dworkin, *Law's Empire*, *op. cit.*, p. 116-117.

qu'être extra-légale. Pourtant, même dans les cas difficiles, le juge se prononce *ex cathedra* ; son jugement, même s'il n'est pas valide au sens reconnu par les positivistes, est normatif au sens légal, c'est-à-dire qu'il crée des devoirs et impose des obligations. Pour Dworkin, il semble évident que le juge utilisant sa discrétion n'est pas arbitraire ; il tient compte des précédents et des règles, mais il ne fait pas que les appliquer (il ne peut pas, c'est le propre des cas difficiles), il cherche plutôt à les interpréter de façon à rendre manifeste la cohérence du système juridique. Autrement dit, il cherche à les intégrer à ce qu'il considère comme étant le meilleur concept de loi possible. Même s'il se méprend sur la qualité de ce concept, il est d'ores et déjà dans une entreprise d'interprétation qui nécessite l'intervention de principes plus généraux ou supérieurs.

Cohérence stratégique et cohérence par principe

Ici, il faut faire une distinction importante entre ce que Dworkin appelle la « cohérence stratégique » (« *consistency in strategy* ») et la « cohérence par principe » (« *consistency by principle* »)⁴⁷. Les deux expressions réfèrent à la pratique professionnelle et aux méthodes par lesquelles un juge pourrait rendre raisonnables et valides ses décisions discrétionnaires. La première, la cohérence stratégique, se définit comme étant le souci qu'un magistrat mettra à faire en sorte que sa décision ait l'apparence d'être en continuité avec les précédents. Somme toute, il s'agit pour lui de montrer que, même si sa décision est discrétionnaire, elle fait partie de la loi, puisqu'elle en est le développement logique. Bref, son jugement particulier est indépendant, mais il tente de rester en phase avec les conventions. La deuxième expression répond de l'objectif plus large de montrer que les normes imposées par son jugement discrétionnaire sont vraies, puisqu'elles découlent des principes politiques qui justifient l'usage public de la coercition. Son jugement n'est pas complètement indépendant et il s'intègre aux convictions de sa communauté, lesquelles peuvent être vérifiées à travers l'analyse critique.

La recherche de cohérence stratégique que suppose le conventionnalisme est difficile à défendre parce qu'elle implique une modification des droits et des devoirs légaux qui prétendent être en phase avec les conventions passées, mais dont on ne peut vérifier la validité. C'est en ce sens que Dworkin soulignera que le pouvoir discrétionnaire des juges doit être entendu dans un

⁴⁷ *Ibid.*, p. 132.

sens fort; l'interprétation du juge est peut-être guidée par un désir de cohérence avec la règle, mais elle n'est plus légitimée par une autorité juridicopolitique dans la mesure où le juge peut invoquer d'autres facteurs pour contraindre son jugement, comme le sens commun des termes, l'application raisonnable d'une loi, les vertus judiciaires de Hart ou d'autres principes de justice fondamentale. Somme toute, le magistrat conventionnaliste adoptant la cohérence stratégique se place dans l'obligation d'ajouter de nouvelles justifications « conventionnelles » à chaque étape de son raisonnement afin de montrer pourquoi celui-ci est légal et non moral. Cela a pour conséquence de montrer que les conventions ont souvent besoin d'une valeur ajoutée dès qu'une cause excède leurs limites. Elles ne peuvent pas être « vraies » par elles-mêmes, et ce, même si la convention est reconnue par la communauté. Par ailleurs, le juge conventionnaliste, même s'il jouit d'une discrétion assez forte, cherchera toujours à justifier ses jugements par l'existence d'une règle antécédente, ce qui le prive de la possibilité de critiquer le système juridique. C'est dans ce sens qu'on peut dire que le conventionnalisme ne possède pas assez de flexibilité pour rendre compte de la complexité de la réalité normative⁴⁸. Incidemment, cela montre aussi toute l'importance de l'arrière-plan moral dont il était question plus tôt.

Or, c'est précisément ce défaut que la conception dworkinienne de la loi comme intégrité cherche à corriger. En recherchant la cohérence par principe, il est possible de résoudre un dilemme légal en invoquant des principes politiques ayant déjà droit de cité dans la communauté. Cependant, rappellera Dworkin, c'est précisément ce que rejette le positivisme légal : pour ce dernier, les droits et les obligations découlent des règles légales, pas de principes moraux⁴⁹. En fondant une conception de la loi sur la notion d'une séparation entre la loi et la morale, le positivisme légal se prend au piège de la « moralité conventionnelle » (« *conventional morality* »)⁵⁰, piège duquel il ne peut se libérer, au risque de se dissoudre dans une conception de la loi plus complète, soit en acceptant que les droits et les obligations puissent aussi découler de

⁴⁸ On pourrait approfondir ce point en abordant l'analyse comparée entre le conventionnalisme et le pragmatisme que fait Dworkin dans *Law's Empire*. Le juge conventionnaliste étant dépendant des précédents, et l'objectif de ceux-ci étant de stabiliser la société, ce n'est qu'au prix de plusieurs efforts qu'il pourrait corriger une loi ayant des conséquences néfastes. Le pragmatiste, étant plutôt tourné vers les besoins immédiats et futurs de la société, est moins prisonnier du précédent et plus à même d'affecter des changements importants. Le conventionnalisme offre plus de prédictibilité, mais au prix de la flexibilité, alors que le pragmatisme est plus flexible, mais plus sensible à l'angélisme, ce qui rend la prévision difficile.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 134.

⁵⁰ R. Dworkin, « Social Rules and Legal Theory », *op. cit.*, p. 862.

la moralité *consensuelle* ou *convergente* (« *concurrent morality* »)⁵¹, qu'on pourrait définir comme étant l'ensemble des convictions partagées par une communauté, mais n'incluant pas nécessairement les conventions de cette communauté. Par exemple, Stéphane Gendron, le maire de Huntingdon annonçait il y a quelque temps qu'il avait l'habitude d'écraser des chats errants avec son camion. Beaucoup de gens pensent sans doute qu'il s'agit d'un comportement sadique, mais ce comportement n'est pas sadique parce que la loi interdit la cruauté animale (ce serait un cas de moralité conventionnelle : on comprend qu'invoquer la règle ne paraît pas suffisant pour illustrer le caractère immoral de l'acte du maire ; on arriverait à la même conclusion si on justifiait que l'acte est cruel par un appel à la majorité), il l'est par conviction. Dworkin renverse la théorie hartienne qui défendait que la moralité était contingente à la légalité⁵² et montre, au contraire, que les cas difficiles ouvrent un « espace » normatif que ni le modèle naturaliste ni la règle de reconnaissance n'arrivent à décrire en termes de conventions valides.

Dans cet « espace », la règle ne suffit pas à justifier un jugement, le juge doit avoir recours à des arguments ayant plus de poids. Cela s'explique, selon Dworkin, pour la raison que le modèle utilisé par le positivisme légal afin de décrire la réalité juridique, le conventionnalisme, est sans doute en mesure de rendre compte de la validité d'une règle en regard des faits, mais il n'arrive pas à tenir compte de la valeur ou du poids (« *weight* ») des principes moraux nécessaires à la cohérence de la théorie morale dans laquelle s'inscrit l'institution légale :

[...]when lawyers reason or dispute about legal rights and obligations, particularly in those hard cases when our problems with these concepts seem most acute, they make use of standards that do not function as rules, but operate differently as principles, policies, and other sorts of standards.

⁵¹ R. Dworkin, « Social Rules and Legal Theory », *op. cit.*, p. 862. L'expression ne se traduit pas facilement, mais c'est celle qu'on retrouve dans *Prendre les droits au sérieux*, p. 118. Dans les mots de Dworkin : « *A community displays a concurrent morality when its members are agreed in asserting the same, or much the same, normative rule, but they do not count the fact of that agreement as an essential part of their grounds for asserting that rule.* » Les membres d'une communauté pourraient partager des convictions, mais les actions en découlant ne seraient pas justifiées par l'existence d'une convention. Par exemple, on ne justifierait pas l'interdiction de consommer de l'héroïne par la loi qui l'interdit ou encore on ne considérerait pas la convention comme un argument suffisant pour critiquer une pratique controversée. Dans *Devlin and the Enforcement of Morals*, Dworkin met l'accent sur l'importance de bien distinguer les controverses morales de celles qui les parasitent, comme les appels au clan ou à la popularité, les préjugés, les appels aux faits, etc. La distinction entre la moralité conventionnelle et la moralité convergente s'inscrit dans la même foulée.

⁵² Il doit y avoir un contact minimum avec la moralité, mais celle-ci n'est pas nécessaire à la cohérence opérationnelle du système légal.

Positivism, I shall argue, is a model of and for a system of rules, and its central notion of a single fundamental test for law forces us to miss the important roles of these standards that are not rules.⁵³

Ces principes ou standards moraux ne fonctionnent pas selon la même logique que les règles, qui sont mutuellement exclusives⁵⁴, mais ils sont néanmoins constitutifs de notre univers moral dans un sens qui va au-delà de leur utilité sociale : ils forment l'arrière-plan moral qui supporte nos jugements en nous indiquant quels sont les faits pertinents et ceux qui ne le sont pas. À ce titre, on ne peut en vérifier la validité ni l'objectivité de la même façon qu'on le ferait avec une règle devant s'accorder sur un fait. En effet, les principes dont parle Dworkin sont des concepts interprétatifs qui n'ont pas d'écho dans le monde réel, leur objectivité n'est pas factuelle, ce qui ne signifie pas qu'elle soit d'une origine indépendante et mystérieuse⁵⁵ : « [notre traduction] Une proposition interprétative est vraie parce que les raisons pour l'accepter sont meilleures que les raisons pour accepter une proposition interprétative concurrente. »⁵⁶

Concepts et interprétation

Avant d'aller plus loin, il faut préciser le sens que donne Dworkin aux notions de « concept » et de « conception ». Le mot « concept » renvoie au sens le plus simple qu'on puisse donner à un concept. Par exemple, on ne pourrait pas confondre « droits » avec « fruits ». Si on devait avoir une discussion sur la Déclaration universelle des droits de l'homme avec quelqu'un souhaitant parler de fruits, la discussion n'aurait aucun sens. À l'évidence, un accord minimal à propos du sens original des concepts est donc nécessaire. Cependant, on pourrait avoir une discussion sur la meilleure conception du concept « droits ». Par exemple, quelqu'un pourrait penser que les droits découlent du sang, du territoire ou de la culture, alors qu'un autre défendrait plutôt que l'origine des droits est dans les aspirations individuelles à faire une bonne vie. Par là, on comprend alors que ce que Dworkin appelle un « concept » ne tolère pas ce qu'on pourrait appeler la

⁵³ R. Dworkin, « The Model of Rules », *The University of Chicago Law Review*, Vol. 35, (#1), 1967, pp. 22-23.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 25. « Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision ». À ce sujet, on peut aussi rappeler ce que Dworkin appelle la « thèse de bivalence » (« *bivalence thesis* »).

⁵⁵ On pense à la thèse de J. Mackie qu'il présente dans *Ethics : Reinventing Right and Wrong*, 1977.

⁵⁶ R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Belknap Press of Harvard University Press, Mass., 2011, p. 54. « A true interpretive claim is true because the reasons for accepting it are better than the reasons for accepting any rival interpretive claim. ».

« compétition sémantique » sans que soit compromis le sens même d'une discussion. De l'autre côté, au contraire, ce qu'il appelle la « conception » est propice à la compétition sémantique et elle contient de façon latente un fort potentiel à la controverse.

Pour Dworkin, ce qui justifie la distinction entre « concept » et « conception », c'est la nature particulière de certains concepts qui seraient parfois critériels, naturels et interprétatifs. Comme nous le verrons plus loin, les concepts interprétatifs jouent un rôle fondamental dans les thèses dworkiniennes pour la raison qu'ils doivent être compris d'une autre façon que par des définitions partagées par tous les interlocuteurs. Par exemple, si un décorateur d'intérieur suggérait à son client de peindre son salon en avocat, on serait surpris de voir le client revêtir la robe et l'épitoque pour repeindre son salon. Pour corriger la situation, on aurait simplement à clarifier la définition de « avocat » ou à préciser l'objet. De cette façon, tous les interlocuteurs auraient la même compétence au moment d'utiliser le concept « avocat » et les désaccords se régleraient facilement. Au contraire, le sens qu'on donne aux concepts interprétatifs ne dépend pas simplement d'une définition ou d'un objet, mais de pratiques normatives. Des interlocuteurs pourraient s'entendre sur le « concept », mais être en profond désaccord sur la « conception » la plus pertinente de ce concept. Or, cette « meilleure conception » doit nécessairement être justifiée par des arguments normatifs, puisqu'il faut expliquer pourquoi on croit qu'il s'agit de la meilleure conception parmi toutes les conceptions concurrentes. Au chapitre des concepts interprétatifs, on retrouve évidemment la morale et ce qui en découle, la loi.

We share an interpretive concept when our collective behavior in using that concept is best explained by taking its correct use to depend on the best justification of the role it plays for us. [...] We share these concepts, as I said, not because we agree in their application once all other pertinent facts are agreed upon, but rather by manifesting an understanding that their correct application is fixed by the best interpretation of the practices in which they figure.⁵⁷

Il est important de souligner le caractère public des concepts interprétatifs. En effet, étant donné que leur sens se dévoile toujours par la controverse, leur nature est fondamentalement délibérative. Les chapitres 2 et 3 y seront consacrés.

⁵⁷ *Justice for Hedgehogs, loc. cit.*, pp. 166-168.

Hormis les concepts interprétatifs, Dworkin identifie deux autres types de concepts avec lesquels le positivisme légal arrive à travailler : les concepts « critériels » (« *crierial* ») et « naturels » (« *natural* »). Les concepts critériels sont définitionnels ; pour régler le désaccord, il faut s'entendre sur une définition commune, alors que les concepts naturels réfèrent à des objets naturels. Dans les deux cas, il y a un accord sur le type de test dont nous aurions besoin pour résoudre un problème, que ce soit en identifiant une définition commune permettant une lecture commune des faits ou que ce soit en comparant les propriétés naturelles d'un objet donné⁵⁸ :

However, criterial and natural-kind concepts do have something important in common. People do not share a concept of either kind unless they would accept a decisive test - a kind of decision procedure - for finally deciding when to apply the concept [...]. Genuine disagreement about application is ruled out once all pertinent facts are agreed upon.⁵⁹

Cependant, les concepts interprétatifs sont d'une autre nature : nous les partageons, mais seulement dans la mesure où ils semblent cohérents avec notre compréhension du monde. En conséquence, s'il y a controverse, elle est à propos de la « meilleure compréhension du monde », et, pour ce genre de situation, nous ne possédons pas de test décisif, accepté par tous, qui nous permettrait d'identifier si, oui ou non, une « compréhension du monde » est la meilleure parmi plusieurs. La typologie dworkinienne des concepts et de leurs distinctions est fondamentale dans la réflexion que fera Dworkin à propos de l'objectivité des propositions morales. Pour l'instant, on peut se contenter de spécifier que l'absence d'un consensus à propos d'un test de validité des concepts interprétatifs prive ceux-ci de « l'aura d'objectivité » dont peuvent se prévaloir les positivistes légaux, puisqu'ils sont toujours potentiellement controversés. Autrement dit, les concepts interprétatifs ne peuvent pas être neutres ni impartiaux, c'est pourquoi on les compare souvent à des jugements subjectifs, fort peu propices à la pratique juridique. En admettant qu'un juge conventionnaliste ait à résoudre une cause difficile, il ne peut avoir recours aux concepts critériels ni aux concepts naturels, puisqu'ils sont exclus par ce genre de cause⁶⁰. Il devrait donc rendre une décision à partir d'une appréciation des concepts interprétatifs pertinents à cette cause.

⁵⁸ Dworkin parle d'un lion et de « lionitude ». En cas de désaccord sur ce qu'est un lion, on pourrait identifier une réponse par un test d'ADN.

⁵⁹ R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *op. cit.*, p. 160.

⁶⁰ Une cause pouvant être résolue par l'usage de concepts critériels ou naturels présenterait peu ou pas de controverse. Elle ne pourrait pas faire partie de la catégorie des « causes difficiles ».

Or, afin d'y arriver, il ne pourrait pas avoir recours à un raisonnement déductif à partir de règles générales, ce qui signifierait, à toutes fins pratiques, qu'il rejette le conventionnalisme.

En somme, Dworkin indique que le conventionnalisme ne représente pas la pratique, pour la raison qu'un juge conventionnaliste aux prises avec une cause difficile pourrait affirmer que la loi ne peut pas y être appliquée, mais que, conformément à son devoir, il doit quand même offrir une solution qui tienne compte de l'esprit de la loi et des besoins de la communauté. Or, cette réflexion extra-légale ne porterait plus sur les conventions, mais sur la conception de ce qu'est la loi elle-même, que le jugement du juge chercherait à représenter le mieux possible et pour laquelle, rappelons-le, il n'existe pas de test certificateur. Cependant, la magistrature n'agit pas de cette façon. Elle cherche plutôt à montrer que le jugement est toujours légal en le subsumant à des principes agissant comme des règles. Bref, le juge véritablement conventionnaliste pourrait afficher une volonté législative décomplexée et choisir l'approche de la cohérence par principe, alors que le « positiviste conventionnaliste » est tenu d'essayer de justifier l'usage de son pouvoir discrétionnaire par des arguments conventionnels. Évidemment, l'affirmation d'une volonté législative décomplexée marquerait aussi la fin du conventionnalisme, rappelle Dworkin⁶¹, parce que le magistrat « décomplexé » admettrait en même temps que les droits et les devoirs légaux peuvent ne pas découler de règles valides, comme le prétend le conventionnalisme. Par ailleurs, Dworkin montre que, pour réaliser l'objectif politique du conventionnalisme, soit de garantir la pérennité de la société en construisant un système judiciaire prévisible, celui-ci doit pouvoir aller puiser le droit à d'autres sources que celle des conventions légales, ce que propose de faire le pragmatisme.

Le pragmatisme

Pour le pragmatisme, les droits et les devoirs sont instrumentalisés au profit d'une conception de la société telle qu'elle devrait être. En ce sens, les droits ne sont que des outils stratégiques soumis aux diktats des besoins de la communauté. Conséquemment, le pragmatisme suppose que les droits dépendent d'intérêts extérieurs à la légalité, c'est pourquoi Dworkin placera le pragmatisme au rayon du scepticisme :

⁶¹ R. Dworkin, *Law's Empire*, *op. cit.*, p. 135.

According to pragmatism what we call legal rights are only the servants of the best future: they are instruments we construct for that purpose and have no independent force or ground.⁶²

Pour le juge pragmatiste, la validité d'une proposition légale peut être vérifiée à l'aune d'une intention plus politique que conventionnaliste ; si le jugement sert l'intérêt collectif, dont la définition appartient au juge, alors la norme qu'il imposera pourrait être justifiée. Selon Dworkin, l'approche conséquentialiste propre au pragmatisme fait de celui-ci une meilleure conception que le conventionnalisme dans la mesure où le pragmatisme offre plus de flexibilité. En effet, la finalité du pragmatisme étant politique, soit de satisfaire les besoins d'une communauté, ce dernier est moins tenu que le conventionnalisme à respecter les précédents. Lors de controverses quant au sens à donner aux jugements antérieurs, le juge pragmatiste a suffisamment de latitude pour choisir l'interprétation qui lui sied le mieux en fonction de ses objectifs et sans avoir à justifier sa décision par une interprétation stricte des précédents. À première vue, le pragmatisme semble avoir tout le caractère d'une conception qui valoriserait le jugement arbitraire ou l'élitisme éclairé. Cependant, dans la mesure où les objectifs du conventionnalisme, c'est-à-dire la capacité de reconnaître les normes légales et celle de pouvoir prédire les conséquences, servent la cause du pragmatisme, soit de « bien » organiser la communauté ; trop de décisions arbitraires de la part des juges pragmatistes pourraient nuire à l'objectif de ce dernier.

Dans cette perspective, il semble assez clair pour Dworkin que le pragmatisme privilégie une recherche de cohérence stratégique à laquelle les droits et les devoirs sont subordonnés dans un sens particulier. En effet, le conventionnalisme justifiait l'imposition de normes légales à partir du fait que celles-ci étaient l'expression de règles sociales acceptées par les membres d'une communauté. Si le raisonnement juridique s'appuyait sur des conventions légales généralement acceptées, alors sa conclusion devait nécessairement être acceptée aussi. Toutefois, le caractère conséquentialiste du pragmatisme implique qu'il considère que les règles, les droits et les devoirs entérinés par la communauté ne sont que les instruments permettant de réaliser une conception plus ou moins privée de ce que devraient être la justice et le bien de la communauté, etc. En ce sens, si Dworkin reconnaît que le pragmatisme est plus flexible que le conventionnalisme, il ne

⁶² *Ibid.*, p. 160.

reconnaît pas qu'il soit suffisant, pour la raison qu'il est justifié par une idée de la communauté qui ne représente pas la communauté elle-même. Autrement dit, un juge pragmatiste pourrait disposer d'un cas difficile en invoquant des principes de justice qui servent, selon lui, le bien commun, mais qui ne tiennent pas compte de ce que la communauté elle-même interprète comme étant le bien commun ni à ce qu'on pourrait peut-être appeler le « sens de la justice » de la communauté. En fait, Dworkin reproche au pragmatisme de n'être pas assez engagé dans ce qu'il appelle l'intégrité politique, qui réfère à la recherche d'une cohérence par principe, propre au modèle constructiviste favorisé par Dworkin.

La thèse de la bonne réponse de Dworkin s'organise autour de la recherche d'une cohérence par principe tenant compte à la fois de l'identité politique et morale d'une communauté. Ici, il faut comprendre que par « identité » on ne réfère pas simplement aux traits culturels d'une société ni à un courant nationaliste identitaire, mais plutôt à la personnalité d'une communauté entendue comme étant un phénomène se construisant au fil du temps, ayant des préférences et, surtout, des convictions. Pour Dworkin, l'erreur du positivisme légal est de réduire cette personnalité à un ensemble de règles et de conventions ou à un être purement rationnel et stratégique, ce qui, dans un cas comme dans l'autre, correspond à certains aspects de la réalité normative du commun des mortels, sans toutefois les rejoindre et sans tenir compte de l'exigence de cohérence, ce que Dworkin appelle l'intégrité, propre à l'existence morale et nécessaire à la vie en société.

Conclusion

L'objectif de ce chapitre était de montrer l'influence du scepticisme moral imposé par la modernité juridique sur la pratique juridique, plus particulièrement en ce qui concerne le positivisme légal de Hart et le pouvoir discrétionnaire qu'il implique. Nous avons brièvement abordé l'histoire de la pensée juridique en défendant l'idée que la Modernité politique avait remorqué avec elle une nouvelle façon de pratiquer le droit, fondée sur la souveraineté et l'État, s'appuyant sur une évaluation des besoins d'une collectivité, qu'ils relèvent d'une justice répressive ou distributive⁶³. Nous avons tenté d'expliquer de quelle façon le passage à la

⁶³ Nous aurions voulu aborder l'histoire de la pensée juridique à partir des travaux de Michel Villey ou de Philippe Raynaud, mais cela nous aurait amené ailleurs.

modernité juridique est venu modifier la façon dont on évaluait la pertinence de l'expérience morale dans le quotidien humain, reléguant celle-ci au rayon des expériences subjectives incapables de fournir de réponses définitives aux dilemmes moraux. Abordant ensuite la critique hartienne du positivisme légal classique, nous avons démontré que le positivisme légal de Hart, qu'il décrivait lui-même comme étant une sociologie du droit, n'arrive pas à rendre compte des causes difficiles pour deux raisons principales: d'abord, le pouvoir discrétionnaire du juge ne peut produire de jugements valides au sens où Hart l'entendait. Ensuite, cette situation crée une confusion entre l'adjudication et la législation, faisant du juge un colégislateur, avec le lot de problèmes qui accompagne cette situation. Par ailleurs, le scepticisme moral inhérent au positivisme légal, qu'il soit classique ou moderne, s'avère être lui-même normatif au sens où son intégration à l'esprit moderne incite les gens à penser que le relativisme est une façon naturelle d'évaluer les jugements moraux⁶⁴, ce qui présente les défauts du positivisme légal, comme la réduction de l'identité de la communauté à un ensemble de règles et la législation judiciaire, comme étant naturels et inévitables.

Dans les pages qui suivent, nous tenterons de présenter l'alternative que propose Dworkin, c'est-à-dire démontrer la possibilité d'identifier une « bonne réponse » lors de la résolution de dilemmes normatifs, qu'ils soient moraux, législatifs ou juridiques. Cette thèse a soulevé plusieurs controverses, tant du côté du droit que de celui de la métaéthique. Certains y ont vu différentes expressions de théories de la loi naturelle, d'autres ont perçu une charge contre le cynisme juridique, une critique de Hart fondée sur une très mauvaise compréhension du positivisme légal ou du scepticisme externe de Mackie. Pourtant, Dworkin lui-même s'est toujours défendu d'avoir cherché à fonder la thèse de la bonne réponse sur une quelconque ontologie morale affirmant ou pas l'objectivité des jugements moraux. Allant même jusqu'à souligner, non sans une certaine impatience, que la thèse de la bonne réponse était une thèse ordinaire reposant sur l'observation de l'expérience ordinaire. En somme, la thèse de la bonne réponse n'est pas une thèse métaphysique ; elle prétend cependant être en mesure de fournir un critère par lequel un juge pourrait filtrer les jugements moraux à sa disposition pour ne retenir

⁶⁴ Le modèle naturel peut s'appliquer au réalisme moral et au scepticisme moral. Le premier soutient que la façon la plus adéquate de décrire le monde est de lui adjoindre des propriétés morales. Le second affirme que la façon la plus adéquate de décrire le monde est d'affirmer que ces propriétés morales n'existent pas. Dans les deux cas, la validité d'un jugement moral dépend d'une ontologie morale, ce que critique Dworkin.

que les plus justes. À toutes fins pratiques, ce critère lui permettrait de valider l'adjudication lors des causes difficiles impliquant des droits, ce qui limiterait la portée de son pouvoir discrétionnaire et corrigerait le positivisme légal contemporain. C'est à la présentation de ce critère, soit ce que Dworkin appelle l'intégrité, que ce deuxième chapitre sera consacré.

Chapitre 2 : Les scepticismes

Dans ce chapitre, nous voudrions présenter les réflexions que fait Dworkin sur la question du scepticisme interne et de ses implications dans le discours moral, notamment sur le plan des désaccords moraux. L'examen du scepticisme interne montre que celui-ci est le seul scepticisme valable et permet de dévoiler l'existence de paradigmes nécessaires à l'interprétation des concepts moraux. Pour Dworkin, ces paradigmes tracent les limites de l'interprétation, d'une part, mais dénotent aussi l'existence d'un accord interprétatif - un « consensus brut »⁶⁵, d'autre part. Comme nous le verrons, cet accord se réalise sur deux axes, soit celui de l'éthique et de la morale. À eux deux, ces axes nous permettront de comprendre comment Dworkin conçoit les désaccords moraux et pourquoi il conclut à la possibilité d'une bonne réponse, ce qui signifierait que les cas difficiles sont bien moins fréquents qu'on ne le pense.

Critique de l'externalisme

« Le scepticisme externe devrait disparaître du paysage philosophique. Nous ne devrions pas regretter sa disparition [traduction]⁶⁶. » Ces mots, très durs, que prononce Dworkin à l'endroit de l'externalisme s'inscrivent en faux avec l'idée généralement reçue que tout ce qui n'appartient pas au discours scientifique ou à la logique est nécessairement frappé du sceau de la subjectivité et du relativisme. Pour Dworkin, au contraire, l'expérience morale est indépendante de la science et elle devrait être envisagée comme étant un domaine autonome, capable de produire des jugements prescriptifs n'étant pas à la remorque de jugements descriptifs qui viendraient les justifier. S'inspirant des observations de David Hume, il soutiendra que les thèses externalistes, soit celles prétendant pouvoir décrire l'expérience morale de façon neutre et désengagée de celle-ci, n'étaient que des thèses internalistes qui s'ignoraient. En sonnant le glas de l'externalisme, Dworkin montre que la prétention de la métaéthique, soit de décrire l'expérience morale par des jugements de second ordre, est mal avisée voire inutile. En effet, si Dworkin a raison, alors toute description de la morale dépendrait d'une théorie de premier ordre sur ce que devrait être la morale. En retour, cela signifierait que les théories morales dépendent toujours d'un choix du théoricien qui, de façon consciente ou inconsciente, défendrait que sa conception de ce qu'est la

⁶⁵ R. Dworkin, *Law's Empire*, loc. cit., pp. 108-109.

⁶⁶ R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Belknap Press of Harvard University Press, Mass., 2011, p. 68.

morale est meilleure que les conceptions concurrentes. En somme, le discours moral serait toujours fondamentalement controversé et profondément engagé dans la communauté, puisque le propre de la controverse, c'est d'être publique.

Cependant, avant de nous lancer dans ce qui fait dire à Dworkin que la bonne réponse d'un dilemme moral ne dépend pas d'une démonstration mais d'une plaidoirie, il importe d'explorer la filière des scepticismes externe et interne. En effet, la critique dworkinienne de l'externalisme est le prolongement de la critique du positivisme légal, qui concluait que c'était une erreur de faire reposer la valeur de vérité des jugements juridiques exclusivement sur des faits simples, qu'il s'agisse de conventions légales ou des besoins d'une communauté. En fait, disait Dworkin, le juge ne peut pas complètement s'extirper de la loi au moment où il formule son jugement. Il ne peut être complètement extralégal, il doit nécessairement construire son jugement en fonction de ce qu'il conçoit comme étant la meilleure interprétation de ce qu'est la loi, entendue comme un concept interprétatif et non comme un concept critériel. Dworkin fait une observation analogue en ce qui concerne l'externalisme : le sceptique externe, qu'il appelle aussi l'archimédien, ne peut pas s'extraire complètement de l'univers moral, il doit pouvoir s'appuyer sur une théorie morale de premier ordre portant sur ce que requiert la meilleure conception possible de ce qu'est la morale.

En présentant la loi comme étant un phénomène social, le positivisme légal fait reposer celle-ci sur un système de règles fondées sur la manifestation publique de valeurs partagées par les membres d'une collectivité. Dans cette perspective, il semble naturel de supposer que la loi devrait être appliquée selon le caractère public des faits, c'est-à-dire sans trop y mélanger des éléments subjectifs issus de la sphère privée ou convictionnelle. C'est aussi à partir de cette conception qu'on justifie l'usage des pouvoirs publics contre les individus ayant heurté les « valeurs publiques » d'une communauté.

Comme nous l'avons expliqué au chapitre précédent, ce clivage entre le caractère public de la loi et celui privé de l'éthique est problématique parce qu'il rend difficile l'identification de la justice et des sources du droit dans les cas difficiles, ce qui explique pourquoi le positivisme légal reconnaît la nécessité du pouvoir discrétionnaire des juges et qu'il accepte les conséquences que

cela implique. Lors de cas difficiles, le juge ne peut être conventionnaliste, c'est-à-dire qu'il ne peut identifier la loi exclusivement par les textes et les décisions antérieures. Il ne peut pas non plus être strictement pragmatique en cherchant unilatéralement une source de droit dans les besoins de sa collectivité sans tenir compte de l'histoire de celle-ci. De plus, en considérant la loi comme étant un système indépendant de la morale, il ne peut pas plus identifier des critères qui lui permettraient de choisir la théorie la plus juste entre le conventionnalisme et le pragmatisme. En somme, la séparation de la loi et de la morale fait disparaître le plancher sur lequel le juge pourrait baser son jugement.

Cependant, rappelle Dworkin, ce n'est pas complètement le cas : le juge ne peut rester indéterminé, il doit poser un jugement. La question que posera Dworkin, c'est : comment fait-il pour poser un jugement? À partir de quel « sol » ou support le magistrat peut-il justifier l'adjudication? Il y a, bien sûr, le pouvoir discrétionnaire, mais même celui-ci ne peut pas opérer en vase clos. Il ne peut pas être « moralement neutre » : si le juge crée une loi, c'est parce qu'il a une conception de celle-ci qui intègre la règle et la justice, ou la loi et la morale, et à partir de laquelle il peut justifier l'imposition d'un devoir ou une obligation.

Dworkin tirera deux conclusions de ces observations. D'une part, la séparation de la loi et de la morale aboutit nécessairement à leur intégration; la loi et l'obéissance à celle-ci doivent ultimement être justifiées par la morale. Aussi bien affirmer que la dichotomie loi-morale est inutile. D'autre part et en corollaire, le scepticisme moral inhérent au positivisme légal n'est jamais absolu; il n'y a pas de conception « moralement neutre » de la loi, mais il peut y avoir des conceptions « moralement concurrentes » de celle-ci. C'est ce qui fera dire à Dworkin que, lorsque des juges sont en désaccords sur la façon de résoudre des cas difficiles, leur désaccord ne porte pas sur la loi à appliquer, mais sur des conceptions « moralement concurrentes » du concept de loi. L'erreur du positivisme légal⁶⁷ est de tenter de définir la loi en supposant que le concept de loi est un concept critériel, alors qu'il serait plutôt un concept interprétatif, selon Dworkin.

⁶⁷ Nous utilisons l'expression dans son sens le plus large, mais nous pourrions le préciser. Pour Austin, par exemple, il y a une adéquation entre la volonté du souverain et la loi. En conséquence, il faut obéir à la loi, même si elle est injuste. Pour Hart, la loi est un fait social s'incarnant dans une règle dont il faut interpréter le sens, ce qui implique une conception sémantique de la loi. Ainsi, l'application de la loi dépendrait du sens qu'on donne à la règle. Dans un cas de législation judiciaire, cela impliquerait que les droits politiques découleraient de la règle et non l'inverse.

En effet, si le concept de loi est exclusivement critériel, c'est-à-dire si on prétend pouvoir le définir en ayant recours à des critères ou des arguments indépendants de la morale, alors on se prive d'un outil qui serait nécessaire pour déterminer laquelle parmi deux conceptions différentes de la loi est la plus juste ou la meilleure. Par exemple, dans le débat entourant le projet de loi 60 devant consacrer la forme que prendra la laïcité québécoise, deux conceptions de la loi s'affrontent. D'une part, les défenseurs du projet de loi 60 estiment que l'État doit promouvoir la paix publique et qu'en ce sens une loi répressive (au sens où elle interdit un certain comportement) est justifiée si elle affirme un droit collectif. D'autre part, les détracteurs du même projet de loi croient au contraire que le rôle de l'État est de garantir la réalisation de soi, ce qui passe nécessairement par la protection des identités et des droits individuels qui en découlent. En ce sens, une loi répressive préjudiciable à un droit individuel ne leur semble pas justifiée. Admettons, par hypothèse et sans tenir compte de la jurisprudence, que ce cas soit saisi par la Cour suprême, comment le parquet pourrait-il choisir entre le droit démocratique d'une majorité à s'autodéterminer et les droits individuels de citoyens cherchant à être protégés de cette majorité? Si notre magistrat hypothétique choisit de considérer le concept de loi de façon critérielle et si la loi indique qu'il faut tenir compte d'un droit comme de l'autre, alors comment résoudre le dilemme entre les deux d'une façon neutre et impartiale sans avoir recours à des arguments moraux? Dans ce genre de situation, les positivistes hartiens répondraient qu'il y a tout un éventail de réponses possibles qui puiseraient à la fois dans la jurisprudence et dans la pratique, mais qu'il serait impossible de déterminer laquelle serait la meilleure. C'est la thèse de « l'absence de bonne réponse »⁶⁸. Pour Dworkin, cette façon de comprendre les choses table sur une mauvaise conception de la relation entre la morale et l'objectivité: c'est une erreur, dit-il, de penser que la valeur de vérité d'un jugement moral est dépendante d'une démonstration indépendante à la morale elle-même. Pour lui, cette erreur serait à l'origine de l'importance et de la valeur qu'on accorde au scepticisme moral dit externe et aux thèses métaéthiques, qui prétendent pouvoir évaluer et décrire l'expérience morale à l'aune de critères indépendants.

Afin de faire apparaître cette erreur, Dworkin en examinera les tenants et aboutissants en tenant compte du rôle que joue l'objectivité dans ce qu'on pourrait appeler la conception ordinaire de la morale, soit celle tenant compte de la « valeur nominale » des jugements moraux, qu'il

⁶⁸ *No right answer thesis.*

opposera à la conception doctrinale de la morale, soit celle ne tenant compte que du « fait simple »⁶⁹. La conception ordinaire de la morale suppose que le jugement moral opère de manière indépendante à tout jugement externe⁷⁰. Par exemple, le maire de Saguenay croit que les gens possédant un prénom difficile à prononcer ont un droit de parole limité. Il ne lui viendrait pas à l'esprit de justifier cette position par une description empirique de la relation entre l'orthographe du prénom et la liberté d'expression. Il est aussi fort probable que, si on lui démontrait l'existence de ce lien, mais qu'au contraire celui-ci indiquait que la difficulté à prononcer un prénom augmentait la liberté d'expression, cela n'aurait aucune influence sur la valeur de vérité qu'il accorde à son jugement moral. Pour défendre son jugement, le maire de Saguenay composerait sans doute un argumentaire exclusivement moral, inspiré par ses convictions et ses besoins politiques. Au moment où il prononce son jugement, le maire de Saguenay croit que son opinion est vraie, c'est la « valeur nominale ». De l'autre côté, la conception doctrinale suppose que les jugements moraux peuvent être vrais à condition qu'ils soient confirmés tels par une démonstration impliquant un « fait simple » indépendant du jugement. Dans certains cas, ce « fait simple » est le texte de loi, dans d'autres on postule l'existence de propriétés morales qui restent à découvrir ou bien on avance qu'il n'y a pas de « fait simple » et que ceux et celles qui s'en préoccupent sont dans l'erreur.

La stratégie de Dworkin est assez simple : il s'agit pour lui de démontrer deux choses: 1) que la conception doctrinale, qui s'appuie sur un scepticisme externe, n'est rien d'autre qu'une conception ordinaire⁷¹, c'est-à-dire qu'il faut comprendre le « fait simple » comme ayant lui-même une « valeur nominale » à l'intérieur d'une théorie morale; 2) que la conception doctrinale n'ajoute rien à la conception ordinaire, c'est-à-dire que le « fait simple » n'ajoute pas de valeur supplémentaire et ne peut justifier la « valeur nominale » d'un jugement moral. En somme, Dworkin cherche à montrer qu'un certain scepticisme moral, le scepticisme externe, et que la

⁶⁹ *Face value et plain fact view.*

⁷⁰ Du point de vue juridique, cela n'implique pas que la conception ordinaire soit suffisante pour résoudre un dilemme moral. C'est pourquoi Dworkin plaidera en faveur d'une conception constructiviste se rapprochant de celle de Rawls au sens où la recherche d'un équilibre réflexif serait au cœur de l'activité morale. Cependant, Dworkin et Rawls se distinguent sur le plan du sens de la justice dont l'origine serait intuitive pour Rawls, mais objective pour Dworkin.

⁷¹ R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Belknap Press of Harvard University Press, Mass., 2011, pp. 26-28.

métaéthique sont inutiles lorsque vient le temps d'évaluer les jugements moraux ou de résoudre des problèmes de cette nature.

L'objectif de cette démonstration est de montrer que ce qu'on appelle le scepticisme moral est forcément interne et jamais externe ou, autrement dit, que les descriptions et l'évaluation des jugements moraux ont toujours lieu à partir d'un jugement moral. Ce faisant, Dworkin entend donner de la force à sa thèse de l'indépendance des valeurs, qui s'appuie sur la notion que la morale est un concept interprétatif et qu'à ce titre elle échappe aux tentatives de définitions qui feraient d'elle un concept critériel ou naturel. La loi étant une manifestation publique de la morale, elle doit être considérée comme étant elle aussi un concept interprétatif. Or, le propre des concepts interprétatifs n'est pas de pouvoir être vérifiés par des critères indépendants, mais d'être justifiés à l'intérieur d'une théorie morale cohérente où la justification des valeurs morales n'est possible que par l'intervention d'autres valeurs. Ainsi, un jugement moral pourra être déclaré « vrai » à condition d'être suffisamment justifié par d'autres jugements moraux. C'est à travers cette dialectique des valeurs qu'on pourra chercher la « bonne réponse ». Cependant, le projet de Dworkin est voué à l'échec s'il ne peut démontrer l'inutilité de chercher des arguments indépendants pour décrire et évaluer les jugements moraux. C'est pourquoi il est essentiel d'aborder le scepticisme et sa relation avec la critique de la conception doctrinale de la morale, tant du côté juridique que politique.

Relativisme, scepticisme et responsabilité

Dworkin présente le scepticisme moral comme étant lui-même une position morale, et non une position sur la morale. On ne peut être complètement sceptique, dira-t-il, il faut être sceptique *à propos* de quelque chose. Autrement dit, le scepticisme doit avoir un sens. Il donne parfois l'impression que sa démonstration repose sur une redéfinition des concepts d'objectivité et de vérité : les jugements moraux peuvent être objectifs, mais cette objectivité est indépendante de ce qu'on considère d'habitude comme étant des arguments objectifs. Les jugements moraux peuvent être vrais, mais selon des conditions de vérité indépendantes des faits. Lors de dilemmes moraux, on peut obtenir des bonnes réponses, mais à condition que celles-ci soient justifiées par d'autres jugements moraux. En ce sens, on pourrait croire que la thèse dworkinienne nous condamne au

relativisme et on voit mal comment on pourrait en tirer une quelconque valeur, tant du côté moral, politique que juridique.

D'une certaine manière, cette critique est exacte. La thèse de Dworkin est, en effet, relativiste, mais pas au sens où tous les jugements moraux concurrents auraient une même valeur. Si c'était le cas, l'approche dworkinienne se résumerait à n'être qu'une paraphrase de la thèse de l'absence de bonne réponse. Si la thèse de la bonne réponse est relative, c'est en rapport avec un élément particulier de la conception ordinaire de la morale⁷², soit la conviction que nos jugements moraux décrivent avec justesse notre réalité morale. Cette conviction partagée par tous n'est pas banale, selon Dworkin. D'une part, elle indique toute l'importance qu'on accorde à la justification morale de nos choix et de nos actions ; d'autre part, elle est un gage de la valeur qu'on donne à la cohérence interne de nos jugements moraux. Ensuite, la relation entre l'exercice de justification et la cohérence fait ressortir le besoin d'obtenir quelque chose comme un équilibre réflexif de nos convictions et de nos jugements moraux. À ce titre, Dworkin va plus loin que Rawls en défendant que cet équilibre réflexif doit tenir sur un point d'appui qui le rend possible. Après tout, l'équilibre ne se fait pas dans le vide. Ce point d'appui s'incarne dans la nécessité d'être engagé dans sa propre existence, au sens où le sujet doit reconnaître qu'il est responsable de lui-même. Il s'agit de l'éthique de Dworkin, qui sera partie prenante de sa conception de la morale et, incidemment, qui constitue le « point d'appui normatif » à partir duquel on peut réfléchir les dilemmes, qu'ils soient moraux ou légaux⁷³.

« L'absence de bonne réponse » comme position morale par défaut

La thèse de l'absence de bonne réponse indique que, lors de dilemmes moraux ou de cas difficiles, plusieurs réponses sont possibles, mais qu'il est impossible d'en identifier une qui serait la bonne. Il est donc normal de permettre au juge de créer une nouvelle loi, quitte à assumer une certaine variabilité dans le traitement de causes en apparence similaires. Dworkin remarque que cette thèse est très souvent celle qu'on juge la plus raisonnable et qu'on l'accepte par défaut.

⁷² *Ibid.*

⁷³ Nous précisons cette notion à la fin du chapitre 2 (p. 57-70), ainsi qu'au chapitre 3.

C'est malheureux, croit-il, car cela montre à quel point l'establishment intellectuel a contribué à institutionnaliser un certain scepticisme, ayant pour conséquence de nous dédouaner de la responsabilité de justifier nos opinions et nos convictions dans l'espace public. En effet, ce qu'il appelle le scepticisme externe présente les jugements moraux comme étant incapables de produire de la vérité ou comme étant simplement des expressions subjectives⁷⁴, ce qui neutralise en même temps la possibilité d'avoir des débats moraux de qualité, soit des débats portant sur les convictions orientant notre vie politique et, plus précisément en ce qui concerne Dworkin, portant sur ce qui justifie l'usage de la loi pour imposer des comportements et en interdire d'autres. À cet effet, l'examen de cette thèse révèle à Dworkin que le pouvoir discrétionnaire des juges n'est justifié que parce qu'on présume que la valeur de vérité d'une proposition morale ne peut être déterminée que par une démonstration objective. Or, on ne peut démontrer objectivement la valeur de vérité d'un jugement moral. Le scepticisme externe doit donc conclure que les jugements moraux sont toujours faux ou qu'ils sont autre chose que des jugements moraux, comme par exemple l'expression d'émotions qu'on tenterait ensuite de rationaliser et qui ne peuvent recevoir de valeur de vérité (par exemple le subjectivisme d'Ayer et l'expressivisme de Stevenson). Au sens juridique, cela signifie qu'on ne peut fournir d'argument définitif (« massue », dira Dworkin) qui permettrait d'affirmer qu'un jugement est plus approprié qu'un autre. En conséquence, la valeur de vérité de plusieurs jugements moraux, y compris les jugements légaux, serait indéterminée au sens d'« indémontrable ». Dworkin montrera qu'on a tort de penser que l'indémontrabilité des jugements moraux mène nécessairement à l'absence de bonne réponse.

À ce sujet, Dworkin formulera trois thèses. Premièrement, le scepticisme externe, ou l'archimédéisme, tel que l'appelle Dworkin, ne correspond en rien au sens commun ou à la conception ordinaire de la morale, qui reconnaît la valeur nominale des jugements moraux. Deuxièmement, même si les jugements moraux sont indémontrables, leur indémontrabilité n'implique pas l'absence de bonne réponse. Il serait donc plus juste de parler d'incertitude plutôt que d'indémontrabilité. Dans ce sens, l'existence d'une bonne réponse reste une possibilité. Il suffit de chercher à comprendre sous quelles conditions on peut obtenir une bonne réponse lors

⁷⁴ Il est ici question de la théorie de l'erreur (Mackie, 1977), et des thèses émotivistes de Ayer (1952) et de Stevenson (1937 ; 1944).

d'un dilemme moral ou légal. Troisièmement, l'examen du scepticisme externe montre déjà, en principe, quelles pourraient être ces conditions. Par exemple, la théorie de l'erreur de John Mackie stipule qu'un jugement moral peut être déclaré « vrai » seulement s'il réfère à un fait moral. Cependant, ces faits moraux n'existent pas. Par conséquent, les jugements moraux doivent être faux. Dworkin fera remarquer que ce genre de thèses reposent sur un postulat indémontrable, soit que « la meilleure conception de la morale est d'admettre qu'il n'y a pas de faits moraux ». En somme, les thèses découlant du scepticisme externe devraient elles aussi être déclarées fausses. Plus généralement, si on considère que seules les propositions pouvant être soutenues par des arguments externes peuvent être vraies, alors il faudrait pouvoir démontrer que cette proposition peut être soutenue par des arguments externes, ce qui n'est pas le cas. Il faut donc conclure que la position « par défaut », qui dépend de la démontrabilité des jugements moraux, est erronée. Par ailleurs, non seulement la thèse de la démontrabilité ne survit pas à ses propres critères, mais en plus elle a des implications normatives, puisque, même s'il est vrai qu'un jugement moral « faux » ne peut justifier une prescription, il ne peut pas non plus justifier une interdiction. Or, ce qui n'est pas interdit est forcément permis. Enfin, même le sceptique le plus radical doit supposer que sa position est celle qui décrit le mieux la moralité, ce qui implique l'existence de critères lui permettant d'évaluer sa position. Pour lui, la façon la plus rationnelle, cohérente et objective de décrire la moralité est de la réduire à n'être qu'une question d'opinion. Évidemment, la seule proposition morale objective serait celle-là, qu'il présente comme un état de fait, mais elle ne peut pas non plus être démontrée⁷⁵. Si l'auteur de cette proposition l'accepte, c'est parce qu'il en reconnaît la valeur nominale. En retour, cette valeur nominale doit aussi être justifiée, et ainsi de suite. Le sceptique externe, ou l'archimédien se prend au même piège que le juge conventionnaliste : chaque étape de son raisonnement requiert la création *ad hoc* d'une justification supérieure. Pour toutes ces raisons, Dworkin conclura que les critères pouvant déterminer la valeur de vérité des jugements moraux ne peuvent être indépendants de la morale et que l'externalisme n'a pas de raison d'être. En somme, l'externalisme ne serait qu'une conception ordinaire de la morale recouverte du verni de l'austérité intellectuelle⁷⁶, soit que nos jugements moraux, pour être recevables, ne devraient pas dépendre de justifications morales, mais de justifications indépendantes à la morale. Dans les circonstances, le sceptique devant trancher

⁷⁵ Nous sommes tentés de nommer cette observation le « paradoxe nietzschéen » : « Il est vrai de dire que la vérité n'existe pas. »

⁷⁶ R. Dworkin, « Objectivity and Truth: You'd Better Believe It », op. cit., p. 92.

entre deux jugements moraux de même valeur ne devrait pas dire qu'il est devant un choix indémontrable, mais plutôt devant une incertitude morale, comme l'est Ismène devant choisir entre sa soeur et son père. L'archimédésisme ne peut donc se comprendre qu'à l'intérieur de la conception ordinaire de la morale, sur laquelle Dworkin jettera les bases de son approche constructiviste, plus propice, selon lui, à servir des intérêts politiques et juridiques⁷⁷.

En résumé, si on souscrit à la thèse de la démontrabilité, on s'attend à ce qu'un jugement moral présenté comme un état de fait soit démontré par un argument indépendant ou, autrement dit, par un « fait simple ». Comme l'existence de faits moraux n'est pas falsifiable (on ne peut montrer leur existence ni leur inexistence), la démonstration s'avère être très difficile à faire, voire impossible, ce qui porte à conclure que la valeur de vérité des jugements moraux est indémontrable et qu'il est plus sage de statuer qu'elle est indéterminée. Pour Dworkin, ce raisonnement, qui aurait un impact important sur notre conception de ce qu'est ou devrait être un débat moral, repose sur une erreur. Comme nous le verrons, en effet, les questions morales et les questions de droit prennent vie et s'incarnent dans des pratiques argumentatives qui ne répondent pas aux mêmes exigences épistémologiques que le discours scientifique. Pour Dworkin, la valeur de vérité qu'on associe aux jugements moraux n'est pas à la remorque d'une démonstration, mais dépend d'une plaidoirie. En matière morale, la valeur de vérité ne dépend pas d'une vérification, comme le supposent les thèses externalistes, mais d'une construction.

Smith c. Dworkin : le problème moral

Avant de nous attaquer à l'internalisme dworkinien, il nous semble opportun de consacrer quelques lignes à la discussion entre Michael Smith et Dworkin, Smith qu'on connaît entre autres pour son essai intitulé *The Moral Problem*⁷⁸, où il aborde le difficile rapport entre l'objectivité morale et l'opérationnalisation du jugement moral. D'une part, souligne-t-il, l'expérience ordinaire de la morale nous laisse croire que l'examen des circonstances objectives nous permet de formuler des jugements moraux vrais. D'autre part, il semble qu'avoir la croyance qu'une action est bonne est nécessaire pour agir, mais pas suffisant : il faut aussi être motivé à agir en conséquence et cette motivation serait dépendante de l'existence du désir d'agir. Par exemple, on

⁷⁷ R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, p. 90.

⁷⁸ M. Smith, *The Moral Problem*, Blackwell publishing, Oxford, 1994.

peut croire qu'arrêter de fumer est une bonne chose à faire, sans toutefois en avoir le désir. Cela étant dit, Smith rappelle, à l'instar de David Hume, qu'une croyance peut recevoir une valeur de vérité si elle correspond à des circonstances objectives, mais que cela est différent du désir dont la nature est subjective. Il s'agit donc de deux états distincts. Alors que la valeur d'une croyance est dépendante de justifications externes et qu'on peut en vérifier la qualité, on ne peut en dire autant du désir, de nature subjective, qui n'a pas besoin de correspondre à des faits moraux pour être déclaré vrai.

We are now in a position to see why meta-ethical questions engender so much disagreement. The task of the philosopher in meta-ethics is to make sense of ordinary moral practice. But the problem is that ordinary moral practice suggests that moral judgements have two features that pull in quite opposite directions from each other. The objectivity of moral judgement suggests that there are moral facts, wholly determined by circumstances, and that moral judgements express our beliefs about what these facts are. This enables us to make good sense of moral arguments, and the like, but it leaves entirely mysterious how or why having a moral view is supposed to have special links with what we are motivated to do. And the practicality of moral judgement suggests just the opposite, that our moral judgements express our desires. While this enables us to make good sense of the link between having a moral view and being motivated, it leaves it entirely mysterious what a moral argument is supposed to be an argument about; the sense in which morality is supposed to be objective.⁷⁹

Si on souhaite décrire l'expérience morale ou si on veut résoudre un cas difficile, il faut pouvoir le faire à partir d'un point de vue rationnel. Or, Smith montre qu'afin de comprendre l'activité morale il faut pouvoir factoriser deux éléments, croyance et désir, qui sont contradictoires. Dans une perspective juridique et en tenant compte du fait que le droit est une pratique argumentative fondée sur la rationalité, cela pose un problème évident : si un juriste ou un magistrat souhaite produire un énoncé juridique qui soit vrai, il doit le faire à partir d'arguments rationnels, dépendants d'une lecture des circonstances factuelles et laissant de côté les éléments subjectifs, qui s'inscrivent très mal dans une pratique rationnelle. Autrement dit, l'expérience morale et l'activité juridique elle-même conspirent contre les juristes, qui se trouvent contraints à séparer les versants objectif-rationnel et subjectif-irrationnel au profit, évidemment, de l'objectivité. En même temps, on ne peut pas complètement éliminer l'importance du désir

⁷⁹ *Ibid.*, p. 11.

moral, ce qui explique pourquoi on peut dire que le mal n'existe pas objectivement et en même temps défendre avec sincérité que certaines actions sont mauvaises.

Smith reproche à Dworkin de mal comprendre la relation entre la croyance morale et le désir et d'aborder la question dans une perspective un peu trop juridique, soit sous l'angle du mobile de l'action plus que sous celui de l'épistémologie morale. En somme, Dworkin examine l'expérience morale en supposant que le désir supporte l'argumentation justifiant l'action. Il serait plus juste, selon Smith, d'interroger l'internalisme à partir du lien nécessaire entre la croyance et le désir, soit en posant la question de la possibilité de ce lien - ce que semble contredire le problème moral, justement.

Specifically, he wonders whether someone having a desire is a condition of having a justification for doing something. But this is a completely different question from that raised by internalism, at least as that doctrine figures in the argument just given for external error skepticism. Internalism, as that doctrine figures in the argument just given, is the doctrine that there is a necessary connection between two psychological states: if someone believes that he has an obligation to act in a certain way, then he has a motivating reason to act in that way. The philosophical issue Dworkin talks about has nothing to do with this. The issue he talks about is whether having a desire is a condition on someone having a justification for doing something.⁸⁰

Smith n'a sans doute pas complètement tort, mais il passe à côté des visées de Dworkin. Ce dernier souhaite surtout décrire les relations entre les jugements moraux, susceptibles de recevoir une valeur de vérité, et ce qui justifie et organise ses jugements, soit les convictions, qui possèdent certaines caractéristiques proches de celles des désirs, par exemple le fait d'avoir une valeur nominale et de n'être pas réflexives, au sens où elles apparaissent vraies en soi, tout en restant dans le giron des jugements, donc capables de vérité. Somme toute, dans la mesure où on pense, à l'instar de Dworkin, que l'activité morale dépend de la relation entre les convictions et les jugements moraux, qui sont tous les deux susceptibles de recevoir une valeur de vérité, alors le problème moral n'a pas à être posé.

⁸⁰ M. Smith, « Dworkin on External Skepticism », *Boston University Law Review*, vol. 90, 2010, p. 516.

D'ailleurs, Dworkin ne cherche pas simplement à décrire l'expérience morale, mais plutôt à en comprendre le sens en répondant à cette question : pourquoi avons-nous besoin de rationaliser l'activité morale ? Pour lui, il semble clair que la réponse à cette question n'a pas à être à la remorque d'une vérité objective, comme le suppose l'externalisme, mais qu'elle dépend plutôt d'une conviction quasi existentialiste : le sujet est moralement, et objectivement, responsable. Pour Dworkin, si une relation doit être examinée, c'est celle liant l'éthique, la rationalité et la morale.

We must construct a larger structure of different kinds of value into which a conception of rationality fits - a structure that justifies a particular conception or understanding of what it is to have a reason.

That larger structure must answer the question, among others, what a person should care about what he has a reason to do. But that is a normative question, not a psychological nor a motivational one; it asks not whether a person does care but whether he should care. A conception of rationality would be a poor one - it could serve no justifying purpose - if it declared that someone has a reason to get what he wants even if getting it would be bad for him. So an ethical theory - a theory about what is good or bad for people - must be part of a successful theory of reasons and rationality : the alternative conception I described, which ties rationality to ethics, is therefore a better conception.⁸¹

En intégrant le scepticisme externe à ce qu'il considère comme étant le seul scepticisme véritable, soit le scepticisme interne, Dworkin essaie de démontrer qu'il y a bel et bien une objectivité éthique et qu'elle motive à l'action, soit la dignité, entendue comme la reconnaissance que nous sommes tous également moralement responsables.

À certains égards, cette objectivité éthique revêt un caractère quasi existentialiste, au sens où, pour paraphraser Sartre, nous sommes tous objectivement condamnés à justifier nos jugements moraux à travers un exercice d'équilibrage liant nos convictions entre elles. Cette recherche d'équilibre, que Dworkin nomme l'intégrité, n'est possible que par l'interprétation. Il est important de noter que les convictions, qui sont au coeur de la pensée de Dworkin, jouent un rôle particulier : elles relient l'éthique, le désir d'avoir une vie bonne, et la morale, qui désigne nos relations avec les autres.

⁸¹ R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, op. cit., p. 49.

On se souviendra que l'objectif premier de Dworkin est de proposer une théorie de l'interprétation juridique capable de corriger les problèmes découlant des conceptions politiques (la loi repose sur une autorité politique) et morales (la loi et la morale doivent être séparées) inscrites en filigrane dans le positivisme légal. Si on peut montrer que l'activité morale repose sur des convictions objectives, on montre en même temps que les jugements juridiques, lors de cas difficiles, peuvent être vrais sans être validés par une autorité politique et qu'il est inutile de chercher à séparer la loi et la morale. En somme, si Dworkin a raison, on fait d'une pierre deux coups.

Cependant, avant d'en arriver là, il faut illustrer de quelle façon Dworkin en arrive à affirmer l'existence de ces convictions, qui sont, en définitive, susceptibles d'être objectivement vraies tout en possédant une force motivationnelle. En faisant s'écrouler l'archimédéisme, Dworkin ne peut que conclure que la seule façon d'être sceptique ou de douter d'un jugement moral, c'est de le faire à partir d'un autre jugement moral. Cette circularité lui fera affirmer que le seul scepticisme dont on puisse parler est interne.

Le scepticisme interne

La réflexion sur le scepticisme et le rôle qu'il joue dans ce qu'on pourrait peut-être appeler la psychologie morale de Dworkin remonte bien avant la publication de *Justice for Hedgehogs*, qui regroupe et synthétise les aspects les plus importants de la réflexion de Dworkin à cet effet. Dès son premier article, *Judicial Discretion* (1961), Dworkin explique que l'opinion du profane, ou celui qui s'inscrit dans la conception ordinaire de la morale, est plus proche de la vérité que celle des professionnels de la justice, qui s'inspirent de la conception doctrinale de la morale. En effet, dit-il, les profanes conçoivent la loi comme étant un tout ordonné et cohérent de principes moraux et des règles en découlant, alors que, pour les professionnels de la justice, il en est tout autrement : il y a la conception ordinaire de la morale, et il y a le droit. En ce sens, les profanes tiennent compte de l'arrière-plan moral qui justifie la loi lorsqu'ils tentent d'en interpréter les tenants et aboutissants. Pour eux, cet arrière-plan et les principes qu'il engage jouent un rôle légal. Au contraire, pour les professionnels de la justice, la loi n'est qu'un système de règles dans lequel

les principes moraux ont peu de poids. On retrouve aussi cette critique dans *The Model of Rules* (1967), où Dworkin expose les principaux arguments par lesquels il critique le positivisme légal de Hart. On retrouvera aussi ces considérations, mais dans la perspective du scepticisme interne, dans *The Original Position* (1972), où Dworkin explore les distinctions entre les modèles naturel et constructiviste. Le modèle naturel, assez proche de la conception ordinaire de la morale, suppose que les jugements moraux sont validés par un « sens moral » démontrant l'existence d'une réalité morale⁸², ils possèdent une valeur nominale. Selon ce modèle, l'individu serait porté à confondre ses intuitions morales avec des données empiriques. Dans la mesure où ces intuitions morales servent à justifier des jugements moraux et à en tester la validité, elles jouent un rôle particulier dans l'expérience morale individuelle. En effet, Dworkin souligne que ce modèle implique que l'agent se réfère à une ontologie morale pour produire des jugements valides, ce que réfute le positivisme légal : en dehors de la règle, il n'y a pas de « fait moral » qui pourrait venir démontrer qu'un jugement moral est vrai ou faux ou qui permettrait de faire la part des choses entre deux jugements qui pourraient être vrais au même moment.

La critique du scepticisme externe mène Dworkin à conclure, à l'instar de David Hume, rappelle-t-il, que le seul scepticisme rationnellement justifié est le scepticisme interne. Par ailleurs, l'écroulement de l'archimédésisme signifie que l'expérience morale et l'activité normative qu'elle suscite sont indépendantes du monde comme état de fait, ce qui signifie que l'absence ou la présence d'un élément extérieur à la morale n'est pas nécessaire pour justifier nos actions. Par exemple, le fait d'affirmer qu'il n'existe pas de particules morales, les « morons », ne saurait être une justification suffisante pour commettre une action qu'on juge mauvaise.

Cela signifie que nous ne pouvons que produire des jugements moraux de premier ordre, ce qui implique en retour que nous devons faire une croix sur tout désir d'obtenir des arguments massue qui mettraient fin aux querelles. L'activité morale, conclut-il, est donc nécessairement controversée. Évidemment, cela semble nous ramener dans l'orbite du relativisme et de la thèse de l'absence de bonne réponse. Cependant, il faut remarquer que le scepticisme repose lui-même sur un consensus brut : la morale est matière à controverse. En somme, nous croyons tous que la morale existe et qu'elle a une valeur - elle a un sens, un sens qui, il faut le garder à l'esprit, ne

⁸² R. Dworkin, « The Original Position », op. cit, p. 513.

gagne rien à être associé à d'éventuelles propriétés morales objectives desquelles dépendrait notre motivation à agir.

En ce qui concerne l'indépendance des valeurs, il souligne que le philosophe écossais nous exhorte en quelque sorte à réexaminer notre relation au scepticisme :

Hume is widely understood to have declared that no amount of empirical discovery about the state of the world [...] can establish any conclusions about what ought to be without a further premise about what ought to be [...]. [Hume's principle] undermines philosophical skepticism, because the proposition that it is not true that genocide is wrong is itself a moral proposition, and, if Hume's principle is sound, that proposition cannot be established by any discoveries of logic of facts about the basic structure of the universe. Hume's principle, properly understood, supports not skepticism about moral truth but rather the independence of morality as a separate department of knowledge with its own standards of inquiry and justification. It requires us to reject the Enlightenment's epistemological code for the moral domain.⁸³

En effet, si Hume a raison, alors on ne peut pas justifier un jugement prescriptif par l'intermédiaire d'un état de fait; un autre jugement normatif doit toujours intervenir, et cela implique une création *ad hoc* de justifications supérieures en phase avec les convictions de l'agent⁸⁴. On comprend habituellement le principe huméen comme étant un argument fort en faveur du relativisme moral. Pourtant, dira Dworkin, il montre surtout que la morale est complètement indépendante des faits, car le principe huméen implique que toute justification morale est le produit d'une construction plutôt que d'une démonstration :

This hold that no series of propositions about how the world is, as a matter of scientific or metaphysical fact, can provide a successful case on its own - without some value judgement hidden in the interstices - for any conclusion about what ought to be the case. [...] It cannot be a principle of deduction or semantic entailment. It needs something more and that must be something - a hidden premise or an assumption about the nature of good moral reasoning - that is infused with moral force.⁸⁵

⁸³ *Ibid.*, pp. 17-18.

⁸⁴ Ce que Dworkin appelle parfois des « *further claims* ». *Objectivity and Truth: You'd Better Believe it*, p. 97 et suivantes.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 42.

Le scepticisme interne implique ce que Dworkin appelle l'indépendance des valeurs, soit l'idée que l'activité morale est complètement indépendante de la réalité factuelle, ce qui signifie en définitive que les faits ne peuvent jamais, en eux-mêmes, être la cause d'une controverse, ils doivent être intégrés dans une interprétation dépendante d'une théorie morale antécédente. S'il y a une controverse, elle porte sur des interprétations concurrentes. Or, cet exercice d'interprétation consiste à créer et à conserver un équilibre entre les différents aspects de l'activité morale :

The moral realm is the realm of argument, not brute, raw fact. Then it is not implausible - on the contrary - to suppose that there are no conflicts but only mutual support in that realm. Or, what comes to the same thing, that any conflict we find intractable show not disunity but a more fundamental unity of value that produces these conflicts as substantive results.⁸⁶

Il y a donc lieu de se poser la question de savoir quelles sont les conditions de possibilités de l'interprétation. Parmi celles-ci, on peut déjà en identifier deux : il doit y avoir un objet ou un phénomène qui soit interprétable et on doit chercher à lui donner un sens ayant de la valeur :

Interpretation is a social phenomenon. We can interpret as we do only because there are practices or traditions of interpretation we can join : these are the practices that divide interpretation into the genres I listed. [...] These social practices are truth-seeking. In each case, when we offer an interpretation of something, we state and are understood to be stating what we take to be the truth of some matter. We do not treat these interpretive practices as pointless exercises : we assume that something of value is and ought to be served by forming, presenting, and defending opinions about the scope of the equal protection clause of Lady MacBeth's sexual history. We accept a responsibility, as interpreters, to promote that value. When we interpret any particular object or event, therefore, we are also interpreting the practice of interpretation in the genre that we take ourselves to have joined : we interpret that genre by attributing to it what we take to be its proper purpose - the value that it does and ought to provide. Interpretation is therefore interpretive, just as morality is moral, all the way down.⁸⁷

Si on donne raison à Dworkin, il appert que nous soyons condamnés à n'être que des interprétants incapables d'une activité morale autre que subjective. Cependant, à la différence des

⁸⁶ *ibid.*, p. 11.

⁸⁷ *ibid.*, pp. 129-130.

thèses fondées dans le scepticisme externe, comme le positivisme légal et les différentes formes de subjectivisme, le scepticisme interne de Dworkin est réflexif, c'est-à-dire qu'il rappelle à l'interprétant que sa réflexion éthique est socialement déterminée.

De l'éthique à la morale

Le scepticisme interne et la thèse de l'indépendance des valeurs mènent Dworkin à conclure que la conception ordinaire de la morale se rapproche plus de la vérité que les thèses archimédiennes, comme le positivisme légal, par exemple. D'ailleurs, Dworkin en avait déjà l'intuition très tôt dans ses recherches lorsqu'il soulignait que la position du profane rendait mieux compte de l'expérience morale que celle des juristes⁸⁸. Cependant, cette observation est insuffisante, car elle semble pouvoir justifier un relativisme crasse qui, s'il était appliqué au droit, serait incapable de rendre compte des exigences structurelles d'un système juridique complexe, comme l'homogénéisation du droit ou la capacité à faire la distinction entre le légal et l'illégal. En effet, la thèse de l'indépendance des valeurs, parce qu'elle semble aboutir à un relativisme radical, donne l'impression d'être trop plastique pour qu'on puisse fonder une théorie du droit, qui doit principalement porter sur les devoirs et les obligations : « The independence thesis leaves you free to conclude (if that is what seems right to you) that no one ever has any moral duties or responsibilities at all. What could be a deeper form of skepticism than that? »⁸⁹.

Cependant, le relativisme vers lequel mène le scepticisme interne n'est qu'apparent. En effet, si un sceptique devait conclure que le scepticisme interne est un relativisme, c'est parce qu'il désespère de pouvoir vérifier si ses jugements moraux sont vrais, ce qui signifie qu'il ne souscrit pas complètement à la thèse de l'indépendance des valeurs. Étant donné que cette dernière consacre la primauté du sujet sur les questions morales, il faut reconnaître que les arguments moraux sont toujours autoréférentiels et circulaires : pour déterminer si nos convictions sont exactes, elles doivent être appuyées par d'autres convictions⁹⁰. Comme nous l'expliquions dans la section sur le problème moral, les convictions, entendues au sens dworkinien, font partie de la conception ordinaire de la morale :

⁸⁸ R. Dworkin, « Judicial discretion », loc. cit., p. 625.

⁸⁹ R. Dworkin, *Justice for Hedhehogs*, loc. cit., p. 96.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 97.

You probably think, that is, that the truth of your moral convictions does not depend on what anyone thinks or feels. You might say, to make plain, that that is what you think, that torturing babies for fun is "really" or "objectively" wicked. This attitude toward moral truth - that at least some moral opinions are objectively true in this way - is very common. I shall call it the "ordinary" view. [...]

You don't suppose that you could prove your opinion sound, or even provide evidence for it, just by some kind of experiment or observation. [...] The ordinary view is committed to taking moral judgment at face value. [...] On the ordinary view, the war was *really* wrong. On the ordinary view, moreover, people who think that cheating is wrong recognize, in that opinion, a strong reason not to cheat. But thinking an act wrong is not the same thing as not wanting to do it : a thought is a judgment, not a motive.⁹¹

Pour Dworkin, la conception ordinaire est le lieu où se rencontrent la subjectivité et l'objectivité. Elle est subjective parce qu'elle est fondamentalement autoréférentielle, et les convictions qu'elle abrite peuvent être vraies de manière objective. Par ailleurs, ces convictions ont une force motivationnelle équivalente à celle des désirs, tout en restant rationnellement justifiées. De cette façon, on peut conclure que le scepticisme interne mène à affirmer l'indépendance des valeurs, ainsi qu'à reconnaître que l'activité morale est indépendante des faits empiriques, qu'ils soient politiques ou juridiques. Le cas contraire, soit celui de la dépendance des valeurs, impliquerait que la force motivationnelle de nos obligations et devoirs résiderait dans les textes juridiques ou les contrats eux-mêmes. C'est la raison principale qui pousse Dworkin à critiquer le positivisme légal de Hart, qui repose sur le clivage entre la loi et la morale. Après tout, si on sépare la morale et la loi, on prive cette dernière de son sens. Et sans ce sens, comment peut-on justifier les obligations légales? Par exemple, comment pourrait-on affirmer qu'on doive respecter la loi même si elle est en contradiction avec nos convictions les plus profondes⁹²? En effet, la proposition que nous devrions accepter des obligations contractuelles qui ne seraient aucunement reliées à nos convictions semble étrange, voire un peu farfelue. C'est une observation importante, car elle a aussi de l'impact sur notre façon de comprendre la notion de contrat social. Si Dworkin a raison, il faudrait conclure que les droits et les devoirs ne découlent pas directement d'un contrat social, même s'il ne s'agit que d'une expérience de pensée, mais qu'ils dépendent plutôt de convictions antécédentes qu'on pourrait peut-être qualifier de « prépolitiques », au sens

⁹¹ R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, op.cit., pp. 24-25.

⁹² R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, loc. cit., p. 185-186.

où elles interviendraient d'abord sur le plan individuel, pouvant justifier un droit de véto sur les enjeux politiques. Dans cette perspective, il faudrait donc comprendre le contrat social comme étant une étape et non comme un point de départ. En somme, la force motivationnelle des convictions serait d'abord éthique, au sens de l'idéal de soi, et morale, soit la façon d'agir avec les autres, ensuite : « I use the terms "ethical" and "moral" in what seems a special way. Moral standards prescribe how we ought to treat others; ethical standards, how we ought to live ourselves. »⁹³

On peut aussi arriver à cette conclusion en examinant un article intitulé *The Original Position*. Dworkin y explique que certains aspects de la théorie de la justice de Rawls vont aussi dans ce sens. Rawls, dit-il, souhaitait démontrer l'existence d'un sens de la justice qui prendrait la forme d'une intuition guidant les choix contractuels d'agents dans la position originelle. Sous le voile d'ignorance, les agents allaient chercher à construire un équilibre réflexif entre les convictions propres à la conception ordinaire de la morale et une théorie morale capable de les intégrer de manière cohérente (la théorie de la justice comme équité)⁹⁴. Ici, il faut comprendre la position originelle comme une expérience de pensée reproduisant les conditions dans lesquelles l'agent interprète ce qu'il considère comme étant juste. En fait, Dworkin souligne que la position originelle sert surtout de révélateur, c'est-à-dire qu'elle dévoile l'équivalent moral d'une structure profonde du langage⁹⁵ :

[The contract] must be seen as a kind of halfway point in a larger argument, as itself the product of a deeper political theory that argues for the two principles *through* rather than *from* the contract. We must therefore try to identify the features of a deeper theory that would recommend the device of a contract as the engine for a theory of justice, rather than the other theoretical devices Rawls mentions, like the device of the impartial spectator.⁹⁶

Selon lui, la position originelle ne peut dévoiler des aspects du sens de la justice qui seraient très précis, comme des droits particuliers sur une ressource, par exemple, qui nécessiteraient de l'information que les agents n'ont pas lorsqu'ils sont derrière le voile

⁹³ R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, loc. cit., p. 189.

⁹⁴ R. Dworkin, « The Original Position », loc. cit., p. 505.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 508.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 519.

d'ignorance. En conséquence, le sens de la justice doit porter sur des aspects très généraux et très abstraits de l'activité morale :

The state of ignorance in the original position is so shaped that the antecedent interest of everyone must lie, as I said, in the same solution. The right of each man to be treated equally without regard to his person or character or tastes is enforced by the fact that no one else can secure a better position by virtue of being different in any such respect.⁹⁷

Autrement dit, chacun des agents, alors qu'ils doivent choisir collectivement les principes de justice qui ordonneront la société, cherche individuellement à atteindre un équilibre réflexif entre les principes fondamentaux de justice qui ordonneront leur vie publique, et leur « grammaire juridique profonde », fondée sur la revendication du droit au respect et à la considération réciproque⁹⁸. Ainsi, les obligations et les différents devoirs inhérents au contrat social seraient dépendants d'une conviction profonde menant à l'action, soit de revendiquer un traitement juste et équitable :

[...]The right to equal respect is not, on this account, a product of a contract, but a condition of admission to the original position. This right, he says, is "owed to human beings as moral persons," and follows from the personal personality that distinguishes humans from animals. It is possessed by all men who can give justice, and only such men can contract. This is one right, therefore, that does not merge from the contract, but is assumed, as the fundamental right must be, in its design.⁹⁹

Plus tard, Dworkin reprendra à son compte cette analyse de la thèse de Rawls dans les pages de *Law's Empire* lorsqu'il aborde le thème de l'intégrité. Rappelant que les théories morales et politiques fondées sur un passage de l'état de nature vers la société de droit par le truchement d'un contrat ne représentaient pas la réalité¹⁰⁰, il explique que la justice et l'équité ne représentent pas toutes les vertus cardinales de l'application de la loi. L'homogénéisation des lois, l'application des règles, la légitimité des choix politiques ou des mandataires du peuple ne suffisent pas pour faire en sorte que l'application de la loi soit considérée comme étant juste. On doit aussi pouvoir

⁹⁷ *Ibid.*, p. 530.

⁹⁸ *Equal concern and respect*

⁹⁹ *Op. cit.*, p. 532.

¹⁰⁰ Il les associe à des « jeux de société ». *Justice for Hedgehogs*, loc. cit., pp. 317-319.

examiner les différentes possibilités, ainsi que critiquer les jugements moraux qui les justifient. En somme, la cohérence du système juridique ne suffit pas à elle seule à générer le sens de justice nécessaire à la vie en société. La raison est assez simple : il pourrait y avoir plusieurs systèmes juridiques à la fois cohérents et injustes. Pour obtenir un système juridique juste, il faut aussi que l'État agisse d'une manière analogue à l'agent moral, soit de manière responsable et intègre ou, en d'autres termes, en prenant nos convictions au sérieux :

The practical importance of this latter requirement among people who know they disagree about justice is evident. Integrity becomes a political ideal when we make the same demand of the state or community taken to be a moral agent, when we insist that the state acts on a single coherent set of principles even when its citizens are divided about what the right principles of justice and fairness really are. We assume, in both the individual and the political cases, that we can recognize other people's acts as expressing a conception of fairness or justice or decency even when we do not endorse that conception ourselves. This ability is an important part of our more general ability to treat others with respect, and it is therefore a prerequisite of civilization. [...] These several claims justify a commitment to consistency in principle valued for its own sake. They suggest what I shall argue : that integrity rather than some superstition of elegance is the life of law as we know it.¹⁰¹

Ainsi, on voit bien que Dworkin souhaite montrer que la principale source du droit est morale et que cette interprétation morale de la loi est ancrée dans l'éthique et non dans un monde parallèle à l'extérieur de l'univers moral. Somme toute, le scepticisme interne et l'indépendance des valeurs établissent la primauté du sujet et nous invitent à reconnaître la valeur objective des jugements moraux qu'il produit. Cela dit, le scepticisme interne ne dit rien de ce qu'est la morale ou, dit autrement, il ne nous permet pas de faire la distinction entre les jugements qui appartiennent à la morale et les autres, comme les préjugés, par exemple.

Intégrité et responsabilité

Dans sa réponse à Lord Patrick Devlin¹⁰², Dworkin rappelle l'importance de la moralité dans l'adjudication ainsi que dans l'activité législative, mais il met aussi en relief le fait que ce serait

¹⁰¹ R. Dworkin, *Law's Empire*, loc. cit., pp. 166-167.

¹⁰² R. Dworkin, « Lord Devlin and the Enforcement of Morals », loc. cit.

une erreur de considérer tous les jugements normatifs comme faisant partie du catalogue de la morale. Par exemple, un individu réfléchissant sur ce que signifie pour lui avoir une vie bonne ne tolérerait pas les arguments ou les jugements moraux lui paraissant faux et s'appliquerait à les éliminer - il pourrait tout de même être dans l'erreur et ne pas être critique, sans en avoir conscience. Ce qui compte alors, c'est l'intention d'utiliser des véritables jugements moraux de façon compétente. Lors d'une autre discussion, cette même personne chercherait à éviter d'avoir recours à des arguments qu'elle ne considère pas authentiques. Ces deux situations, si elles ne disent rien des compétences critiques des interlocuteurs, illustrent cependant qu'une catégorie « morale » existe et que nous cherchons généralement à l'utiliser correctement, même si nous avons des désaccords quant à ce qui devrait y figurer. Ces désaccords, que l'indépendance des valeurs a rendus inévitables en éliminant la possibilité d'avoir recours à des arguments massue, sont des indicateurs infaillibles qui prouvent qu'il existe quelque chose comme un point d'accord commun que Dworkin identifie à un consensus portant sur la nature du concept « morale ». Il s'agit évidemment du consensus à partir duquel on peut interpréter nos différents concepts moraux, comme nous le verrons plus loin, mais il faut tout de même préciser le sens de ce que Dworkin signifie par là :

People participate in social practices in which they treat certain concepts as identifying a value or disvalue but disagree about how that value should be characterized or identified. [...] We do not agree about what makes an act just or unjust, right or wrong, an invasion of liberty or an act of tactlessness [...]. But we do agree sufficiently about what we take to be paradigm instances of the concept, and paradigm cases of appropriate reactions to those instances, to permit us to argue, in a way intelligible to others who share the concept with us, that a particular characterization of the value or disvalue best justifies these shared paradigms.¹⁰³

L'erreur qu'il reproche à Devlin est de n'avoir pas été assez compétent pour distinguer ce qui était propre à la morale de ce qui ne l'était pas : « What is shocking and wrong is not [Devlin's] idea that the community's morality counts, but his idea of what counts as the community's morality. »¹⁰⁴

¹⁰³ R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, loc. cit., p. 159.

¹⁰⁴ R. Dworkin, « Lord Devlin and the Enforcement of Morals », loc. cit., p.1001.

Cette confusion est malheureuse, croit-il, car elle risque de saper les convictions morales inspirant le contrat social liant les membres de sa communauté au profit de simples conventions sociales ou de sentiments d'indignation, qui, même s'il s'agit d'expressions normatives, ne font pas partie de la famille des jugements moraux.

C'est précisément parce que nous cherchons naturellement à éviter ce genre de confusion, tant sur le plan éthique, c'est-à-dire d'un point de vue de la vie bonne, que moral, que Dworkin avance que nous cherchons aussi à atteindre un équilibre réflexif. En demeurant sur le plan de l'éthique, si, par hypothèse, nous devons obtenir un équilibre réflexif parfait (un projet auquel Dworkin ne croit pas) entre nos convictions les plus sincères, ce serait en l'utilisant pour former un filtre capable d'éliminer les jugements normatifs autres que moraux. Au final, toujours dans l'hypothèse qu'une telle chose serait possible, il ne resterait qu'une toile très cohérente qui ne serait composée que d'authentiques convictions, toutes capables de motiver l'action :

Our moral responsibility requires us to try to make our reflective convictions into as dense and effective a filter as we can and in that way to claim as much force as possible for conviction within the more general causal matrix of our personal history as a whole. This requires that we seek a thorough coherence of value among our convictions. It also requires that we seek authenticity in the convictions that cohere : we must find convictions that grip us strongly enough to play the role of filters when we are pressed by competing motives that also flow from our personal histories.¹⁰⁵

On comprendra que l'intégrité se déploie sur deux versants : celui de la cohérence, d'une part, et celui de la responsabilité morale, d'autre part. On a déjà mentionné que la cohérence était nécessaire, mais insuffisante pour garantir la valeur des jugements moraux. Dworkin se penche donc sur la notion de responsabilité morale, qui est particulièrement importante, car elle a de l'influence tant sur l'activité législative que sur celle de l'adjudication :

[The legislator] must sift these arguments and positions, trying to determine which are prejudices or rationalizations, which presuppose general principles or theories vast parts of the population could not be supposed to accept, and so on. It may be that when he has finished this process of reflection he will find that the claim of a moral consensus has not been made out. [...] Of course

¹⁰⁵ R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, loc. cit., p. 106.

the legislator must apply these tests for himself. If he shares the popular views, he is less likely to find them wanting, though if he is self-critical the exercise may convert him. His answer, in any event, will depend upon his own understanding of what our shared morality requires.¹⁰⁶

Il faut remarquer que l'agent ne peut atteindre l'équilibre réflexif à partir d'un point de vue externe, c'est-à-dire à partir d'un argument non moral qui pourrait valider ou vérifier la valeur de cet équilibre. Son point de vue est toujours interne. En effet, Dworkin pense que l'équilibre réflexif est une construction critique et rationnelle, bien sûr, mais qu'il s'agit aussi d'un exercice qui oblige l'agent à être engagé dans l'activité morale ou, dit autrement, qui oblige l'agent à être responsable. Somme toute, le projet de Dworkin, qu'il qualifie lui-même de très ambitieux, est de développer une méthode d'investigation proprement morale, fondée sur une compréhension adéquate de la conception ordinaire de la morale, mais capable de la dépasser.

Dans une perspective éthique, au sens où l'entend Dworkin, ce genre d'exercice n'apparaît pas trop différent de l'activité morale quotidienne de tout un chacun; la recherche de cohérence, l'examen critique de nos valeurs et la responsabilité envers soi-même ne sont pas des thèmes controversés ni étrangers. Cependant, ils le deviennent lorsque nous entrons en contact avec nos pairs. Au sens moral, soit en ce qui concerne nos relations, les controverses sont abondantes et semblent inévitables : notre intérêt personnel entre constamment en conflit avec celui des autres, ce qui nous incite à essayer de développer des théories morales qui sont elles-mêmes très souvent en faux avec nos convictions. Si notre analyse s'arrêtait ici, c'est-à-dire si on acceptait que le conflit entre nos intérêts individuels était indépassable et qu'il faisait partie de la nature humaine, alors nous devrions conclure, comme le fait Hobbes par exemple, que la seule façon d'y mettre un terme est d'imposer des comportements de manière conventionnelle et de punir les tricheurs ne respectant pas les conventions. En acceptant l'égoïsme comme étant un fait moral indépassable et la liberté individuelle comme étant problématique, on ne peut que conclure que les jugements moraux seront toujours controversés et qu'on ne pourra jamais surmonter cette controverse. En bref, il s'agit d'un retour à la thèse de l'absence de bonne réponse et à celle de l'indémontrabilité des jugements moraux, soit celles justifiant le positivisme légal et le pouvoir discrétionnaire des juges.

¹⁰⁶ R. Dworkin, « Lord Devlin and the Enforcement of Morals », loc. cit., p. 1002.

Dworkin rejette ces conclusions, et c'est là que le projet est ambitieux, et entend proposer une méthode qui permettrait d'aborder ce genre de controverse à partir d'un point de vue éthique plutôt que moral. Pour bien comprendre la pensée de Dworkin, il faut garder deux choses à l'esprit : d'abord, que l'indépendance des valeurs signifie qu'il n'y a pas d'argument massue qui viendrait résoudre un dilemme moral. Il n'y a pas non plus de réalité métaphysique qui pourrait atteindre le même objectif à condition d'être découverte. L'indépendance des valeurs est une approche existentialiste qui implique que l'agent est le seul responsable du sens et de la valeur qu'il donne à son existence. Ensuite, que l'agent a la conviction que sa vie a un sens et que cette conviction a une valeur nominale, c'est-à-dire qu'elle est objective. En factorisant ces deux aspects, on comprend que, si Dworkin a raison, l'agent ne peut pas être aux prises avec des dilemmes moraux irréconciliables. Autrement dit, il ne peut pas faire face à deux choix moraux et statuer qu'il est impossible de démontrer qu'un d'eux est « juste » et que l'autre ne l'est pas. Sur le plan éthique, on peut être incertain de la solution à un problème moral, dira Dworkin, mais on ne peut conclure que la solution à ce problème moral restera indéterminée :

There are no bare moral facts : moral reasoning, as I said, means drawing on a nested series of convictions about value, each of which could in turn draw on still other convictions. What ground would you have for thinking that you would never see a reason, no matter how long you wrestled with the issue, why one choice of conflicting values in one set of circumstances is morally preferable to the other choice? What ground could you have for the even more ambitious hypothesis that there is no such reason to discover? [...] My claim is not just that we can bring our discrete moral judgments into some kind of equilibrium - we could do that even if we conceded that our values conflict, by adopting some lexical priorities for values or some set of principles for adjudicating conflicts in particular cases. I want to defend the more ambitious claim that there are no genuine conflicts in value that need such adjudication.¹⁰⁷

Pour Dworkin, il n'y a pas de conflit moral insurmontable sur le plan éthique. L'incertitude peut toujours être surmontée par la conviction de l'agent qu'il est responsable du sens et de la valeur qu'il donne à son existence. Or, les convictions, rappelons-le, possèdent à la fois la force motivationnelle des désirs et l'objectivité des croyances morales. Pour ces raisons, souligne

¹⁰⁷ R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, loc. cit., p. 117.

Dworkin, l'agent est toujours motivé à chercher à donner un sens à son existence et à l'interpréter. Finalement, s'il est vrai qu'il n'existe pas de dilemmes éthiques insurmontables, alors cela signifie qu'on peut maintenant faire l'hypothèse que la « bonne réponse » est une possibilité.

Le parti pris éthique

Nous devons revenir un instant sur la discussion entre Dworkin et Rawls afin de mettre en relief les éléments qui permettent à Dworkin de montrer que nous devrions considérer nos relations avec les autres à partir de la perspective éthique et convictionnelle plutôt que morale et conventionnelle. Notre objectif est d'expliquer comment Dworkin arrive à relier l'éthique à la morale de façon à pouvoir répondre à la question suivante : pourquoi devrions-nous agir moralement ? Ou, en d'autres termes, il cherche à expliquer comment une « grammaire éthique profonde » peut mener à la création de devoirs et d'obligations morales.

Un des éléments qui doit être mis en relief est la dignité. Cette dernière doit être interprétée à partir d'une perspective éthique et non morale, comme c'est souvent le cas. Si on en fait une lecture morale, on peut penser que la notion de dignité dénote une convention sociale qui consisterait à traiter les gens avec respect, selon les usages de la politesse ou du droit, par exemple. Cependant, si cette interprétation n'est pas fautive en soi, il serait plus juste d'en faire une interprétation éthique, soit au sens du « respect de soi », c'est-à-dire la conviction que notre existence mérite d'être vécue et que cette valeur est objective et non dépendante de circonstances contingentes. Autrement dit, la notion de dignité signifie, d'une part, que nous ne souhaitons pas être traités injustement sur la base d'un attribut accidentel comme le lieu de naissance ou la couleur de la peau. D'autre part, elle est aussi l'affirmation objective de deux principes moraux : le respect de soi et l'authenticité. Ensemble, les deux principes contribuent à créer un devoir envers soi-même, il s'agit de la responsabilité morale, qu'il faut comprendre d'abord au sens éthique puis comme un vecteur de la responsabilité politique :

I now introduce two principles that I believe state fundamental requirements of living well. [...]The first is a principle of self-respect. Each person must take his own life seriously : he must accept that it is a matter of importance that his life be a successful performance rather than a wasted opportunity. The second is a principle of authenticity. Each person has a special, personal responsibility

for identifying what counts as success in his own life; he has a personal responsibility to create a life through a coherent narrative or style that he himself endorses. Together the two principles offer a conception of human dignity : dignity requires self-respect and authenticity.¹⁰⁸

Si, à l'instar de Dworkin, on comprend qu'une des conditions de participation à la position originelle est la reconnaissance par l'agent que son existence a une valeur objective et que cette reconnaissance est inhérente à l'activité morale, alors on peut extrapoler celle-ci à l'ensemble des agents et conclure que tous possèdent également une valeur objective, au sens éthique - Dworkin décrit une attitude envers soi-même et non une règle d'usage ou une convention juridique. Sachant cela, un agent peut très bien conclure que, s'il fait l'expérience de la valeur objective de son existence, alors tous les agents capables de justice doivent faire cette expérience eux aussi :

Your reason for thinking it objectively important how your life goes is also a reason you have for thinking it important how anyone's life goes : you see the objective importance of your life mirrored in the objective importance of everyone else's.¹⁰⁹

C'est ainsi que Dworkin tente d'intégrer l'éthique à la morale. D'une part, en dévoilant l'indépendance des valeurs et le scepticisme interne, qui impliquent que la valeur de vérité de nos jugements moraux ne peut pas dépendre d'une vérification, mais d'une plaidoirie dont la prémisse de départ est existentialiste, soit la reconnaissance d'un parti pris éthique envers soi-même. D'autre part, en montrant que ce parti pris éthique s'incarne aussi dans une conviction, soit que chacun reconnaît à l'autre une égale valeur morale et que cette valeur est objective. En un certain sens, cette valeur est analogue à un fait moral, qui, parce qu'il génère des attentes (on s'attend à ce que l'autre reconnaisse cette valeur), influence la structure interne de nos échanges. En bref, cette valeur crée un droit, ainsi que les devoirs collectifs correspondant, soit le droit d'être traité avec respect et égale considération.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 203.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 260.

Il n'y a pas de cas difficile

Les propositions de Dworkin mènent à deux constats. Le premier est juridique et le second est politique. Dans un sens juridique, la thèse de l'indépendance des valeurs et la possibilité d'obtenir une bonne réponse neutralisent la thèse inverse, soit celle de l'absence de bonne réponse. En conséquence, il n'y a plus lieu de parler de « cas difficiles », selon Dworkin, ou alors il faut en modifier la définition : le cas difficile sera désormais celui dont l'interprétation pose problème. Si Dworkin a raison, le pouvoir discrétionnaire devient obsolète. En effet, le magistrat pourrait y substituer une interprétation des principes moraux justifiant objectivement les pratiques d'une communauté. Son interprétation serait guidée par des principes moraux sans quitter le terrain de l'objectivité.

D'un point de vue politique, le droit à être traité avec respect et égale considération fait le lien entre l'éthique et la morale, de telle sorte qu'une convention qui n'en tiendrait pas compte ne pourrait pas être qualifiée de « moralement acceptable ». En effet, dans une situation où le législateur prendrait une décision qui favoriserait certains individus au détriment d'autres, alors cette législation ne serait pas « morale » au sens où l'entend Dworkin. Elle serait pragmatique, majoritaire ou cohérente, mais elle ne serait pas morale :

A political community has no moral power to create and enforce obligations against its members unless it treats them with equal concern and respect; unless, that is, its policies treats their fates as equally important and respect their individual responsibility for their own lives.¹¹⁰

On comprendra que la théorie éthique de Dworkin devient l'arrière-plan moral - ou le point d'appui moral, pour reprendre l'analogie avec le levier d'Archimède, capable de donner un sens à la loi, ainsi que de justifier l'usage de la force publique.

¹¹⁰ R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, op. cit., p. 330.

Chapitre 3 : Intégrité et politique

Dans ce chapitre, nous voulons montrer quel rôle joue l'éthique de Dworkin dans la création de ce qu'il appelle la communauté de principe. En effet, cette dernière est nécessaire dans la mesure où elle seule est capable de rendre compte de l'indépendance des valeurs ou, dit autrement, de permettre à ses membres d'incarner leur indépendance morale et de vivre avec dignité. Par ailleurs, en intégrant l'éthique à la morale, la communauté de principe est utile pour identifier nos devoirs politiques ainsi que la façon dont ils devraient s'incarner. Elle permet à Dworkin de justifier sa position concernant le pouvoir discrétionnaire des magistrats, soit qu'il serait plus juste de le concevoir comme étant un jugement pouvant être validé par des principes moraux ayant force légale que comme un « pouvoir » délégué par le souverain ou le législateur.

Nous commencerons donc par expliquer ce qu'est la communauté de principe. Cette dernière fait le pont entre l'éthique, la morale et la morale politique; elle joue aussi un rôle prépondérant dans sa théorie légale, puisque c'est par elle que peut s'incarner la théorie des droits de Dworkin. À ce titre, il faudra aussi revenir sur la neutralisation du scepticisme externe et la déclaration d'indépendance des valeurs, puisqu'ils impliquent une compréhension particulière du concept de communauté différente des conceptions anthropomorphiques et critérielles, comme le Léviathan de Hobbes, par exemple. En mettant en lumière les aspects les plus importants de la communauté de principe, nous pourrions montrer de quelle façon elle peut garantir une juste délégation de l'autorité politique, ce qui rend obsolète l'usage de la discrétion forte que défend le positivisme légal.

Prendre les droits au sérieux

Nous pouvons maintenant aborder une question centrale de la théorie politico-juridique de Dworkin : comment expliquer le passage des convictions inhérentes à sa théorie éthique à la vie publique ? En effet, on peut conclure avec lui que l'indépendance des valeurs mène à l'intégration de l'éthique à la morale, mais cela est insuffisant pour expliquer de quelle façon la morale peut fonder une communauté politique et donner de la force au système juridique de celle-ci. Or, il s'agit précisément de l'objectif de Dworkin : montrer que la loi et la morale ne constituent pas

deux systèmes différents et qu'on peut interpréter le droit comme étant une sous-catégorie d'un arrière-plan moral :

We saw how personal morality might be thought to flow from ethics and then how political morality might be seen to flow from personal morality. Our aim has been to integrate what are often taken to be separate departments of evaluation. We can easily place the doctrinal concept of law in that tree structure : law is a branch, a subdivision, of political morality.¹¹¹

Le passage vers la moralité politique et la communauté de principe est assuré par un consensus tenant compte de façon intègre, c'est-à-dire en évitant de laisser un écart entre la loi et la moralité politique, des principes partagés par les membres d'une communauté. Ce type d'accord ne nous est pas étranger, on le retrouve dans la plupart des démocraties constitutionnelles, qui choisissent de protéger les principes découlant de l'identité ou de l'éthique, comme l'explique Dworkin :

[The community of principle] insists that people are members of a genuine political community only when they accept that their fates are linked in the following strong way : they accept that they are governed by common principles, not just by rules hammered out in political compromise.¹¹²

On retrouve le même argument dans « Devlin and the Enforcement of Morals »¹¹³, mais aussi en filigrane dans « The Original Position »¹¹⁴, dans « Liberal Community »¹¹⁵, ainsi que dans un article moins connu: « Equality, Democracy, and Constitution : We the People in Court »¹¹⁶.

Dans « Lord Devlin and the Enforcement of Morals », Dworkin analyse la position de Devlin en lui reprochant d'accorder trop d'importance aux sentiments d'indignation exprimés par plusieurs membres de sa communauté. Pour Lord Devlin, l'expression de ces sentiments montrait

¹¹¹ *Ibid.*, p. 407.

¹¹² *Law's Empire*, loc. cit., p. 211.

¹¹³ R. Dworkin, « Lord Devlin and the Enforcement of Morals », loc. cit.

¹¹⁴ R. Dworkin, « The Original Position », loc. cit.

¹¹⁵ R. Dworkin, « Liberal Community », *California Law Review*, Vol. 77(#3), 1989, pp. 479-504.

¹¹⁶ R. Dworkin, « Equality, Democracy, and Constitution: We the People in Court », *Alberta Law Review*, Vol. 28 (#2), Canada, 1989, pp. 324-346.

sans aucun doute que les valeurs partagées par les membres de la communauté étaient menacées et que le comportement moralement controversé qui en était la cause était analogue à un comportement séditieux mettant l'État en danger. En conséquence, l'État était justifié d'assurer sa protection en adoptant des mesures répressives envers ceux et celles qui adoptaient les comportements controversés :

Each one of us has ideas about what is good and what is evil : they cannot be kept private from the society in which we live. If men and women try to create a society in which there is no fundamental agreement about good and evil they will fail; if, having based it on common agreement, the agreement goes, the society will disintegrate. [...] Society is entitled by means of its laws to protect itself from dangers, whether from within or without.¹¹⁷

Quoique Dworkin reconnaisse que Devlin avait raison de se préoccuper du lien entre la morale et la communauté, il critique le fait que Devlin ne fasse pas de distinction entre les arguments moraux et les autres arguments. Ainsi, explique-t-il, Devlin reconnaît la nécessité de tenir compte de la morale publique et du consensus qui s'en dégage, tel que semble l'exiger un des principes de la vie démocratique, soit qu'une communauté peut se diriger elle-même, cependant, il le reconnaît, en associant le sentiment individuel agrégé de chacun des membres de la communauté avec le sentiment collectif. Par ailleurs, il suppose que les sentiments individuels sont le fruit d'un raisonnement moral, alors que rien ne l'indique. En effet, Dworkin souligne que rien ne garantit que le profane, qu'il associe à l'homme de Clapham, ait des raisons pour justifier son jugement, qui pourrait être le fruit de biais cognitifs. Or, la vie démocratique, qui justifie l'intervention de l'État, selon Devlin, est en contradiction avec l'idée qu'on pourrait justifier une punition par quelque chose d'aussi arbitraire ou subjectif que des préjugés ou des sentiments de dégoût. De plus, si Devlin devait avoir raison, alors la majorité ne pourrait pas plus se diriger elle-même, car les principes démocratiques n'accordent pas ce genre d'autonomie si elle est fondée sur des jugements arbitraires¹¹⁸. Dworkin suggérera à la place que nos débats portant sur des problématiques morales sont caractérisés par la volonté de démontrer que le débat a véritablement lieu sur le terrain de la morale, d'une part, et que nos jugements moraux sont rationnellement justifiés par d'autres jugements moraux, d'autre part. En d'autres termes, nous

¹¹⁷ P. Devlin, *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, Oxford, 1965, pp. 10-13.

¹¹⁸ R. Dworkin, « Lord Devlin and the Enforcement of Morals », loc. cit., p. 1001.

sommes soucieux de montrer que la controverse morale ne porte pas sur un fait externe à celle-ci, mais bien sûr un jugement moral : «The moral argument we make presupposes not only moral principles, but also more abstract positions about moral reasoning. In particular, they presuppose positions about what kinds of acts can be immoral in and on themselves. »¹¹⁹

Dans la même foulée, Dworkin soulignera, quelques années plus tard, qu'on ne peut pas prendre part à un contrat sans avoir un intérêt antécédent. Dans « The Original Position », il rappelle que l'expérience de Rawls, même si elle crée les conditions dans lesquelles des agents devraient s'entendre sur un contrat social équitable, repose sur la volonté individuelle des agents de signer un contrat qui serait dans leur meilleur intérêt. Avec le voile d'ignorance, Rawls élimine pour les agents la possibilité de déterminer des buts individuels à partir de leurs intérêts particuliers, mais cela n'implique pas que ceux-ci soient tournés vers un objectif collectif. Autrement dit, l'objectif des agents est surtout éthique, au sens dworkinien; les agents s'entendent et négocient les termes du contrat à partir de ce qu'ils interprètent comme étant les conditions les plus avantageuses pour vivre dignement; une interprétation qui place en haute estime la nécessité de coopérer ensemble pour réaliser une vie digne d'être vécue. Dworkin fait aussi remarquer que, sans l'accord des agents, il ne peut y avoir de contrat social. Cela signifie que ces derniers ont un droit de veto ne pouvant pas être revendiqué pour d'autres raisons que des raisons simplement éthiques. C'est pourquoi il faut, selon lui, conclure que l'arrière-plan moral qui justifie le choix de la justice comme équité est fondé sur des droits moraux naturels découlant de l'identité¹²⁰ et non sur des droits positifs créés par un contrat. Toujours au sens dworkinien, on peut dire que ces droits sont moraux, pour la raison qu'ils donnent un sens aux relations humaines, qu'ils structurent et organisent. En somme, ces droits moraux seraient les conditions de possibilité du contrat social et des droits politiques qu'il doit garantir :

It seems fair to assume, then, that the deep theory behind the original position must be a right-based theory of some sort. [...] It must be a theory that is based on the concept of rights that are *natural*, in the sense that they are not the product of any legislation, or convention, or hypothetical contract. [...] It requires no more than the hypothesis that the best political program is one that

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 998.

¹²⁰ En faisant découler des droits *naturels* de l'identité, Dworkin évite les pièges des théories de la loi naturelle et il ne compromet pas ses thèses libérales.

takes the protection of certain individual choices as fundamental, and not properly subordinated to any goal or duty or combination of these. [...] Plainly, any right-based theory must presume rights that are not simply the product of deliberate legislation or explicit social custom, but are independent grounds for judging legislation and custom.

On the constructive model, the assumption that rights are in this sense natural is simply one assumption to be made and examined for its power to unite and explain our political convictions, one basic pragmatic decision to submit to this test of coherence and experience.¹²¹

Par ailleurs, le système politique organisant une communauté donnée serait aussi une fonction de ces droits moraux. À ce titre, Dworkin croit que la démocratie est le système incarnant le plus efficacement ces droits moraux dans la mesure où elle peut permettre une meilleure distribution des pouvoirs politiques, c'est-à-dire un pouvoir partagé de façon à ce que les droits moraux soient intégrés aux droits politiques. De cette manière, les droits politiques seraient cohérents avec les deux principes cités plus haut, soit le respect de soi et l'authenticité. Une démocratie idéale composée de citoyens idéaux fonctionnant de la sorte éliminerait les écarts entre la loi et les convictions morales de ses membres, puisque ces derniers réaliseraient forcément que la loi est en phase avec leurs propres convictions. Cette intégration, dans laquelle s'ajouteraient la responsabilité envers soi-même et la reconnaissance que les autres répondent au même impératif, connecte l'éthique à la morale et la morale à la morale politique.

La communauté de principe

Contrairement à ce que laissent supposer Hobbes, Rawls, Devlin et Hart, soit que la communauté politique naît à la suite d'un accord impersonnel et volontaire entre individus ayant des intérêts convergents, Dworkin croit qu'il est plus utile de considérer l'engagement politique du point de vue plus intime et involontaire de l'appartenance réelle à sa communauté¹²². Or, cette appartenance tire sa force de la conviction toute personnelle de l'agent qui accorde une valeur objective à son existence et qui comprend que cette valeur dépend du contexte communautaire dans lequel il évolue, qui est partie prenante de cette existence :

¹²¹ R. Dworkin, « The Original Position », loc. cit., pp. 528-529.

¹²² R. Dworkin, *Law's Empire*, loc. cit., p. 206.

The argument from integration does not suppose that the good citizen will be concerned for the well-being of fellow citizens; it argues that he must be concerned for his own well-being, and that, just in virtue of that concern, he must take an interest in the moral life of the community of which he is a member.¹²³

Si on ramène à l'esprit la façon dont Dworkin explique le passage de l'éthique à la moralité, on comprend mieux comment il se représente le passage de la moralité à la moralité politique. Étant donné que l'intégration de l'éthique à la morale mène à la création du droit au respect et à une égale considération, un agent revendiquant ce droit ne peut que réaliser qu'il ne saurait tolérer une situation où il subirait une disparité de traitement pour des raisons arbitraires. En revendiquant ce droit, l'agent exhorte aussi ses pairs à s'imposer un devoir moral envers lui. Cette façon d'envisager les relations avec les autres devient politique lorsque l'agent comprend qu'il revendique son droit au respect et à l'égale considération auprès de sa communauté elle-même. Il exige de la communauté qu'elle agisse elle-même comme une « unité agentique » et qu'elle respecte ses devoirs et obligations envers lui. En conséquence, souligne Dworkin, la communauté politique est imputable envers ses membres de la même façon qu'un agent est responsable de lui-même, c'est-à-dire qu'elle doit tenir compte, sur le versant éthique, du rapport intime entre le sens et la valeur de son existence et, sur le versant moral, en reconnaissant intégralement ce rapport à l'ensemble des agents. Cela dit, Dworkin se défend bien de sous-entendre que la communauté de principe devrait être considérée comme étant une entité incorporée, complètement indépendante des agents qui la forment et à laquelle ils doivent obéir.

Dans *Liberal Community* et dans *Equality, Democracy, and Constitution : We the People in Court*, Dworkin précise comment il conçoit la relation entre l'agent, la communauté et la démocratie. Il fait remarquer qu'il faut éviter de supposer que la volonté des agents est complètement intégrée dans celle de la communauté. En effet, l'intégrité dont il est question concerne l'imputabilité de la communauté de principe, pas l'identité des agents, ce qui limite la portée des actions politiques de cette communauté aux droits que se reconnaissent les agents. À

¹²³ R. Dworkin, « Liberal Community », loc. cit., p. 492.

ce titre, Dworkin pense que les agents d'une communauté de principe sont collectivement responsables des actions de cette communauté, mais que celle-ci n'agrège pas leurs jugements¹²⁴.

We are now in a position to distinguish two forms of communal collective action : integrated and monolithic. In the case of integrated collective action, while the shared attitudes of participants create a collective unit of responsibility, they do not create a collective unit of judgment : the unit of judgment remains thoroughly individual. In the case of monolithic action, on the contrary, both the unit of responsibility and the unit of judgment become collective.¹²⁵

À l'inverse, on peut adopter une conception anthropomorphique de ce qu'est une communauté, qui devient alors analogue à un « super-agent » composite, analogue au Leviathan de Hobbes. Le cas échéant, on risque de dépersonnaliser la vie en communauté et de considérer que l'appartenance à celle-ci n'est déterminée que par une conformité aux conventions de cette dernière. En somme, à trop personnifier l'État on risque de voir en lui l'agrégation des volontés individuelles en une volonté composite de la même nature que celles des agents qui la composent et à laquelle il faut obéir. Dworkin voit, dans la réflexion de Lord Devlin, un sophisme de la composition par lequel on attribue à la communauté la capacité de prescrire un modèle précis d'existence recouvrant tous les aspects de l'activité humaine, ce qui élargit considérablement la portée de l'autorité politique. Le cas du Rapport Wolfenden¹²⁶ illustre assez bien l'erreur de Devlin, soit de supposer que la communauté, entendue comme un tout organique, peut

¹²⁴ R. Dworkin, « Equality, Democracy, and Constitution: We the People in Court », loc. cit., p. 337.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 336.

¹²⁶ « The Wolfenden Report: Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution », (1963). La Commission présidée par l'honorable John Wolfenden devait déterminer si l'homosexualité était ou non un crime contre les mœurs. Le commissaire conclut que les relations homosexuelles, dans la mesure où elles concernaient des adultes consentants, ne pouvaient être traitées comme des crimes ou comme la conséquence d'une pathologie mettant le public en danger. Cela signifiait deux choses : d'abord que les actions moralement controversées n'étaient pas criminelles en elles-mêmes, et ensuite que l'État ne pouvait intervenir dans les affaires de mœurs si celles-ci avaient lieu dans la sphère privée entre adultes consentants. Pour la société anglaise du moment, cela impliquait que l'homosexualité n'était pas incompatible avec la citoyenneté et qu'il fallait donc la tolérer malgré les volontés de la majorité. Dans la foulée des réactions très fortes de l'opinion publique, le juge Patrick Devlin critiqua le travail de la Commission Wolfenden dans un texte intitulé *The Enforcement of Morals*. Selon lui, le rôle premier de l'appareil juridique était de protéger la société. Pour y arriver, le juge devait tenir compte de l'humeur de l'opinion publique puisque ses réactions de dégoûts et d'outrage étaient le symptôme que les principes moraux de la communauté étaient menacés, ce qui mettait l'identité nationale en danger. Pour Dworkin (et pour Hart), Devlin commet deux erreurs: la plus importante est qu'il confond la « morale » avec des réactions irrationnelles (lire p. 32, note 52), la deuxième est le sophisme dont il est question ici. Il est important de noter que Dworkin ne remet pas en question l'importance de la morale dans la construction de l'identité communautaire.

légitimement formuler des jugements moraux concernant tout le spectre des conditions par lesquelles ses membres peuvent s'émanciper. Par exemple, en déterminant ce qui se qualifie comme étant une pratique sexuelle saine, ce qui excède, selon Dworkin, le mandat de la communauté. Pour lui, il s'agit plutôt de viser la création d'un esprit de corps analogue à celui qu'on retrouve parfois dans les équipes sportives ou les équipes de travail, où les membres sont collectivement responsables des réussites et des échecs, mais qui peut difficilement imposer un modèle de « vie bonne » digne d'être vécue.

Légitimité politique

Pour Dworkin, la « portée morale » d'une communauté de principe dépend de l'objectif qui justifie les pratiques de cette communauté. Il est important de préciser qu'il ne s'agit pas des pratiques individuelles agrégées, mais bien des pratiques spécifiquement collectives. Par exemple, les choix découlant des droits fondamentaux comme la liberté d'expression ou de conscience sont des choix individuels qui peuvent être agrégés dans certaines situations, comme par exemple lorsqu'il faut se prononcer sur la construction d'un amphithéâtre. Cependant, le choix des limites qu'on devrait imposer à ces droits fondamentaux serait collectif dans la mesure où ils influenceraient la communauté elle-même. Parce que les choix collectifs affectent la communauté, les membres d'une communauté de principe doivent reconnaître qu'ils ont une responsabilité collective envers cette dernière, mais que les jugements politiques qu'ils formulent la concernant sont individuels.

À la clé de la communauté de principe, il y a l'esprit de corps, c'est-à-dire un attachement profond à une tâche dont la réalisation dépend d'une action collective. Par exemple, pour que P.K. Subban puisse évoluer dans une équipe sportive comme Les Canadiens de Montréal, il doit respecter un certain nombre de conditions : d'abord, la victoire doit avoir une valeur pour lui. Ensuite, il doit reconnaître qu'il ne peut être individuellement responsable de la victoire de son équipe, c'est-à-dire qu'il doit comprendre que ce n'est pas Subban qui gagnera la Coupe, mais Le Canadien. De plus, il doit être conscient qu'il agit pour son équipe et en fonction des besoins de celle-ci. Enfin, il doit aussi reconnaître que Tokarski, le gardien-recrue, Brière, Galchenyuk et les autres font partie de sa communauté et que ses membres et la réalisation des objectifs de l'équipe

sont codépendants. Autrement dit, le défenseur du Canadien doit être conscient que ses décisions influenceront l'équipe et, par celle-ci, lui-même. Si Subban accepte ces conditions, alors il fait partie de la communauté de principe « les Habs », et il en partage la responsabilité avec tous les membres de son équipe.

À partir de cet exemple, on peut illustrer comment Dworkin construit le devoir politique à partir de l'éthique. Au premier chef, il y a la valeur que Subban accorde à son existence, l'excellence sportive, dont la réalisation dépend d'une action spécifiquement collective : la victoire du Canadien. Étant responsable de réaliser ce qu'il interprète comme étant un aspect d'une vie réussie, Subban n'a d'autre choix que d'étendre volontairement la portée de cette responsabilité à une action collective. En retour, il ne peut pas faire autrement que d'accepter que cette dernière implique nécessairement un certain nombre de devoirs et d'interdictions, qu'il ne peut contourner qu'au risque de dénaturer son idéal sportif. De plus, on remarquera que Subban n'évalue pas son rôle ou ses décisions à partir d'une position strictement conventionnelle et passéiste ni à partir d'une conception simplement pragmatique ; il doit reconnaître que son équipe a une existence indépendante qui requiert des actions spécifiquement collectives. Il doit donc tenir compte à la fois de l'identité de sa communauté et de ce qui justifie son existence - gagner la Coupe dans le cas du Canadien - sans perdre de vue la portée de son autorité, soit de pouvoir déterminer les actions collectives qu'exige le succès de l'équipe et qui s'imposent sur les désirs individuels de ses joueurs :

On the metaphysical view of integration, a community is a super-person, and its collective life embodies all the features and dimensions of a human life. But the practice view defines a community's communal life more narrowly : it includes only the acts treated as collective by the practices and attitudes that create the community as a collective agent. The communal life of an orchestra is limited to producing orchestral music : it is only a musical life. This fact determines the character and limits of the ethical integration of the musicians' lives into the communal life.¹²⁷

Évidemment, l'analogie entre une équipe de hockey et une communauté politique pèche par excès de simplicité. On ne peut pas vraiment espérer qu'une Nation ait un tissu social aussi serré que celui de La Sainte-Flanelle et on voit mal comment Le Canadien pourrait devenir une

¹²⁷ R. Dworkin, « Liberal Community », loc. cit., p. 495.

institution démocratique¹²⁸. Cela dit, l'exemple est utile pour deux raisons : il montre comment Dworkin pense l'intégration de l'éthique à la morale politique, mais surtout il indique l'origine et les limites de la légitimité politique. La « portée morale » de l'autorité de la communauté est réservée aux aspects collectifs de la vie en communauté, pas aux aspects individuels, comme celui des préférences sexuelles, idéologiques, artistiques, etc. :

I said that the collective life of a political community includes its official political acts : legislation, adjudication, enforcement, and the other executive functions of government. An integrated citizen will count his community's success or failure in these formal political acts as resonating in his own life, as improving or diminishing it. [...] These formal political acts of the community as a whole should be taken to exhaust the communal life of a political body, so that citizens are understood to act together, as a collective, only in that structured way.¹²⁹

En reconnaissant ceci, un agent accepte en même temps un certain nombre de présupposés : 1) il y a un arrière-plan éthique, c'est-à-dire une idée de ce que serait une vie digne d'être vécue qui justifie la participation à une communauté politique; 2) l'existence de cette communauté est en orbite autour d'un sens qui correspond à un objectif exigeant des actions collectives; 3) cet objectif fixe les limites de la légitimité de l'autorité politique, soit les enjeux de nature collective, et détermine comment cette autorité sera déléguée : elle ne dépend plus exclusivement de la parole d'un souverain ou du législateur, mais aussi, surtout, de principes moraux qui tirent leur objectivité et leur validité de l'indépendance des valeurs.

La communauté démocratique : actions intégrées et monolithiques

L'actualité québécoise récente a montré à quel point il est difficile d'équilibrer les droits individuels garantis et les droits collectifs. En 2012, au moment où le Parti Québécois proposait de modifier le cadre jurisprudentiel des accommodements raisonnables religieux par une charte des valeurs québécoises, la majorité revendiquait le droit de suivre ses propres lumières. Au contraire, d'autres soutenaient que la majorité ne pouvait pas exercer son autorité au détriment

¹²⁸ Ce qu'il est presque. On se souviendra qu'à l'élection de 2012, on a déplacé un débat des chefs pour satisfaire les amateurs de hockey.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 500.

d'une minorité, et qu'elle devait respecter les garanties constitutionnelles faisant elle aussi parties de la génétique morale de nos démocraties. D'aucuns percevaient cette fin de non-recevoir comme étant un déni de démocratie et remettaient en question le « gouvernement des juges » et la pertinence des garanties juridiques protégeant « surtout » les minorités. Le « malaise » de la majorité était suffisant pour justifier l'action de l'État.

Cette controverse n'est pas originale et semble parfois indépassable, mais Dworkin avançait qu'elle ne se posait plus si on considérait la société démocratique comme étant une communauté de principe capable de poser des actes « intégrés », soit des actions collectives moralement responsables, posées par des agents autonomes sur le plan éthique et capables de délibérer :

In the case of integrated collective action, while the shared attitudes of participants create a collective unit of responsibility, they do not create a collective unit of judgment: the unit of judgment remains thoroughly individual. In the case of monolithic action, on the contrary, both the unit of responsibility and the unit of judgment become collective.¹³⁰

À l'inverse, les membres d'une communauté de principe monolithique subiraient l'équivalent politique d'un changement agentique, c'est-à-dire qu'ils valideraient leurs jugements politiques à l'aune d'un fait n'ayant rien de moral, soit la convention stipulant que la majorité détermine qui détient le pouvoir légitime. D'une telle circonstance, les membres auraient délégué le pouvoir à un « super membre » capable de les dédouaner de leur responsabilité collective.

Afin d'éviter ce genre de dérive et d'amoindrir le risque de soumettre les minorités à une tyrannie de la majorité, Dworkin suggère d'essayer de penser les institutions démocratiques en fonction des principes directeurs qu'elles incarnent, ce qui, en somme, permet aussi d'en tester la cohérence. Il en compte trois : le principe de participation, qui stipule que chaque membre doit pouvoir identifier et déterminer le rôle qu'il joue dans la communauté; évidemment, l'agent doit percevoir qu'il a de l'intérêt à être membre de sa collectivité, c'est le principe de l'intérêt; enfin, il doit pouvoir être autonome et comprendre qu'il est responsable de ses choix. Une démocratie dont les institutions seraient capables de rendre compte et de promouvoir ces principes pourrait

¹³⁰ R. Dworkin, « Equality, Democracy and Constitution: We the People in Court », loc. cit., p. 337.

aspirer à devenir une communauté de principe intégrée, à la condition que son système de justice soit lui aussi intègre, c'est-à-dire capable de rendre compte à la fois des dimensions éthiques et morales, existentielles et politiques, propres aux démocraties libérales :

A just society is a prerequisite for a life that respects both of two ideals, neither of which should be abandoned. So our private lives, our success or failure in leading the lives people like us should have, are in that limited but powerful way parasitic on our success together in politics. Political community has that ethical primacy over our individual lives.¹³¹

Ce à quoi une démocratie monolithique, où la légitimité de l'autorité politique est déterminée par un rapport de force entre la majorité et une minorité, ne peut prétendre arriver à faire.

Délégation, discrétion et la loi comme intégrité

On comprend que Dworkin ne défend pas une conception de la légitimité de l'autorité politique fondée simplement sur la notion de souveraineté et de la délégation de l'autorité, comme c'était le cas pour Hobbes, Austin et les positivistes légaux, ni sur celle de la majorité, comme c'est le cas dans les démocraties modernes. Pour lui, la légitimité politique n'est pas fonction d'une statistique, mais de principes. Dans cette perspective, un magistrat devant résoudre une cause difficile ne peut pas simplement le faire en invoquant un pouvoir discrétionnaire qui lui serait délégué par le souverain ou par l'application d'une règle secondaire comme Hart le pensait, sa décision doit aussi être contrainte par les principes qui justifient la création d'une communauté de principe. Pour Dworkin, la décision du juge repose donc sur un jugement plutôt que sur un pouvoir, et sa validité est assurée par une délibération plutôt que par sa discrétion.

Pour bien comprendre la position de Dworkin, il faut se souvenir de la thèse de l'indépendance des valeurs, qui signifie que les valeurs peuvent être déclarées vraies par la délibération morale et qu'elles tirent leur objectivité des convictions morales, qui réunissent le caractère objectif des croyances et la force motivationnelle des désirs. Si on accepte l'indépendance des valeurs sans compromis, alors on neutralise le besoin d'avoir recours à des

¹³¹ R. Dworkin, « Liberal Community », loc. cit., p. 504.

faits externes pour trancher des débats et il devient inutile de débattre des faits pour résoudre un dilemme moral. Autrement dit, les faits externes à la morale ne peuvent être la cause des controverses morales, comme l'indique le principe huméen.

Si on reconnaît l'indépendance des valeurs, l'adjudication d'un cas difficile peut recevoir une valeur de vérité même en l'absence de règle valide. En effet, le jugement pourrait être déclaré vrai et valide, à condition que le juge ait été en mesure de faire la démonstration que son jugement découle nécessairement des principes ou de la théorie morale donnant le sens des pratiques propres à une communauté de principes, un sens qui s'incarne, rappelons-le, autour d'un consensus moral issu d'un parti pris éthique et non, comme le supposait Hart, autour de règles conventionnelles inspirées par un contenu minimal de la loi naturelle. Évidemment, rappelle Dworkin, la question de savoir ce qu'est la théorie morale justifiant le mieux les pratiques collectives d'une communauté reste ouverte à l'interprétation et dépend finalement du politique plus que du juridique, dont la tâche consiste à garantir une application intègre de la loi tenant en haute estime l'obligation de rendre justice, ce que le positivisme légal et le pouvoir discrétionnaire qu'il implique ne parviennent pas à faire de manière adéquate. C'est ce qui explique pourquoi Dworkin cherchera à montrer que la portée du pouvoir discrétionnaire des juges devrait être limitée.

C'est pourquoi le magistrat doit personnifier la communauté à laquelle il appartient et voir en elle une communauté de principe cherchant, de manière analogue à un individu, à agir de manière cohérente avec ses principes et ce qu'ils exigent :

The adjudicative principle of integrity instructs judges to identify legal rights and duties, so far as possible, on the assumption that they were all created by a single author - the community personified - expressing a coherent conception of justice and fairness.¹³²

À l'instar de Socrate, nous acceptons assez difficilement d'être en contradiction avec nous-mêmes, c'est pourquoi nous essayons, par l'examen critique de notre conscience, de construire un système moral capable de rendre compte de l'ensemble de nos actions et de donner un sens à

¹³² R. Dworkin, *Law's Empire*, loc. cit., p. 245.

notre existence. Pour Dworkin, il devrait en être de même lorsqu'on souhaite identifier les principes qui animent, orientent et surtout justifient les contraintes légales que nous sommes prêts à nous imposer collectivement, par l'entremise de garanties légales inscrites dans nos constitutions :

Any legal interpretation should aim at a coherent account of the legal order as a whole. So any interpretation of constitutional law in a democracy must take the fact of democracy into account. [...] For that interpretation of our democracy [as a community of principles] permits us to understand disabling constitutional provisions not as compromising democracy but as an important part of the democratic story. We make the best of the legal order as a whole, subordinating neither of its central structuring features to the other, by interpreting disabling clauses as edicts of political and moral principle protecting democracy, not the residue of historical politics or embarrassments to be ignored so far as possible.¹³³

Ainsi, le magistrat aux prises avec un cas difficile peut adopter l'approche de Dworkin afin d'identifier les principes directeurs de sa communauté de principe à partir desquels il pourrait valider l'adjudication. En somme, ces principes agiraient comme des règles légales valides parce que cohérentes avec le système moral de la communauté et objectives parce qu'issues d'une convergence des convictions. La communauté de principe permet de considérer que les principes moraux et politiques d'une communauté font partie intégrante de la loi et qu'ils sont une source de droit valide.

Law as integrity asks judges to assume, so far as this is possible, that the law is structured by a coherent set of principles about justice and fairness and procedural due process, and it asks them to enforce these in the fresh cases that come before them, so that each person's situation is fair and just according to the same standards. That style of adjudication respect the ambition integrity assumes the ambition to be a community of principle.¹³⁴

De cette façon, on impose une contrainte au pouvoir discrétionnaire des juges, qui ne sont plus complètement « seuls avec leur conscience » lorsque vient le temps d'adjudiquer.

¹³³ R. Dworkin, « Equality, Democracy and Constitution: We the People in Court », loc. cit., p. 344.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 243.

Chapitre 4 : L'indétermination dispositionnelle

Comme on a pu le voir, la réponse de Dworkin au problème de l'indétermination de la loi consiste à montrer que le contenu moral de la loi contraint suffisamment l'adjudication de façon à rendre le pouvoir discrétionnaire obsolète, tout en corrigeant les problèmes politiques qui en découlaient. Étant donné l'unité des valeurs et leur indépendance aux faits, Dworkin conclut qu'on ne peut extraire le droit de la morale, comme le prétendent les positivistes légaux, et que cette dernière peut et doit faire partie du raisonnement juridique. En effet, une théorie du droit qui ferait reposer la validité du raisonnement juridique sur un système de règles indépendant de la morale serait forcément une théorie incomplète sur plusieurs aspects.

Dworkin a été critiqué sur plusieurs aspects de ses thèses, mais la critique la plus sérieuse nous semble venir d'outre-tombe, soit du réalisme légal du tournant du XXe siècle, et elle gagne de la force par le mouvement des *Critical Legal Studies*¹³⁵. Nous présentons les deux à tour de rôle, tout en y intégrant les répliques de Dworkin.

Indétermination et réalisme légal : le défi dispositionnel

Pour un réaliste légal, l'indétermination de la loi est « dispositionnelle », au sens où les dispositions du magistrat, c'est-à-dire sa conception de la loi, son caractère et son expérience¹³⁶, interviennent dans son raisonnement. Dans *The Bramble Bush*, par exemple, Llewellyn invite ses étudiants à réfléchir à l'utilité et au processus de la prise de notes. Lors de la prise de notes, dit-il, l'étudiant cherche à consolider ses apprentissages et à leur donner du sens en filtrant les notions

¹³⁵ À ce sujet, il faut souligner la contribution de A. Altman. Dans un article intitulé « Legal realism, Critical Legal Studies, and Dworkin » (1986), il examine le problème de l'indétermination de la loi à partir du modèle positiviste, qui tient l'indétermination comme étant un problème mineur issue de la texture ouverte du langage. L'indétermination de la loi aurait d'ailleurs peu d'influence formelle et celle-ci serait de toute façon largement compensée par le sens premier (*core meaning*) des concepts juridiques. L'analyse de Altman porte surtout sur la conception de la loi comme système afin de déterminer si l'approche dworkinienne permet effectivement de distinguer le principe légal ayant le plus de valeur ou de sens («weight») si un juge avait à choisir entre deux principes ou règles d'égale valeur. Altman souligne que Dworkin pose le problème sous la forme d'un faux-dilemme: « [...] either include principles and ideals as a part of the law in order to contain (and perhaps, eliminate) the indeterminacy it would have were it simply a collection of rules or admit that common-law adjudication is a fraud » (p. 212). Évidemment, cela soulève la question de savoir si l'arrière-plan moral que suppose l'approche dworkinienne est une possibilité.

¹³⁶ Incluant son *répertoire* de causes célèbres favorites, soit celles avec qui il est le plus confortable ou qu'il juge comme étant les plus utiles, etc.

essentielles et celles de moindre valeur. Un bon élève notera les éléments de doctrine, mais ne retiendra pas les mauvais exemples ou les anecdotes. Le soin qu'il y mettra et la richesse de ses réflexions seront déterminants dans ses études, dans la mesure où certaines notions gagneront ou perdront de la substance selon la richesse des réflexions de l'étudiant. Par cet exercice, il s'adonne à une activité analogue à celle d'un juge ayant à faire la distinction entre les lois et les règles qui ont autorité sur les faits, le dispositif et les commentaires qui n'ont pas autorité, les opinions incidentes, mais qui font tout de même partie du jugement, comme les analogies, les exemples, etc. :

The truth that we have seized upon is this: you see in your case almost exactly what you brought to it, and hardly more. If you bring much, you see much. If you bring nothing, that is what you see. A little, each case will add to what you knew. The measure of what it adds, again, is what you bring. [...]One other point I wish to make in the same connection. Note-taking is well nigh essential. Writing helps memory. Writing records. What seems so easy to remember slips away. You need it, if you would consolidate. But note-taking, like briefing, is a treacherous tool. Notes that have any value are not copied down. Before the writing down goes a critique. Notes that have any value are not what is said, but a selection, a working-over, a working-up of what is said, a preservation of the queries opened by the instructor, a preservation of the independent queries which occur to you. If you are actively - though silently-engaged in the discussion, your mind must open queries as the class proceeds. Those things belong in your notes. What the instructor gives as information then has some reference value. You can see its setting. You can judge whether it is holding or mere dictum.¹³⁷

Pour des esprits comme ceux de Llewellyn ou de Holmes, cette indétermination de la loi signifie, d'une part, qu'une théorie légale cherchant à tenir compte des valeurs morales serait vouée à l'échec et, d'autre part, que le raisonnement juridique n'est rationnel que de manière superficielle. En dernière analyse, l'indétermination de la loi se traduit par l'impossibilité de pouvoir prévoir, à partir du système de règles seulement, dans quelle direction ira le juge devant résoudre un cas difficile. Par ailleurs, cette source d'indétermination ne provient pas d'un problème théorique ou sémantique, mais des dispositions particulières du juge, lesquelles échappent à l'unité du droit qu'impose le système juridique. Une analyse de ce système ne suffirait pas à exposer l'influence qu'exercent ces dispositions. Finalement, contrairement à Hart et à Dworkin, qui considèrent tous les deux que les citoyens doivent pouvoir formuler des

¹³⁷ K. Llewellyn, *The Bramble Bush: Some Lectures on Law and its Study*, Hein and Company, 2007, pp. 51-53.

attentes raisonnables quant aux conséquences juridiques de leurs actions¹³⁸, ce qui justifie l'usage du pouvoir discrétionnaire pour le premier et la loi comme intégrité pour le second, Llewellyn conclut que ce n'est pas toujours possible à moins d'avoir une connaissance intime des dispositions morales, éthiques et professionnelles du juge, puisque celles-ci peuvent intervenir dans sa lecture des faits, ainsi que dans l'importance qu'il donnera au dispositif versus celle qu'il accordera aux opinions incidentes. En pratique, cela permet au magistrat de placer certains éléments de doctrine dans la rubrique des opinions incidentes et ainsi de discriminer les précédents en fonction de ceux qui servent le mieux sa conscience :

Nor, until you see the double aspect of the doctrine-in-action, do you appreciate how little, in detail, you can predict, out of the rules alone; how much you must turn, for purposes of prediction, to the reactions of the judges to the facts and to the life around them. [...] But always and always, you will bear in mind that each precedent has not one value, but two, and that the two are wide apart, and that whichever value a later court assigns to it, such assignments will be respectable, traditionally sound, dogmatically correct.¹³⁹

Si le réalisme légal a raison, il y aurait matière à formuler une critique assez forte de l'interprétativisme de Dworkin pour deux raisons. Premièrement, cela impliquerait que la source de l'indétermination de la loi selon le réalisme juridique est beaucoup plus profonde que ce que Dworkin anticipait. En effet, l'indétermination découlerait de dispositions subjectives et incommensurables, ce qui aurait comme conséquence immédiate de multiplier le nombre de causes difficiles, contrairement à ce que pense Dworkin. Deuxièmement, si l'indétermination de la loi est dispositionnelle, alors on peut imaginer que certaines dispositions seront contradictoires et irréconciliables. Le cas échéant, c'est l'existence même de la thèse de l'unité des valeurs et d'une théorie politique capable d'ordonner le droit de manière cohérente qui serait remise en question. Rappelons que le succès de l'interprétativisme repose sur l'existence de ces postulats, puisque Dworkin suppose que les principes à l'oeuvre dans ceux-ci peuvent contraindre l'adjudication. Or, si ces deux aspects de l'approche dworkinienne n'étaient pas avérés, cela placerait le juge devant une indétermination encore plus importante que celle perçue par les

¹³⁸ Pour Hart, cette possibilité est limitée dans les cas difficiles, c'est pourquoi il faut la corriger par un usage raisonnable de la discrétion judiciaire. Dworkin estime que cette discrétion est exagérée et que certains principes moraux peuvent intervenir dans le dispositif et non seulement comme opinion incidente.

¹³⁹ *op.cit.*, pp. 65-66.

positivistes légaux puisqu'il précéderait le raisonnement légal lui-même. Ce serait un retour à la case départ pour l'interprétativisme.

Dans un passage de *Law's Empire* consacré au pragmatisme, mais qu'il rapproche du réalisme, Dworkin tente d'écarter cette critique par deux arguments : un portant sur la nature des droits et le deuxième portant sur le sens et la valeur de l'usage des précédents. Pour un réaliste légal, les droits n'ont qu'une valeur stratégique au service de la conception de la justice du juge. Selon Dworkin, cette conception des droits ne représente pas la conception ordinaire des droits, de laquelle la loi et l'autorité juridique tirent leur légitimité. En effet, remarque-t-il, les gens se méfient généralement de ce genre de pratique, qu'ils associent généralement à un gouvernement de juges. Ensuite, s'il est vrai que le raisonnement juridique est superficiel et que les véritables forces derrière l'adjudication échappent à l'analyse, alors il devient difficile d'expliquer le sens et l'importance qu'on accorde aux précédents¹⁴⁰.

En première lecture, les explications de Dworkin paraissent sérieuses, mais elles nous semblent insuffisantes. D'emblée, nous choisissons d'écarter le deuxième argument pour la raison que la doctrine du *stare decisis* est un enjeu complexe qui ne peut être compris qu'aux confluent de l'histoire de la pensée juridique et de la construction de l'espace public, ce qui nous éloignerait de notre sujet. À ce titre, le premier argument, soit celui concernant la nature des droits, a plus de valeur parce qu'il est basé sur un raisonnement se présentant comme une pétition de principe. La théorie dworkinienne relie les droits aux principes qui justifient le mieux la loi et la pratique du droit. Dans cette perspective, les droits ont une valeur indépendante de leur utilité par défaut. Or, il s'agit d'une proposition qui découle directement de la théorie légale de Dworkin, et il ne peut en douter sans courir le risque de remettre sa théorie en question. Pour que les objections de Dworkin aient de la force, il faudrait que celui-ci puisse démontrer que les membres d'une communauté partagent cette conception des droits, ce qui n'est pas gagné d'avance.

¹⁴⁰ R. Dworkin, *Law's Empire*, Belknap Press of Harvard University Press, Mass., 1986, pp. 160-161.

L'étude critique du droit (les *critical legal studies*)

L'étude critique du droit (*Critical Legal Studies*, CLS) suppose que le système juridique incarne les dissensus inhérents à la vie collective. Après tout, l'application du droit est inféodée à l'activité législative, avec tout ce qu'elle suppose en termes de controverse et de *real politik*. La prétention des CLS est de montrer, un peu à la manière des réalistes, que l'indétermination de la loi dépend de forces politiques et culturelles, et pas simplement morales, sous-jacentes au système juridique :

Normally, when a legal scholar confronts a court opinion, it appears richly textured. Some elements seem more a part of the story it tells about the application of norms than others. Some parts are deeply normative (the holding), others only peripherally so (the dicta), others merely descriptive (recitation of facts or elaboration of doctrine). Depending upon the purpose with which we read, this landscape will change, thrusting different aspects of the court's story to the forefront. Moreover, we might imagine the opinion to be part of an elaborate historical context, which showed now an economic, now a political, now a psychological facet. Viewed by a critical theorist, however, the text is uniformly flat. It is all a telling at equal distance. Each element of the text would stand in potentially the same relationship to the text's larger cultural claim about itself. This approach would thus focus on situating the legal text as a whole in a cultural project. Once having established this stance, the legal-scholar-as-critical-theorist would search in the text for evidence that the claims which the text made did not cohere. [...]The objective is to dislodge the everyday perception of the participant in legal culture - to challenge the level at which legitimation occurs, if only the legitimation of apparent normalcy. The critical legal theorist would imagine, then, that examination of the tale law tells might reveal contradictions which call into question legal ideology. One way in which a consciousness can be made to reveal its falsity is by demonstration that its source or nature repudiates it. Therefore, the critical theorist seeks to explain the ways in which the self-reflective claims of legal ideology are unsustainable. The goal would be to explore the extent to which the self-reflective claims law makes do not hold up - an exploration conducted by an internal reading of legal materials which reveals their contradictory nature.¹⁴¹

En effet, ils postulent que l'analyse critique du droit, en particulier du droit des contrats, permet de révéler la véritable nature de celui-ci, soit d'être un discours normatif autoréférentiel produisant assez de légitimité pour justifier l'idéologie justifiant la reconduction des hiérarchies

¹⁴¹ David Kennedy, « Critical Theory, Structuralism and Contemporary Legal Scholarship », 21 *New England Law Review*, 209 1985-1986, pp. 245-246.

sociales, des rapports de force et des luttes de classes. Il s'agit donc pour eux de mettre de l'avant une méthode capable de faire apparaître les contradictions inhérentes au discours juridique en montrant qu'une part importante de l'activité d'interprétation est « sous influence ». Au contraire, Dworkin et Hart, malgré leurs différends, supposent tous les deux qu'un examen adéquat et rationnel de nos pratiques institutionnelles suffit à identifier les aspects fondamentaux de nos systèmes légaux. Pour le premier, il existe des faits moraux susceptibles d'être interprétés et, pour le deuxième, il existe des pratiques sociales objectives desquelles on peut tirer des normes. Même si leur rapport à l'objectivité diffère fondamentalement, Dworkin et Hart admettent cependant son existence. Pour les penseurs de la théorie critique du droit, il en va autrement, car leur approche implique une forme de scepticisme radical qui considère les différentes notions propres au discours juridique comme étant des produits culturels servant la cause des gens appartenant à cette culture :

As methodology, critical theory seems to have encouraged a particular skeptical stance towards legal doctrine, a skepticism animated by a dialectical style of analysis in both historical and doctrinal work. These analytical tools - indeed this analytical stance - has been quite successful. The substantive tendency to bridge the gaps uncovered by this method with a reference to some historical agent or client, however, has been more troubling. Methodologically, the major contribution of critical theory for legal scholarship seems to be its encouragement of a habit of radical distance from the materials of legal culture. Once attuned to the possibility of "false" consciousness and the mechanisms of social "legitimation", it seems difficult to speak about the law in the normalizing rhetoric common to much legal scholarship. [...]A legal scholar who sought to develop such a distance from legal materials might begin by treating a court opinion as more than a description of legal theory or doctrine. Rather, he might regard it as a document which purports to be such a description - which claims to be descriptive of a legal culture which it is simultaneously creating.¹⁴²

Alors que Dworkin et Hart abordent la question de l'objectivité juridique en interrogeant son domaine d'application et sa portée, les CLS essaient de la comprendre à travers son rapport à la culture juridique. Pour Roberto Unger, par exemple, la quête de l'objectivité juridique repose sur une conception particulière des liens entre le droit et le contrat social :

¹⁴² *Ibid*, p. 245.

Objectivism is the belief that the authoritative legal materials - the system of statutes, cases, and accepted legal ideas - embody and sustain a defensible scheme of human association. They display, though always imperfectly, an intelligible moral order. Alternatively they show the results of practical constraints upon social life - constraints such as those of economic efficiency - that, taken together with constant human desires, have a normative force. The laws are not merely the outcome of contingent power struggles or of practical pressures lacking in rightful authority.¹⁴³

S'appuyant sur l'histoire des notions de contrat et de propriété privée, Unger tente de montrer que l'arrière-plan ou l'ordre moral duquel on pourrait déduire des normes de contrôle capable de contraindre le jugement lors de causes difficiles n'existe pas. Il explique ceci par le fait que les discussions portant sur certains éléments de doctrine sont toujours brouillées par les biais culturels des participants, ce qui rend impossible ou irréaliste la recherche de principes supérieurs qui pourraient garantir la cohérence du système juridique. Implicitement, sa réflexion remet en question la possibilité de l'unité des valeurs, chère aux thèses dworkiniennes:

The general theory of contract and property provided the core domain for the objectivist attempt to disclose the built-in legal content of the market, just as the theory of protected constitutional interests and of legitimate ends of state action was designed to reveal the intrinsic legal structure of a democratic republic. But the execution kept belying the intention. As property concept was generalized and decorporealized, it faded into the generic conception of right, which in turn proved to be systematically ambiguous if not entirely indeterminate. [...]the doctrines of protected constitutional interests and of legitimate ends of state action were the chief devices for defining the intrinsic legal-institutional structure of the scheme of ordered liberty. They could not be made coherent in form and precise in implication without freezing into place, in a way that the real politics of the republic would never tolerate, a particular set of deals between national government and organized groups. Legitimate ends and protected interests exploded into too many contradictory implications; like contract and property theory, they provided in the end no more than retrospective glosses on decisions that had to be reached on quite different grounds.¹⁴⁴

Par là, Unger laisse entendre que, si cet arrière-plan politico-juridique existe, alors on devrait en trouver des traces ou des vestiges dans le discours juridique, ce qui n'est pas le cas. On retrouve un propos similaire chez Duncan Kennedy. Ce dernier soutient que les mouvements

¹⁴³ Roberto M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, Harvard University Press, Mass., 1983, p. 2.

¹⁴⁴ *Ibid.*, pp. 6-7.

sociaux auraient modifié notre conception des droits individuels en faisant d'eux des mesures de protection plutôt que des outils de distribution. En revendiquant une protection individuelle contre les souhaits de la majorité, on courait le risque d'associer les droits avec de simples préférences subjectives, ce qui aurait compromis leur valeur et leur force légale. La solution était de supposer que les jugements portant sur les droits devaient être interprétés différemment des simples jugements de valeur. Selon Kennedy, les jugements portant sur les droits se distinguent en ayant la double propriété d'avoir de la valeur et d'être des raisons suffisantes pour agir. Par ailleurs, l'histoire du développement de la pensée juridique américaine leur a aussi conféré une forme d'universalité (ils sont universellement enviables et acceptés), ainsi que de la « factualité », au sens où, à titre de « raisons », ils sont suffisamment objectifs pour intervenir dans la construction d'argumentations rationnelles. Tout ceci est probant, selon Kennedy, mais pour des raisons historiques et contingentes, pas pour des raisons morales et universelles :

The project of identifying and then working out the implications of rights is thus a part of the general project of social rationality. As such, the rights project is part of the same family as the project of identifying and working out in practice a judicial method based on interpretative fidelity, rather than mere legislative preference. Moreover, since rights are conventionally understood to be entities in law and legal reasoning, as well as in popular discourse and political philosophy, the two projects are intermingled. But they are not the same project. We might think that extant theories of legal reasoning fail to avoid the pitfall of mere preference, but that rights theories succeed, and vice versa. This possibility is real because American political discourse presupposes that rights exist outside as well as inside the legal system.¹⁴⁵

Étant conscient de la situation, ajoute Kennedy, on ne peut que réaliser que l'objectivité du discours juridique ne dépend pas d'une construction rationnelle, mais qu'elle émerge plutôt de pratiques culturelles discontinues. Selon lui, cette prise de conscience ne peut mener qu'à une perte de confiance dans le système juridique.

Dworkin répondrait peut-être que l'interprétativisme suppose une conception de la loi comme intégrité où « intégrité » réfère à l'aspiration de faire une interprétation la plus juste

¹⁴⁵ Duncan Kennedy, « The Critique of Rights in Critical Legal Studies », dans *Left Legalism/Left Critique*, Duke University Press, Durham, 2002, p. 185.

possible, c'est-à-dire tenant compte des rapports entre la théorie politique et la théorie légale qui lui est la plus appropriée :

Judges who accept the interpretive ideal of integrity decide hard cases by trying to find, in some coherent set of principles about people's rights and duties, the best constructive interpretation of the political structure and legal doctrine of their community. They try to make that complex structure and record the best these can be.¹⁴⁶

L'objection d'Unger concernant cet ensemble cohérent de principes à propos des droits et des devoirs est évidente. S'il a raison, cet ensemble n'existe pas, ou alors à une si petite échelle qu'il serait naïf de penser qu'on puisse en tirer des « métaprinces » indépendants des dispositions et des biais culturels du juge :

Having recognized this problem with doctrine, modern legal analysis tries to circumvent it a number of ways. It may, for example, present an entire field of law as the expression of certain underlying theoretical approaches to the subject. According to one suggestion, these implicit models fit into a coherent scheme or, at least, point toward a synthesis. In this way it seems possible to reconcile the recognition that legal analysis requires an appeal to an underlying theory of right and social practice with the inability to show that actual content of law and doctrine in any given area coincides, over an appreciable area of law, with a particular theory. But this recourse merely pushes the problem to another level. No extended body of law in fact coincides with such a metascheme, just as no broad range of historical experience coincides with one of the evolutionary views that claims to provide a science of history.¹⁴⁷

Dans *Law's Empire*, Dworkin consacre une très courte section et une note en bas de page aux CLS. Son principal argument est que la critique issue des CLS dépend d'une mauvaise compréhension de l'activité d'interprétation.

Dworkin rappelle que son juge modèle, Hercule, ne cherche pas à découvrir l'origine des forces à l'oeuvre, mais plutôt à imposer de l'ordre à la doctrine légale¹⁴⁸ : « He struggles toward a set of principles he can offer to integrity, a scheme of transforming the varied links in the chain of

¹⁴⁶ R. Dworkin, *Law's Empire*, loc. cit., p. 255.

¹⁴⁷ R. M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, Op. cit., p. 10.

¹⁴⁸ Ma traduction.

law into a vision of government now speaking with one voice, even if it is very different from the voices of leaders past »¹⁴⁹.

Cette réponse a le mérite d'être cohérente avec l'approche dworkinienne, mais elle ne propose pas de solutions sérieuses au défi dispositionnel lancé par les réalistes ni à celui des CLS. En effet, la force des contraintes à l'interprétation entrevues par Dworkin (le *fit* et la *justification*) dépend, dans une large mesure, de la volonté du juge, qui doit avoir accepté de travailler avec la loi comme intégrité et être de *bonne foi* lorsqu'il se lance dans une entreprise d'interprétation. Cela signifie que le magistrat doit réaliser qu'il entreprend une activité devant l'amener vers quelque chose comme un équilibre réflexif, au terme duquel il pourrait devoir mettre de côté ses préférences au profit de cet équilibre. Dworkin ne se leurre pas, un juge ne peut atteindre l'idéal herculéen; il est limité par sa nature humaine, après tout¹⁵⁰. L'humilité de cette remarque est tout à l'honneur de Dworkin, et on ne saurait en douter. Cependant, elle est aussi surprenante, car ces limites incluent forcément les dispositions des juges au sens où les réalistes et les CLS l'entendent, c'est-à-dire incluant les biais cognitifs et culturels, conscients et inconscients. Bref, Dworkin semble ouvrir grande la porte à beaucoup de processus qui n'opèrent pas nécessairement de manière rationnelle, ce qui affaiblit considérablement la possibilité d'une objectivité morale au sens où Dworkin l'entend. En conséquence, on voit mal comment la loi comme intégrité pourrait offrir une solution durable à l'indétermination de la loi et aux problèmes reliés à la législation judiciaire.

¹⁴⁹ R. Dworkin, *Law's Empire*, op. cit., p. 273.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 257.

Conclusion: la thèse de la bonne réponse dans les rets du scepticisme

La thèse de la bonne réponse cherche à imposer un sens et une cohérence au droit, ce qui aurait pour effet immédiat de neutraliser l'indétermination de la loi. Mais y parvient-elle? Selon nous, ce n'est pas le cas pour deux raisons. Premièrement, Dworkin ne considère qu'une seule source d'indétermination, soit celle issue du clivage entre la morale et la loi. Cependant, il faudrait aussi pouvoir tenir compte de l'indétermination dispositionnelle dans la mesure où les dispositions d'un juge sont parties prenantes de son interprétation et de l'adjudication. Deuxièmement, les thèses dworkiniennes reposent sur l'idée qu'il existe un rapport suffisant entre l'éthique et la morale, un rapport qui permettrait de conclure que l'agrégation des préférences individuelles doit nécessairement se traduire par une théorie morale cohérente. Or, l'étude critique du droit révèle que cet « ethos » pourrait n'être qu'une impression et qu'en réalité, il pourrait tout aussi bien être traversé par des rapports de force et des interprétations contradictoires des principes fondamentaux du contrat social. Cette critique se comprend mieux si on la replace dans le contexte de la théorie juridico-politique de Dworkin.

La position de Dworkin est surplombante. Il aborde la loi par le haut et cherche à lui imposer un sens. Dans un premier temps, il cherche à démontrer que la législation judiciaire ou l'application du pouvoir discrétionnaire est problématique et que ce problème est directement relié au scepticisme moral ambiant. Il explique ensuite que ce scepticisme moral dépend d'une conception particulière de l'objectivité impliquant que les faits moraux n'existent pas. C'est pourquoi il cherchera à nous convaincre que cette conception de l'objectivité est erronée et que le seul scepticisme ayant droit de cité est le scepticisme interne. À cette étape, le positivisme légal est disqualifié, ce qui permet à Dworkin d'en réduire l'importance, quitte à le ranger dans la rubrique : « autres théories interprétatives » aux côtés du réalisme légal, du conventionalisme, des CLS, etc. Enfin, Dworkin s'appliquera à développer, à partir de *Law's Empire*, l'interprétativisme et la thèse de la loi comme intégrité en donnant une place prépondérante aux fondements politiques du droit, jusqu'à l'avènement de ce qu'il appelle la communauté de principe.

Notre premier chapitre se consacrait à la critique dworkinienne du positivisme légal de Hart. Ce dernier propose une sociologie du droit prétendant être en mesure d'identifier les normes légales à travers des pratiques acceptées. Dit autrement, le positivisme légal de Hart est fondé sur

l'hypothèse que la loi, entendue comme étant un fait social, précède le droit. Concrètement, cela signifie que le juge doit interpréter la doctrine juridique à l'intérieur de son rapport à la réalité. Au terme de cet exercice, le magistrat aura identifié une norme légale qu'il pourra ensuite appliquer à un cas d'espèce. Il est important de noter que la norme ainsi obtenue est un résultat et non un point de départ. Par ailleurs, il faut aussi garder à l'esprit que cette façon de faire cherche à réaliser un objectif particulier, soit de rendre le raisonnement juridique suffisamment rationnel pour permettre aux membres d'une société de formuler des attentes raisonnables quant aux conséquences de leurs actions et de leurs transactions. De plus, plusieurs juristes¹⁵¹ affectionnent le positivisme légal dans la mesure où le formalisme qui le caractérise tend à standardiser l'interprétation du droit, le rendant ainsi accessible aux profanes et aux moins bien nantis. En effet, des lois floues, confuses et abstraites pourraient donner un avantage aux spécialistes ou aux groupes d'intérêts les plus puissants. Somme toute, lorsqu'on limite l'interprétation du droit de cette façon, on confère l'équivalent juridique d'une immunité collective à la société, qui peut devenir plus résistante à l'injustice. Cela dit, l'analyse dworkinienne du problème de l'indétermination de la loi nous a permis de soulever deux questions générales : compte tenu de notre compréhension de ce qu'est le droit, n'est-ce pas contradictoire d'admettre que la solution à une cause difficile ne peut être déterminée par la règle¹⁵²? Par ailleurs, considérant notre culture démocratique, n'est-ce pas aussi contradictoire de laisser des juges agir comme des co-législateurs alors qu'ils ne sont pas élus? Dworkin craignait que le scepticisme moral propre aux thèses archimédiennes ait pour effet de donner l'apparence que ces contradictions étaient normales et qu'elles étaient indissociables de la nature même du droit, ce qui impliquerait des conséquences malheureuses pour le droit et pour la démocratie. D'une part, cela pourrait signifier que la déférence qu'on accorde aux précédents ne dépendrait que de la volonté des juges, ce qui remettrait en question le sens même du *common law*. D'autre part, cela impliquerait que les volontés du législateur seraient toujours inféodées à l'interprétation des juges. En fin de compte, la présence prolongée de ces contradictions soulève la question du sens qu'on donne au droit et à la démocratie. Si, de manière plus générale, l'approche dworkinienne porte sur la possibilité de

¹⁵¹ On pense à l'ancien juge de la Cour Suprême du Brésil, Eros Roberto Grau, qui écrit, dans *Pourquoi j'ai peur des juges*, que ce « n'est que dans l'affirmation de la *légalité* et du *droit positif* que la société trouvera de la sécurité, et que les laissés-pour-compte trouveront la protection et la garantie de leurs droits dans le mode de production social dominant » (p. 19).

¹⁵² Le système juridique se développerait au gré des causes difficiles nécessitant l'intervention de principes extra-légaux.

limiter, voire de neutraliser complètement l'indétermination de la loi, elle tente aussi de répondre à la question du sens de nos institutions. En simple, Dworkin cherche à fournir une réponse satisfaisante à une question fondamentale : à quoi bon l'État de droit¹⁵³?

La démocratie, à quoi bon ?

En deux mots, entre le droit et la démocratie, c'est cette dernière qui est la mieux qualifiée pour justifier l'usage des pouvoirs publics. Dans l'approche dworkinienne, la loi est le langage par lequel on justifie l'autorité de l'État. Sa nature est donc politique et, forcément, morale. Comme nous le disions au chapitre 3, Dworkin considère que le besoin de dignité est préalable au contrat social et que cela implique le désir d'être traité avec respect et considération égale, ce que, en principe, un gouvernement démocratique devrait incarner. On comprend alors pourquoi, au-delà des considérations strictement juridiques, Dworkin critiquera le positivisme légal dès le début de sa carrière : en reléguant les jugements moraux au rayon de la subjectivité, le positivisme légal s'est placé dans une position inconfortable, soit celle de tenter de substituer le droit à la loi, entraînant ainsi le risque d'une perte de sens et de légitimité.

Nous avons exposé les principaux arguments de Dworkin dans les trois premiers chapitres, mais il est bon d'en rappeler les grandes lignes à partir d'un article qu'il intitule *Liberal Community*¹⁵⁴. Ce qui retient notre attention concerne la légitimité politique, qui dépend de la relation entre l'individu et sa communauté. Dworkin propose une typologie des communautés démocratiques : il y a des communautés « statistiques » et la communauté intégrée. Une communauté statistique résout ses controverses en faisant appel à la majorité. Elle peut être strictement individualiste, mais elle peut aussi prendre d'autres formes, comme la communauté paternaliste, qui s'organise en vue d'une fin comme la santé du « corps social »¹⁵⁵ ou la protection des droits collectifs. Elles s'exposent, quoique de façons différentes, à une tyrannie de la majorité pouvant percoler dans l'univers juridique et en modifier la forme et la portée. Si on tient compte des arguments du réalisme légal et des CLS sur l'indétermination dispositionnelle, alors on comprend que le système juridique et l'application du droit risquent d'être toujours influencés

¹⁵³ Au sens de « what's the point? ».

¹⁵⁴ R. Dworkin, « Liberal Community », *California Law Review*, 1989.

¹⁵⁵ C'est celle qu'on retrouve dans *Lord Devlin and the Enforcement of Morals* (Dworkin, 1966).

par des forces extra-légales ayant peu de choses à voir avec les fondements moraux d'une communauté politique. Ce que craint Dworkin, c'est que dans l'empire du droit, le pouvoir discrétionnaire serve parfois les intérêts de la majorité ou qu'il corresponde plus aux besoins de cohérence du système qu'aux besoins de justice de la collectivité. En somme, c'est pour garantir le système juridique contre l'incohérence et la perte de légitimité que Dworkin suggère de concevoir la collectivité comme étant une communauté intégrée, ou de principe.

La proposition dworkinienne de chercher à former une communauté de principe ne vise pas à rendre inopérante la notion de révision judiciaire, mais plutôt à lui imposer un cadre moral capable de limiter le pouvoir discrétionnaire des juges. Pour Dworkin, l'objectivité de ce cadre moral serait garantie par son ancrage dans l'éthique et la responsabilité collective, à condition de comprendre qu'on ne peut exiger que les faits moraux soient vériconditionnels de façon analogue aux faits empiriques. Au contraire, il faut comprendre les faits moraux comme étant des concepts interprétatifs et nécessairement controversés. C'est donc par une théorie interprétative qu'on peut vérifier leur valeur de vérité pour ensuite déterminer s'ils peuvent faire partie d'un raisonnement moral. Comme les thèses dworkiniennes disqualifient la science, Dworkin propose une théorie interprétative de remplacement, soit la théorie politique justifiant le mieux l'application du droit.

La proposition de Dworkin est élégante et riche, mais la thèse de la bonne réponse n'est possible qu'à condition d'admettre l'existence d'une théorie politique capable de synthétiser les différentes formes d'expressions des préférences individuelles. C'est une position confortable qui paraît évidente, mais qui peut être remise en question. En effet, le postulat de l'existence d'une telle théorie est lui-même un concept interprétatif. Pour que la thèse de Dworkin soit efficace, elle devrait pouvoir s'appuyer sur des éléments sur lesquels il y a un accord. Or, si un des aspects fondamentaux de l'approche dworkinienne est lui-même controversé, on ne voit pas comment elle pourrait résoudre le problème de l'indétermination de la loi. À la rigueur, elle pourrait l'atténuer, mais sans l'écarter complètement.

En fin de compte, ces raisons nous laissent penser que la thèse de la « bonne réponse » n'est que secondaire. Ce que Dworkin défend, c'est surtout l'idéal libéral, comme il le souligne avec émotion à la toute fin de *Law's Empire* : « It is, finally, a fraternal attitude, an expression of

how we are united in community though divided in project, interest and conviction. That is, anyway, what law is for us : for the people we want to be and the community we aim to have. »¹⁵⁶.

¹⁵⁶ R. Dworkin, *Law's Empire*, loc. cit., p. 413

Bibliographie

Livres et articles

ALTMAN, Andrew, « Legal Realism, Critical Studies, and Dworkin », *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 15, #3 (été 1986), p. 205-235.

AYER, Alfred Jules, *Language Truth and Logic, 2nd Ed.*, Dover Publications, 1952, 160 pages.

DEVLIN, Patrick, *The Enforcement of Moral*, Oxford University Press, New York, 1965. 139 pages.

DWORKIN, Ronald, « Lord Devlin and the Enforcement of Morals », *The Yale Law Journal*, Vol. 75, #6, 1966, pp. 986-1005

DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Mass., 1977, 371 pages.

DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Belknap Press of Harvard University Press, Mass., 1986, 470 pages.

DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Belknap Press of Harvard University Press, Mass., 2011, 506 pages.

DWORKIN, Ronald, « Judicial discretion », *The journal of Philosophy*, The American Philosophical Association, Vol. 60, #21 (1963), p. 624-638.

DWORKIN, Ronald, « The Model of Rules », *The University of Chicago Law Review*, Vol. 35, #1 (1967), p. 14-46.

DWORKIN, Ronald, « Social Rules and Legal Theory », *The Yale Law Journal*, Vol. 81, #5 (1972), p. 865-890.

DWORKIN, Ronald, « The Original Position », *University of Chicago Law Review*, vol. 40, #3 (1973), p. 500-533.

DWORKIN, Ronald, « No Right Answer? », *New York University Law Review*, Vol. 53, #1 (1978), p. 1-32.

DWORKIN, Ronald, « Liberal Community », *California Law Review*, Vol. 77, #3 (1989), p. 479-504.

DWORKIN, Ronald, « Equality, Democracy, and Constitution: We the People in Court », *Alberta Law Review*, Vol. 28, #2 (1989), p. 324-346.

DWORKIN, Ronald, « Objectivity and Truth: You'd Better Believe It », *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 25, #2 (1996), p. 87-139.

GRAU, E. Roberto, *Pourquoi j'ai peur des juges : l'interprétation du droit et les principes juridiques*, Ed. Kimé, Paris, 2014, 199 pages.

HART, H.L.A., « Positivism and the Separation of Law and Morals », *Harvard Law Review*, Vol. 71, # 4 (1958), p. 593-629.

HART, H.L.A., *The Concept of Law*, Ed. Oxford University Press, *Clarendon Law Series*, Angleterre, 1994, 314 pages.

KENNEDY, David, « Critical Theory, Structuralism and Contemporary Legal Scholarship », 21 *New England Law Review*, Vol. 21, #209 (1985-1986), p. 210 à 289.

KENNEDY, Duncan, « The Critique of Rights in Critical Legal Studies », dans *Left Legalism/Left Critique*, Duke University Press, Durham, 2002, p. 178 à 216.

LLEWELLYN, N. Karl, *The bramble bush: some lectures on law and its study*, Oxford University Press, 2008, 230 pages.

MACINTYRE, Alasdair, *After Virtue*, University of Notre-Dame Press, Indiana, 1984, 286 pages.

MACKIE, John, *Ethics : Reinventing Right and Wrong*, Penguin Books, 1977, 256 pages.

RAYNAUD, Philippe, *Le juge et le philosophe*, Ed. Armand Colin, Paris, 2008.

RAYNAUD, Philippe, « Un nouvel âge du droit », *Archives de philosophie*, vol. 1, #4 (2001), p. 41 à 56.

RAYNAUD, Philippe, « Entre droit et politique : des origines romaines de la guerre juste au système international des États », *Raisons politiques*, #45 (2012), p. 19 à 34.

SMITH, Michael, *The Moral Problem*, Blackwell publishing, Oxford, 1994, 226 pages.

SMITH, Michael, « Dworkin on External Skepticism », *Boston University Law Review*, vol. 90, (2010), p. 509-520.

STEVENSON, Charles, « The Emotive Meaning of Ethical Terms », *Oxford University Press*, Vol. 46, #181, (janvier 1937), pp. 14-31.

STEVENSON, Charles, *Ethics and language*, Yale University Press, USA, 1944, 349 pages.

UNGER, M. Roberto, *The Critical Legal Studies Movement*, 96 *Harvard Law Review*, 561 (1983), 128 pages.

VILLEY, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, Coll. Quadrige manuels, Paris, 2013, 624 pages.

Autres

WOLFENDEN REPORT, *Report of the Committee on Homosexual Offenses and Prostitution*, Stein & Day, 1963, 243 pages.

DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, [version Kindle pour iPad], obtenu par Amazon.ca, 2013.

DWORKIN, Ronald, *Religion Without God*, [version Kindle pour iPad], obtenu par amazon.ca, 2013.

Morasse c. Nadeau-Dubois, Cour supérieure du Québec, 200-17-016412-124, 1 novembre 2012.