

L'indétermination et l'interprétation chez les positivistes analytiques : un échange avec Austin, Kelsen, Hart et . . . Dworkin

RÉMI BACHAND*

John Austin, Hans Kelsen et Herbert Hart sont trois positivistes analytiques ayant comme caractéristiques communes d'avoir abordé de façon très élaborée le thème de l'indétermination des règles et du pouvoir discrétionnaire voire législatif des juges. Ronald Dworkin, un des critiques les plus importants de ce courant au cours du XX^e siècle (et principalement de la théorie élaborée par Hart), s'est justement appuyé sur cette dimension du droit pour remettre en question la cohérence de leur théorie. Même si Dworkin a finalement été incapable de détruire complètement l'appareil conceptuel des analytiques, ayant lui-même été forcé de s'amender et de corriger sa propre théorie, ses attaques ont eu pour effet de mettre en exergue les lacunes de cette approche. Ses critiques ont aussi forcé les analytiques à corriger certains aspects de leur théorie, et notamment à abandonner la séparation absolue du droit des autres aspects de la vie en société tels que la justice et la morale qu'ils soutenaient jusqu'alors. Enfin, si ces trois auteurs acceptent l'idée que des éléments extra-juridiques ont une influence sur les tribunaux au moment de l'interprétation, aucun d'entre eux ne nous fournit explicitement d'indices permettant de découvrir l'identité de ces facteurs. Seul Kelsen nous offre certains indications des ces éléments (grâce au syllogisme de Kelsen) mais pour utiliser ceux-ci, nous devons recourir à une reconstruction et une réinterprétation de ses travaux dont il refusera probablement les conclusions.

John Austin, Hans Kelsen and Herbert Hart are three analytical positivists who share the common characteristic of having examined in depth the issue of the uncertainty of rules of law and of the discretionary, even the legislative power of judges. Ronald Dworkin, one of the main critics of this trend in the 20th century, and especially of the Hart theory, relied on that very dimension of law to question the consistency of the latter's theory. Although Dworkin has been unable ultimately to completely destroy the conceptual framework of these analysts, and was forced to amend and correct his own theory, his attacks helped point out the deficiencies in this approach. His critical comments also led analysts to amend certain aspects of their theory, and namely forced them to abandon their thesis that law is completely separated from other aspects of life in society, for example to cease to distinguish between justice and morality as they used to do. Finally, if these three authors accept the idea that extrajudicial elements do come into play to influence judges when interpreting the law, neither one explicitly guides us into discovering what actually are these factors. Only Kelsen gives us some indication of these factors (through his syllogistic reasoning), but in order to use these factors, a restructuring and reconstruction of his work would be necessary that would lead to conclusions that the latter would very likely reject.

* Rémi Bachand est candidat au doctorat en droit international à l'Université Paris 1 (Panthéon Sorbonne) et membre du Centre d'étude sur le droit international et la mondialisation (CÉDIM), Université du Québec à Montréal. Il tient à remercier les professeurs Brigitte Stern, de l'Université Paris 1, et Stéphanie Rousseau, de l'Université Laval, pour leurs commentaires concernant les premières versions de ce texte.

Table des matières

39	I. AUSTIN, HART ET Kelsen : IDÉAUX-TYPES DU DROIT ET ANALYSES LUCIDES DE L'INTERPRÉTATION
39	A. <i>L'objectif fondamental recherché par les analytiques : une théorie du droit tel qu'il est et non tel qu'il devrait être</i>
42	B. <i>L'élaboration d'un idéal-type du droit</i>
46	C. <i>L'indétermination et l'interprétation juridictionnelle du droit chez Austin, Hart et Kelsen</i>
53	D. <i>L'interprétation comme (autre) limite d'une école encore dominante</i>
55	II. LA CRITIQUE DE DWORKIN ET LA RÉPONSE DES POSITIVISTES ANALYTIQUES
66	III. CONCLUSION : COMMENT IDENTIFIER LES VARIABLES QUI SONT A PRIORI MANQUANTES CHEZ LES POSITIVISTES ANALYTIQUES (OU LE RÔLE DU SYLLOGISME DE Kelsen)

L'indétermination et l'interprétation chez les positivistes analytiques : un échange avec Austin, Kelsen, Hart et . . . Dworkin

RÉMI BACHAND¹

IL SERA QUESTION DANS CET ARTICLE DE LA FAÇON DONT TROIS DES POSITIVISTES analytiques² généralement considérés comme faisant partie des plus importants des deux derniers siècles ont traité de l'indétermination du droit et de la façon dont les lacunes et ambiguïtés de celui-ci peuvent ou devraient être interprétées. Si nous avons choisi de traiter de John Austin, Herbert Hart et Hans Kelsen, c'est d'abord et avant tout à cause de l'importance de leur apport respectif sur l'avancement de la science juridique au cours de cette période³. C'est ensuite parce que les trois ont abordé de façon très élaborée (bien que pas complètement satisfaisante) le thème de

-
1. Rémi Bachand est candidat au doctorat en droit international à l'Université Paris 1 (Panthéon Sorbonne) et membre du Centre d'étude sur le droit international et la mondialisation (CÉDIM), Université du Québec à Montréal.
 2. Une caractéristique généralement attribuée au positivisme est celle d'être une doctrine philosophique qui ne s'appuie que sur l'étude des faits (contrairement, par ex., aux doctrines métaphysiques intégrant des variables telles que Dieu ou la nature de l'être humain pour expliquer les phénomènes observés. En droit, ce type de variable est au fondement des écoles du droit divin et du droit naturel). Ce que les juristes ont l'habitude d'appeler le positivisme est en fait le courant théorique qui cherche à exclure, autant que peut se faire, toute dimension extra-juridique (c'est-à-dire sociale, politique, économique, etc.) de l'analyse du droit. Or, certains autres courants, tels que les écoles sociologiques et réalistes, se basent également sur les faits observables (qui ne sont pas toutefois les mêmes que ceux utilisés par ceux que l'on appellera les positivistes analytiques) pour étayer leur démonstration et sont en ce sens également positivistes. Par conséquent, nous distinguerons ces derniers courants de l'école communément appelée « positiviste » et à laquelle adhèrent les auteurs étudiés ci-dessous (Austin, Hart et Kelsen) en appelant cette dernière l'école des « positivistes analytiques » à cause de la tendance de ses promoteurs à étudier principalement le sens des mots, ce qui les rapproche des philosophes analytiques ou néo-positivistes tels que B. Russel, L. Wittgenstein et John Langshaw Austin, linguiste des années cinquante, à ne pas confondre avec John Austin, juriste du XIXe siècle et dont il sera question dans cet article.
 3. À propos d'Austin, voir par ex. Wilfrid Rumble, « John Austin and his Nineteenth Century Critic : The Case of Sir Henry Sumner Maine » (1988) 39 N. Ir. Legal Q. 119 à la p. 119 : « Si Austin (1790-1859) et Maine (1822-1888) n'ont pas été les théoriciens britanniques du droit les plus importants du XIXe siècle, ils ont probablement été les plus influents » [notre traduction] [Rumble, « John Austin »] ; W. Friedmann, *Théorie générale du droit*, 4^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1965 à la p. 211 : « L'œuvre du juriste John Austin (1790-1859) demeure la tentative la plus étendue et la plus importante de formuler un système de positivisme analytique en droit dans le contexte de l'État moderne ». À propos de Hart, voir par ex. Wilfrid E. Rumble, *The Thought of John Austin: Jurisprudence, Colonial Reform, and the British Constitution*, London, Athlone Press, 1985 à la p. 61 : « H.L.A. Hart, qui est probablement le philosophe du droit anglo-américain le plus connu de l'après-deuxième guerre [. . .] » [notre traduction] [Rumble, *Thought*] ; Dennis Patterson, « Explicating the Internal Point of View » (1999) 52 SMU L. Rev. 67 à la p. 67 : « *Le concept de droit* [l'œuvre principale de Hart] est le livre le plus important du XXe siècle en théorie générale du droit analytique » [notre traduction] ; Robert S. Summers, « Professor H.L.A. Hart's Concept of Law » (1963) Duke L.J. 629 à la p. 629 : « Publié en 1961, *Le concept de droit* est sûrement le livre le plus important dans

l'indétermination du droit et du pouvoir discrétionnaire, voire législatif, qu'ont les juges. Enfin, un tel choix s'impose également en raison de l'interaction et du lien intellectuel existant entre eux. Or, c'est justement ce lien qui nous amènera à avoir recours à un quatrième auteur, Ronald Dworkin, que certains qualifient toutefois de néo-naturaliste plutôt que de positiviste⁴. En effet, la chaîne intellectuelle reliant Austin à Hart (qui, notamment, consacre environ le tiers de son œuvre principale, *Le concept de droit*, à une critique d'Austin, critique qui a été amplement commentée dans la doctrine anglo-saxonne) puis à Dworkin (dont l'œuvre complète est transcendée par la critique de Hart) est bien connue des juristes. Pour ce qui est de Kelsen, rappelons qu'il reconnaissait lui-même le fort lien intellectuel entre sa théorie pure du droit et la science du droit analytique, associée à Austin : « À l'instar de John Austin et de ses célèbres *Lectures on Jurisprudence*, la théorie pure s'attache à obtenir ses résultats grâce à la seule analyse du droit positif »⁵. Malgré ces ressemblances, Kelsen reconnaissait certaines lacunes à la théorie austinienne qu'il a analysée et critiquée à de multiples reprises et notamment dans un article consacré totalement à celle-ci⁶. Quant aux « contacts » de Kelsen avec les deux autres auteurs étudiés dans cet article, disons que si Dworkin a peu écrit sur le père de l'école autrichienne, Hart a consacré un article sur celui-ci à la suite d'une rencontre avec lui en 1961⁷ et a, selon certains, été passablement influencé par lui⁸. En gros, ce sont ces échanges entre les quatre (moins, évidemment, Austin qui est décédé avant la naissance de Kelsen, l'aîné des trois autres) qui rend pertinent le fait de nous concentrer principalement sur ce quatuor.

le champ de la théorie du droit analytique à être apparu depuis plusieurs années » [notre traduction] ; Gerald B. Wetlaufer, « Gunmen, Straw Men, and Indeterminacy: H.L.A. Hart, John Austin, and the Concept of Law » (1997) 82 Iowa L. Rev. 1487 : « *Le concept de droit* de H.L.A. Hart publié d'abord en 1961 est probablement le livre de théorie du droit anglo-saxon le plus lu du vingtième siècle et, pour plusieurs, le texte le plus important à lire sur le droit. » [notre traduction] ; Ken Greenawalt, « Policy, Rights, and Judicial Decision » (1976-1977) 11 Ga. L. Rev. 991 à la p. 991 : « H.L.A. Hart a, avec raison, été reconnu comme étant la figure contemporaine d'exception dans la théorie du droit anglo-américain » [notre traduction]. À propos de Kelsen, voir par ex. Neil MacCormick, *H.L.A. Hart*, Stanford, Stanford University Press, 1981 à la p. 4 : « [I]e plus grand des juristes européens, Hans Kelsen [...] » [notre traduction] ; Alexander Somek, « German Legal Philosophy and Theory in the Nineteenth and Twentieth Centuries » dans Dennis Patterson, dir., *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Malden, (Mass.), Blackwell, 1999 à la p. 349 : « La théorie pure du droit de Kelsen est sans aucun doute un des modèles les plus notoires du positivisme juridique » [notre traduction].

4. Voir par ex. Brian Bix, « H.L.A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory » (1999) 52 SMU L. Rev. 167 à la p. 181, qui dit de ses travaux qu'ils « peuvent être caractérisés comme une forme moderne de la théorie du droit naturel [...] » [notre traduction].
5. Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. par Béatrice Laroche, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1997 à la p. 47 [Kelsen, *Théorie générale*].
6. Hans Kelsen, « The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence » (1941-42) 55 Harv. L. Rev. 44 [Kelsen, « Pure Theory »].
7. H.L.A. Hart, « Kelsen Visited » (1962-63) 10 UCLA L. Rev. 709.
8. Summers, *supra* note 3 à la p. 631 : « Le livre [*Le concept de droit*] reflète aussi l'influence de deux grands juristes de la théorie analytique du droit : John Austin et Hans Kelsen. Toutefois, la majeure partie du livre est en fait une critique des positions de ces deux hommes autant qu'une critique des autres philosophes du droit, et surtout du réalisme juridique » [notre traduction].

I. AUSTIN, HART ET KELSEN : IDÉAUX-TYPES DU DROIT ET ANALYSES LUCIDES DE L'INTERPRÉTATION

Cette première partie servira en premier lieu à mettre en exergue les objectifs qu'ont cherché à atteindre Austin, Hart et Kelsen dans leur travail scientifique (1.1). Elle cherchera ensuite à rappeler les éléments importants de leurs théories générales du droit (1.2), puis ceux plus spécifiques de leur théorie de l'interprétation (1.3). S'il nous apparaît important de débiter par les objectifs recherchés et par une présentation générale de leurs théories, même si celles-ci sont généralement bien connues des lecteurs et des lectrices de la *Revue*, c'est que ces éléments sont au fondement de certaines des lacunes de leurs écrits sur l'indétermination. Nous formulerons ensuite nos premières critiques à leur égard (1.4).

A. L'objectif fondamental recherché par les analytiques : une théorie du droit tel qu'il est et non tel qu'il devrait être

Écrivant à une époque où le combat des positivistes contre les naturalistes était encore loin d'être gagné, l'œuvre d'Austin fait figure de précurseur en ce sens que sa finalité est de circonscrire le droit positif et de distinguer celui-ci du droit divin⁹ et de la moralité positive¹⁰. Elle établira également ce postulat de la séparation du droit et de la morale qui demeurera central pour les théories positivistes. Pour Austin, la science de la théorie générale du droit¹¹ a comme objet d'étude le droit *tel qu'il est* plutôt que le droit *tel qu'il devrait être*. Contrairement à plusieurs de ses prédécesseurs, il n'établit pas de lien *automatique* entre la justice et le droit et la non-conformité du droit avec la justice qui ne peut en aucun cas invalider une loi. La science du droit n'est donc pas une recherche morale mais *une analyse des faits observables*¹². Cette «dé-métaphysication» est l'un des apports fondamentaux d'Austin et demeurera centrale aux thèses positivistes jusqu'à ce jour.

Cependant, et malgré cette prise de position cherchant à éloigner autant que possible les éléments moraux du droit, Austin prend presque la moitié de *The Province*

9. Le droit divin est évidemment le droit posé par Dieu à ses créatures.

10. Pour Austin, la moralité positive consiste en des ordres donnés de personne à personne, mais sans qu'existe de relation de supériorité entre eux, ou encore des obligations qui ne sont pas du droit à proprement parler parce qu'ils ne proviennent pas d'une relation de supériorité, mais qui ont comme origine des sentiments et des opinions de la communauté : John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, éd. par Wilfrid E. Rumble, Cambridge, Cambridge University Press, 1995 aux pp. 106 et s. [Austin, *Province*].

11. Nous traduisons *jurisprudence* par théorie générale du droit lorsque le mot anglais ne sert pas à désigner un corpus jurisprudentiel, c'est-à-dire l'ensemble des décisions d'une cour, d'un tribunal, etc.

12. Austin, *Province*, *supra* note 10 aux pp. 229 et s., n. 22. Ironiquement, la critique formulée par les réalistes états-uniens a été construite sur le constat, justement, que les écoles traditionnelles (d'abord et avant tout positivistes) analysaient le droit grâce à une méthode déductive où les conclusions étaient tirées par déduction à partir des règles générales, plutôt que grâce à une méthode inductive qui commence par prendre connaissance du cas singulier et des autres *faits observables* et qui généralise ensuite en fonction des règles disponibles. Voir notamment Walter Wheeler Cook, « The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws » (1923-1924) 33 *Yale L.J.* 457 ; Joseph W. Bingham, « What is the Law ? » (1912-1913) 11 *Mich. L. Rev.* 1 et 109.

of *Jurisprudence Determined* pour analyser le principe d'utilité¹³ sur lequel, selon lui, le droit devrait s'appuyer. Le droit, explique-t-il, doit passer un test, qui cherche à voir si un comportement général a plus d'effets positifs que négatifs. Notre comportement doit aussi se baser sur le principe d'utilité ; puisque les lois devraient idéalement être basées sur ce principe et sur le droit divin, en respectant le principe d'utilité, notre comportement respectera par conséquent aussi les lois de droit positif. L'importance du principe d'utilité chez Austin tient dans son lien avec le droit. Se justifiant d'avoir, au cours d'un chapitre précédent, expliqué en détail ce principe, il explique :

[le principe d'utilité] non seulement devrait guider, mais a dans les faits guidé le législateur. Le principe d'utilité, qu'il soit bien ou mal compris, a communément été le principe utilisé pour créer des lois ; et je ne pourrais par conséquent expliquer distinctement et précisément la portée et la fonction d'une loi sans avoir expliqué directement le principe d'utilité à mes lecteurs¹⁴.

L'articulation entre l'utilitarisme et le positivisme d'Austin a fait l'objet de débats captivants, ce qui n'est pas surprenant considérant la contradiction apparente entre les deux idées maîtresses du seul ouvrage d'Austin publié de son vivant¹⁵. Selon nous, bien que la thèse centrale demeure l'idée que le droit est le résultat du commandement d'un supérieur accompagné d'une menace de sanction et qu'elle s'appuie sur la séparation entre le droit positif (donc valide) et la morale, Austin a quand même fait le choix de promouvoir le principe d'utilité comme *source matérielle* du droit. En d'autres termes, même s'il prône la séparation du droit des notions telles que la morale ou la justice pour distinguer le droit positif du droit divin et de la moralité positive, ça ne l'a pas empêché, dans un acte de « militantisme utilitariste », d'inciter le supérieur à se laisser guider par le principe d'utilité lors de l'élaboration de son commandement qui deviendra, s'il est accompagné d'une menace de sanction, du droit positif. Il s'agit donc d'une tentative d'élaborer une théorie des sources non formelles du droit, que ce soit au moment de la législation par l'acteur souverain autant que (comme nous le verrons) par les tribunaux.

Hart et Kelsen ont suivi cette idée maîtresse d'Austin en y apportant toutefois certaines précisions. Rapidement après son entrée en fonction à la Chaire de théorie générale du droit (*Chair of Jurisprudence*) de l'Université d'Oxford en 1952, Hart a fait valoir que les pénombres et l'indétermination du droit font en sorte que les juges devront dans bien des cas fonder leur décision sur les buts et principes de la loi et de la société¹⁶, mais que les théoriciens et théoriciennes du droit devaient néan-

13. Développé d'abord par les philosophes anglais tels que J. Bentham et J. S. Mills, l'utilitarisme cherche à maximiser la somme totale des plaisirs et du bonheur de la collectivité.

14. Austin, *Province*, *supra* note 10 à la p. 58 [notre traduction].

15. Voir par ex. Friedmann, *supra* note 3 à la p. 211 ; Henry Sumner Maine, *Lectures on the Early History of Institutions*, London, Dawsons of Pall Mall, 1966 à la p. 368 ; John Chipman Gray, *The Nature and Sources of the Law*, Boston, Beacon Press, 1963 à la p. 304 ; Rumble, *Thought*, *supra* note 3 aux pp. 60-108.

16. Voir la partie C, ci-dessous, pour l'analyse de cette question.

moins garder en tête cette séparation entre le droit et la morale¹⁷. C'est toutefois à Kelsen que revient l'honneur d'avoir souligné de la façon la plus adéquate les raisons d'une telle séparation, et ce, dès les années trente au moment de la parution de la première édition de sa *Théorie pure du droit*, raisons qui ont été reprises et développées plus amplement dans l'ensemble de son œuvre.

Il est impossible de comprendre les écrits de Kelsen sans saisir l'objectif théorique qui l'a habité toute sa vie. D'abord, la science du droit a pour objet le droit et les normes juridiques. La fonction de la théorie pure sera donc d'enquêter sur la validité de ces normes. Ensuite, la « pureté » que Kelsen veut donner à sa théorie découle de son désir de lutter contre les défenseurs du droit naturel et des autres visions du droit qui évoquent « une autorité objective, des postulats politiques, qui n'ont qu'un caractère essentiellement subjectif, même s'ils se présentent, en toute bonne foi, comme l'idéal d'une religion, d'une nation ou d'une classe »¹⁸. Sa théorie pure cherche donc à libérer « de tout élément étranger à la méthode spécifique d'une science dont le seul but est de connaître le droit, non de le créer »¹⁹. Elle a « un caractère anti-idéologique tout à fait prononcé. Elle affirme cette tendance qui est la sienne dans ce fait que lorsqu'elle décrit le droit positif, elle le tient à l'abri de toute confusion avec un droit "idéal" ou "juste" »²⁰. Kelsen veut par conséquent donner naissance à une théorie essentiellement *descriptive* dont les fonctions sont les suivantes :

[l]a théorie générale du droit doit exclusivement dégager ses concepts du contenu des normes juridiques positives. Elle ne doit pas être influencée par les motifs et les intentions des autorités législatrices, ni par les vœux et les intérêts des individus relativement à la création du droit dont ils sont les sujets, si ce n'est dans la mesure où ces motifs et ces intentions, ces vœux et ces intérêts, trouvent leur expression dans la loi elle-même²¹.

Cette recherche de la « pureté » par Kelsen le mène à rejeter tout rôle pour la justice dans une théorie positiviste du droit et à refuser l'idée que le droit soit moral par essence. En effet,

le point capital et primordial [. . .] c'est l'idée qu'il n'existe pas une seule morale, qui serait « la morale », mais de nombreux systèmes moraux, extrêmement différents les uns des autres, et se contredisant les uns les autres dans une large mesure, et qu'ainsi il se peut fort bien qu'un ordre juridique corresponde *grosso modo* aux conceptions morales d'une certaine couche ou d'un certain groupe, en particulier à celles du groupe ou de la couche dominante à l'intérieur de la population qu'il régit—et en fait, il y correspond effectivement en règle générale —, mais que cet ordre juridique soit contraire aux conceptions morales d'un autre groupe ou d'une autre couche [. . .]²².

17. H.L.A. Hart, « Positivism and the Separation of Law and Morals » (1957) 71 Harv. L. Rev. 593 [Hart, « Positivism »].

18. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 1999, à la p. 4 [Kelsen, *Théorie pure*].

19. Kelsen, *Théorie générale*, *supra* note 5 à la p. 46.

20. Kelsen, *Théorie pure*, *supra* note 18 à la p. 115.

21. Kelsen, *Théorie générale*, *supra* note 5 aux pp. 45-46.

22. Kelsen, *Théorie pure*, *supra* note 18 à la p. 75.

Kelsen fait une analyse analogue de la justice. Selon lui, toute conception de la justice est nécessairement subjective et ne peut être prouvée en ayant recours à la connaissance rationnelle. Dans un article où il se positionne par rapport à Austin et contre l'utilitarisme, il souligne le fait que le bonheur est le résultat d'un jugement de valeurs et que celles-ci sont le résultat d'un phénomène social. Donnant les exemples de la volonté commune de voir l'individu libre, ou encore celle de voir les humains égaux, Kelsen cherche à montrer que les valeurs sont le résultat d'une conjoncture sociale. *Elles sont, pour ainsi dire, de l'idéologie*. Certaines de ces idéologies ont tenté de faire croire (parfois avec succès) qu'il était dans la nature de l'être humain que celui-ci accomplisse telle fin (liberté, égalité, par ex.) et que ceci relevait de la nature humaine, de la volonté de Dieu, de la raison humaine, etc. Toutefois, on n'a jamais réussi à trouver le contenu du droit naturel.

Lorsque les normes ainsi promues ont un contenu défini, elles apparaissent plus ou moins comme étant du droit positif qui, sans raison satisfaisante, est présenté comme étant du droit naturel ou du droit juste. Il arrive aussi, moins fréquemment toutefois, que les principes présentés comme étant « naturels » ou « justes » vont à l'encontre de ce qui est énoncé dans le droit positif. Dans les deux cas, leur validité s'appuie sur des jugements de valeurs qui n'ont aucune objectivité ; *une analyse critique montre toujours qu'ils ne sont que l'expression des intérêts de certains groupes ou de certaines classes*²³.

Kelsen poursuit sa charge contre le droit naturel et l'idée de justice qui le sous-tend en soutenant que la justice est une idée irrationnelle et qu'il n'existe, en réalité, que des intérêts.

Puisque Kelsen, un peu à l'image de Hart comme nous le verrons, prend comme première méthode pour la compréhension du droit celle de l'usage linguistique de ce concept et qu'il se mettra à la découverte des points qui seraient communs à chacun de ces usages, puisque par ailleurs les éléments tels que la morale et la justice ont des interprétations différentes selon les origines géographiques, les classes sociales, les religions, etc., il est par conséquent forcé d'éliminer ce genre de concept pour l'élaboration de sa théorie.

B. L'élaboration d'un idéal-type du droit

La recherche des variables nécessaires à l'identification d'un système juridique ainsi que des éléments permettant de circonscrire le droit *tel qu'il est* a été, de manière conséquente avec les objectifs qu'ils s'étaient fixés, est au centre des analyses d'Austin, Hart et Kelsen. Pour le premier, la tâche du théoricien et de la théoricienne du droit est de déterminer la nature ou l'essence du droit positif et d'en donner une définition positive excluant les éléments qui ne sont pas du droit ou qui n'en sont que par analogie. Austin cherche donc à trouver les points communs partagés par *l'ensemble* des sys-

23. Kelsen, « Pure Theory », *supra* note 6 aux pp. 47-48 [notre traduction] [nos italiques].

tèmes juridiques de l'histoire humaine afin d'en dégager une théorie et une définition *générale*. La définition qu'il en donne est bien connue : le droit est un *commandement* créant une *obligation* accompagnée d'une menace de *sanction* en cas de non-conformité. Ce commandement doit venir d'un *acteur souverain*, c'est-à-dire de quelqu'un à qui on a l'habitude d'obéir mais qui lui-même n'a pas l'habitude d'obéir à quelqu'un d'autre, et doit être dirigé vers une personne subordonnée. Il peut aussi venir d'une personne privée dont le pouvoir de commander découle d'un droit juridique (le maître sur son serviteur, l'enseignant ou l'enseignante sur l'élève, etc.), c'est-à-dire d'un droit qui lui a été accordé par l'acteur souverain. Qu'il vienne de l'acteur souverain ou d'une personne privée exerçant ses droits, le commandement doit être accompagné d'une menace de sanction, c'est-à-dire de la possibilité qu'un mal soit imposé à l'individu délinquant. En d'autres mots, la théorie d'Austin repose sur une définition du droit perçu comme une chaîne à trois maillons : 1) l'existence d'un acteur souverain ; 2) l'apparition d'un commandement de la part de cet acteur souverain ; et 3) la menace d'une sanction en cas de non-respect de ce commandement.

Cette définition a été centrale à l'enseignement du droit jusqu'à la critique corrosive effectuée par Hart à son égard dans son œuvre majeure, *Le concept de droit*, publiée pour la première fois en anglais en 1961²⁴. L'aspect primordial de cette critique concerne la place centrale du commandement dans la théorie du droit d'Austin et de ses successeurs :

La théorie qui conçoit le droit comme un ensemble d'ordres contraignants se heurte tout d'abord à l'objection selon laquelle il existe, dans tous les systèmes, des variétés de règles de droit qui, à trois points de vue essentiellement, ne s'accordent pas avec cette description.

Premièrement, même la loi pénale, qui s'en rapproche le plus, possède souvent un champ d'application qui diffère de celui d'ordres donnés à autrui, car une telle règle de droit peut imposer des obligations à ceux qui le font aussi bien qu'à autrui. Deuxièmement, d'autres lois diffèrent des ordres, en ce qu'elles n'exigent pas que des personnes accomplissent certains actes, mais qu'elles leur confèrent des pouvoirs; elles n'imposent pas des obligations, mais offrent le moyen de créer librement des droits et obligations juridiques, dans les limites de l'appareil coercitif du droit. Troisièmement, bien que la promulgation d'une loi soit, à certains égards, analogue au fait de donner un ordre, certaines règles de droit trouvent leur source dans la coutume et ne tirent pas leur statut juridique d'un quelconque acte conscient de création du droit²⁵.

24. H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, trad. par Michel van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976 aux pp. 33-102 [Hart, *Concept*]. Une seconde édition a été publiée en 1994 mais, selon Summers, fin analyste des travaux de Hart, « "[s]econde édition" est une faute d'appellation [misnomer] dans la mesure où l'édition de 1994 est la même que celle de 1961, exceptées quelques corrections mineures et une postface de Hart » : Robert S. Summers, « H.L.A. Hart's *The Concept of Law*: Estimations, Reflections, and a Personal Memorial » (1995) 45 J. Legal Educ. 587 à la p. 588 [notre traduction]. Étant donné que la seconde édition n'a pas été traduite en français et que celle-ci ne possède que peu de différences avec la première, nous avons choisi de travailler avec la version française même si celle-ci est une traduction de la première édition, et ce, avec la seule exception de la postface de Hart qui n'a pas été traduite et qui nous sera utile plus loin.

25. Hart, *Concept*, *ibid.* aux pp. 68-69.

Hart s'en prend également à la conception qu'a Austin de la souveraineté. Selon lui, les habitudes d'obéir à chacun de ces législateurs successifs ne suffisent pas à rendre compte du *droit* que possède chacun de ceux-ci de succéder à l'autre, ni à rendre compte en conséquence, de la continuité du pouvoir législatif. Tout d'abord, parce que les habitudes ne sont pas « normatives »; elles ne peuvent conférer de droits ni d'autorité à personne. Deuxièmement, parce que les habitudes d'obéir à un individu ne peuvent, contrairement à des règles que l'on accepte, se référer à une classe ou à une catégorie de législateurs successifs à venir, aussi bien qu'au législateur en exercice, ni rendre probable le fait que cette obéissance leur sera rendue²⁶.

Ainsi, l'échec des théories antérieures oblige, selon Hart, à construire sur de nouvelles bases. Ce qui distinguera le droit, ce sera plutôt l'interrelation existant entre deux types de règles : les règles primaires qui établissent les comportements proscrits et les règles secondaires permettant aux êtres humains de poser certains actes qui produiront des effets juridiques²⁷. Si les règles primaires sont d'un seul type, à savoir qu'elles émettent des obligations aux membres de la société, les règles secondaires comprennent principalement trois types de règles. La règle de reconnaissance, qui permet d'identifier la validité des autres règles, est le premier type. Les règles de changement qui permettent de modifier les règles primaires constituent le second type de règles secondaires. En dernier lieu, les règles de décision permettent de juger et de sanctionner les violations des règles primaires²⁸. Enfin, l'ensemble des règles est maintenu dans un tout cohérent par une règle de reconnaissance qui établit la validité des règles qui lui sont inférieures. Cette règle est une règle *sociale* en ce sens que son existence exige qu'elle soit acceptée par la communauté comme fondant la validité des autres règles. Elle est, d'une certaine façon, indéterminée car dans la mesure où elle repose sur l'acceptation d'une certaine majorité de la société, elle ne sera, pour reprendre les mots de Christie, qu'une tentative d'exprimer le principe ultime de l'organisation du système juridique d'une société²⁹.

Hart, qui avait précédemment accusé Kelsen d'avoir une vision « réductrice » du droit³⁰, cherche à éviter de tomber dans le même piège. Ainsi, tout en expliquant que cette union des règles primaires et des règles secondaires représente le cœur de l'analyse d'un système juridique, il prévient qu'elle « ne coïncide pas avec ce système dans sa totalité, et lorsque nous nous écarterons de ce centre, il nous faudra concilier des éléments d'un caractère différent »³¹. Faisant œuvre de modestie, Hart admet donc que ses écrits ne sont qu'une nouvelle tentative d'établir ce qu'on pourrait appeler un « idéal-type » des systèmes juridiques mais qu'il est fort possible que son système ne soit pas toujours conforme à la réalité.

26. *Ibid.* à la p. 82.

27. *Ibid.* aux pp. 103 et s.

28. *Ibid.* aux pp. 120 et s.

29. George C. Christie, « The Model of Principles » (1968) *Duke L. J.* 649 à la p. 652.

30. H.L.A. Hart, « Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer » (1957) 105 *U.Pa. L. Rev.* 953 à la p. 959 [Hart, « Analytical Jurisprudence »].

31. Hart, *Concept*, *supra* note 24 à la p. 125.

L'idée d'une règle fondamentale servant à identifier la validité des autres normes est également centrale à la théorie pure du droit de Kelsen. Pour lui, la question centrale est celle qui concerne la validité des normes. La réponse est la suivante : une norme n'est valide que si elle trouve une autre norme la rendant valide. Puisque nécessairement, la recherche d'une norme supérieure fondant la validité de la norme inférieure s'avérera tôt ou tard impossible, il doit exister une norme supposée suprême, une norme fondamentale (*Grundnorm*). Ainsi, « [t]outes les normes dont la validité peut être rapportée à une seule et même norme fondamentale forment un système de normes, un ordre normatif »³², processus que Raz appelle la « chaîne de validité » des normes³³. Une norme tirant sa validité d'une autre norme, on arrivera généralement à une constitution dont on pourra également questionner la validité. Celle-ci pourra peut-être venir d'une constitution antérieure,

mais en suivant cette voie, on arrive finalement à une Constitution qui est historiquement première, qui n'est plus née de la façon qui vient d'être caractérisée, et dont par suite la validité ne peut plus être rapportée à une norme positive créée par une autorité de droit, une Constitution qui est entrée en vigueur de façon révolutionnaire, c'est-à-dire ou bien en violation de la Constitution précédemment en vigueur, ou bien pour une sphère qui, antérieurement, n'était pas le domaine de validité d'une Constitution étatique et d'un ordre juridique reposant sur elle³⁴.

Ainsi, des liens étroits peuvent être établis entre les théories d'Austin, Hart et Kelsen à au moins trois égards. Dans un premier temps, une rupture épistémologique est effectuée avec la méthodologie du droit naturel en ce sens que la recherche scientifique ne cherche plus à comprendre ce que le droit devrait être, mais considère que c'est plutôt le droit tel qu'il est, c'est-à-dire issu de la volonté et de l'action humaines, qui doit être pris comme objet d'étude. En deuxième lieu, ils concentreront d'abord et avant tout leurs études sur les concepts juridiques plutôt que, par exemple, sur les faits sociaux influencés par ou influençant le droit. Enfin, puisque les concepts étudiés sont les règles juridiques et que leur analyse exclura les autres faits sociaux, les trois chercheront à délimiter les systèmes juridiques, à distinguer les règles des autres faits sociaux ayant aussi comme effet de modifier les comportements mais ne pouvant être vus comme faisant partie du droit. Pour ce faire, les trois identifieront des variables qui serviront à identifier les règles valides des systèmes juridiques. Pour Austin, il s'agira du commandement de l'acteur souverain alors que pour Hart et Kelsen, ce sera plutôt une règle de reconnaissance qui aura le pouvoir de définir les critères de validité.

32. Kelsen, *Théorie pure*, *supra* note 18 à la p. 194.

33. Joseph Raz, « Kelsen's Theory of the Basic Norm » (1974) 19 *Am. J. Juris.* 94 à la p. 96.

34. Kelsen, *Théorie pure*, *supra* note 18 à la p. 200.

C. *L'indétermination et l'interprétation juridictionnelle du droit chez Austin, Hart et Kelsen*

Une analyse conceptuelle cherchant à exclure autant que possible les éléments extra-juridiques aurait pu mener les trois auteurs à conclure que les tribunaux n'ont qu'à appliquer les règles et les méthodes d'interprétation aux situations particulières et à rendre leurs décisions de façon déductive. Les trois, faisant preuve de pragmatisme, se sont pourtant démarqués de telles analyses et ont critiqué âprement les juristes qui adoptaient celles-ci³⁵. Les prochaines pages tâcheront de souligner les rapprochements et les distinctions entre les auteurs choisis sur trois sujets, à savoir les sources et les raisons de l'indétermination, l'éventuel rôle de législateur des juges et, enfin, la nature des éléments extra-juridiques influençant les tribunaux au moment de ce jugement.

Pour des juristes tels qu'Austin, Hart et Kelsen qui travaillaient d'abord et avant tout sur la nature conceptuelle et analytique du droit, il n'est pas surprenant que les lacunes et les ambiguïtés langagières des règles aient été identifiées comme étant les éléments les plus importants de l'indétermination du droit. Pour Austin, les juges doivent considérer, au moment de l'application de la loi, la signification littérale de celles-ci comme étant l'indice principal de la signification de la volonté de leur auteur. Toutefois, cette recherche peut parfois se buter à l'incertitude et à l'indétermination des mots, forçant ainsi l'interprète à rechercher ailleurs des indices de cette volonté. Cette précarité de la règle peut notamment être constatée lorsque les juges identifient une tension potentielle entre l'intention du législateur et la façon dont la loi est rédigée. Il arrive, nous explique-t-il, que les juges trouveront que le législateur n'a pas exprimé parfaitement ses intentions ou que la loi qu'il a élaborée s'avère excessive ou insuffisante, c'est-à-dire qu'elle souffre de carences l'empêchant d'être réellement efficace. Dans ce cas, afin de s'assurer qu'elle soit appliquée de façon à ce que son objectif soit rempli, le tribunal devra l'interpréter en réduisant ou en élargissant sa portée.

35. Voir l'éloge de Rumble à Austin dans Rumble, *Thought*, *supra* note 3 à la p. 110 : « Austin était, en gros, bien en avance sur son temps. À ma connaissance, aucun autre juriste anglo-américain n'avait produit en 1832 une analyse aussi pénétrante du droit produit par les juges », puis à la p. 116 : « [l']analyse de Austin de l'indétermination représente une des ses contributions les plus utiles à la théorie du droit » [notre traduction]. Concernant Kelsen, voir sa critique de la théorie courante de l'interprétation qui « veut faire croire qu'appliquées aux cas concrets, les lois ne peuvent jamais fournir qu'une décision correcte, une seule, et que la "correction" de cette décision en droit positif est fondée sur la loi elle-même » : Kelsen, *Théorie pure*, *supra* note 18 à la p. 338. Il affirme au même endroit : « l'interprétation d'une loi ne doit pas nécessairement conduire à une décision unique tenue pour la seule exacte ; il est possible qu'elle conduise à plusieurs décisions qui sont toutes d'égale valeur—dans la mesure où l'on prend pour étalon de valeur uniquement la loi à appliquer—, bien qu'une seule d'entre elles devienne droit positif par l'acte de l'organe d'application du droit, en particulier du tribunal. Dire qu'un acte juridictionnel, un jugement ou un arrêt, est fondé sur la loi ne signifie pas qu'il est la norme qui peut être créée dans le cadre de la norme générale, mais seulement qu'il est l'une des normes individuelles qui pourraient toutes également l'être ; en somme, cela signifie que la décision se tient à l'intérieur du cadre que représente la loi ». Hart, de son côté, considérerait que la principale lacune de la théorie générale du droit était de considérer celui-ci comme étant fermé, c'est-à-dire capable de définir de manière exhaustive toutes les situations où il pourra s'appliquer. Voir notamment H.L.A. Hart, « American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream » (1977) 11 Ga. L. Rev. 969 aux pp. 978-989.

Pour Hart, le problème est issu d'un double handicap de l'être humain ainsi qu'à cause de la nature même du langage. En premier lieu : « c'est une lacune de l'homme, et non seulement du législateur mais de n'importe qui tentant de réguler certains comportements grâce à des règles générales de faire face à un handicap suprême qui est celui d'être incapable de prévoir la totalité des combinaisons possibles des circonstances pouvant survenir dans le futur »³⁶. Le second handicap de l'être humain face à cette problématique consiste en sa « relative indétermination au niveau des fins »³⁷, c'est-à-dire des situations où le législateur est indécis face à ses propres objectifs ainsi qu'aux finalités à donner à une loi. Enfin, la nature même de la langue fait en sorte qu'il existe une limite à la capacité de guider par des ordres généraux. « À cet égard, les énoncés linguistiques généraux dotés d'autorité dans lesquels une règle se trouve formulée, peuvent ne fournir que des lignes de conduite incertaines, presque au même titre qu'un exemple faisant autorité »³⁸. Cette indétermination est ce que Hart appelle la texture ouverte des règles. Reprenant les analyses développées par J.L. Austin et L. Wittgenstein, il soutient qu'aussi complexes que puissent être nos définitions, nous ne serons jamais en mesure de faire en sorte qu'elles soient suffisamment précises pour couvrir de façon adéquate toutes les situations possibles auxquelles le droit peut s'appliquer³⁹. Toutefois, malgré cette texture ouverte des concepts et des règles, il existerait pour chacun d'entre eux un paradigme, une signification standard qui constituerait le cœur de sa définition. Un mot peut bien avoir plusieurs significations selon le contexte dans lequel il est utilisé, il n'en demeure pas moins que chacune de ces situations se rapportera à certains éléments qui sont communs à chacune de ses différentes utilisations⁴⁰. La tâche de la théorie analytique sera par conséquent de trouver ce paradigme et ses éléments constitutifs principaux et de découvrir les différents motifs qui nous poussent, lorsqu'on hésite entre mettre en relation ou non une situation et un concept, à prendre une décision plutôt qu'une autre⁴¹. En pratique, nous explique Hart, les théoriciens et théoriciennes qui nient cette ouverture du droit et qu'on qualifie souvent de « formalistes » font une utilisation surabondante de la logique et des méthodes analytiques en croyant que ces décisions découlent d'une application « mécanique » du droit. Pourtant, si la logique nous permet de supposer *ce qui se passera* si on donne une certaine signification concrète à un concept, elle est complètement inutile pour savoir *quelle* signification il faut donner à ce même concept. De plus, les juristes qui adhèrent à cette conception du droit en faisant une « sur-utilisation » de la logique interprètent les termes en excluant toute considération sociale⁴². En contrepartie, Hart se distingue également des réal-

36. H.L.A. Hart, « Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence » dans *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, 265 aux pp. 269-270 [Hart, « Jhering's Heaven »] [notre traduction].

37. Hart, *Concept*, *supra* note 24 à la p. 160.

38. *Ibid.* à la p. 158.

39. Hart, « Jhering's Heaven », *supra* note 36 aux pp. 271-277.

40. Hart, « Analytical Jurisprudence », *supra* note 30 aux pp. 968-971.

41. *Ibid.* à la p. 968.

42. Hart, « Positivism », *supra* note 17 à la p. 610.

istes qui nient la légitimité du droit précisément à cause de l'indétermination de ses règles, et refusent de reconnaître quelque rôle que ce soit à la logique. Ceux-ci ont tort de penser que les juges font appel à leurs préférences personnelles et choisissent de façon aveugle parmi les différentes options s'offrant à eux. Même s'il prend très au sérieux leur critique concernant la texture ouverte des règles, Hart, de façon cohérente avec sa vision du droit fondé sur les règles, a toujours refusé de suivre jusqu'au bout les réalistes dans leur raisonnement à cause de la faible importance accordée par eux à la règle dans l'élaboration de la décision par les juges⁴³.

De son côté, Kelsen fait aussi reposer le fardeau de l'indétermination sur les épaules de l'ambiguïté d'un mot ou d'un groupe de mots causant, notamment, une contradiction totale ou partielle entre deux normes. Le normativiste viennois fait par contre aussi remarquer qu'il est possible que « l'indétermination ait été parfaitement voulue, c'est-à-dire qu'elle ait été dans les intentions de l'organe qui a posé la norme à appliquer »⁴⁴.

Cette impossibilité d'identifier incontestablement la volonté véritable du législateur fait en sorte que le tribunal ne se trouve plus, pour Austin, à être un juge interprétant la loi, mais plutôt « un législateur subordonné corrigeant les erreurs et les défauts [de celle-ci] »⁴⁵. En parlant de *législation judiciaire*, Austin se voit ainsi obligé de reconnaître que les juges remplissent une certaine fonction dans le processus législatif. En effet, du droit peut être créé par des décisions judiciaires⁴⁶. Il s'agit alors de *droit indirect* (dans la version en langue originale, Austin parle de *law obtaining obliquely*) où son auteur a comme objectif le règlement d'un cas spécifique⁴⁷. Qu'il soit créé de façon directe ou indirecte, le droit demeure, quoi qu'il en soit, la prérogative de l'acteur souverain :

Qu'elle soit établie directement ou indirectement, une loi ou une règle peut émaner soit du souverain ou d'une source inférieure ou subordonnée. Le pouvoir judiciaire, comme tout autre pouvoir, réside dans le souverain, même si dans la plupart des gouvernements de l'Europe moderne il arrive parfois que les tribunaux soient sujets ou subordonnés au souverain⁴⁸.

En d'autres termes, ce droit « est introduit immédiatement par le souverain ou par un autre auteur subordonné et exerçant des fonctions judiciaires et non législatives »⁴⁹.

43. Concernant la position de Hart vis-à-vis des formalistes et des réalistes, voir Douglas Lind, « Logic, Intuition, and the Positivist Legacy of H.L.A. Hart » (1999) 52 SMU L. Rev. 135.

44. Kelsen, *Théorie pure*, *supra* note 18 à la p. 336. Hart croit également qu'il existe des situations où il est si difficile de prédire les événements que l'on préfère établir une directive très générale et laisser à un organe administratif (par ex., demander un juste prix ou établir des conditions de sécurité au travail) ou aux juges (la prudence nécessaire en cas de faute) le soin d'appliquer la règle : Hart, *Concept*, *supra* note 24 aux pp. 162-165.

45. John Austin, *Lectures on Jurisprudence*, vol. II, 4^e éd., rév., Londres, J. Murray, 1873 à la p. 650 (réimpression en 2002, Bristol, Thoemmes Press) [Austin, *Lectures*] [notre traduction].

46. *Ibid.* à la p. 539.

47. *Ibid.* aux pp. 547-48.

48. *Ibid.* à la p. 548 [notre traduction].

49. *Ibid.* à la p. 549 [notre traduction].

L'indétermination perçue par Austin jumelée à ces fonctions législatives accordées aux juges a un certain nombre de conséquences sur sa théorie générale. Évoquons d'abord une lapalissade : l'indétermination, chez Austin, est une caractéristique du commandement. Or, si le commandement est indéterminé et que son interprétation est laissée aux juges, on doit conclure que le droit (à tout le moins dans sa composante judiciaire) n'est plus un commandement mais la compréhension qu'auront les juges de celui-ci. Toutefois, puisque les juges font partie de l'acteur souverain comme nous venons de le constater, Austin, à cette remarque, pourrait arguer que le droit est bien le commandement de l'acteur souverain (que ce commandement soit formulé au moment de l'étape législative, que l'on appellera le commandement législatif, ou qu'il le soit par la partie « judiciaire » de l'acteur souverain, qu'on appellera cette fois-là le commandement judiciaire) accompagné d'une sanction. Mais étant donné que l'interprétation du « commandement législatif » et, par conséquent, de l'énonciation du « commandement judiciaire » se fait au moment de l'application de la sanction (ou, pour être plus précis, au moment où on décidera si une sanction devra ou non s'appliquer), on ne peut plus dire que si le commandement n'est pas *suivi*, il y aura une sanction puisqu'on ne peut pas suivre un commandement qui n'est pas formulé au moment où l'on pose une action quelconque. On devra plutôt dire que si le sujet ne se comporte pas conformément à l'interprétation que feront les juges du commandement législatif, une sanction risque d'être appliquée. De ce fait, on ne peut plus, pour une question de logique temporelle, dire que l'on doit, par nos actes, *suivre* un commandement pour éviter la sanction puisque l'on ne peut pas suivre ce que l'on précède. Parallèlement, on ne peut pas volontairement se conformer à quelque chose qui n'existe pas encore. Ainsi, celui qui voudra partir de la définition austinienne du droit pour formuler la sienne devra nécessairement insérer les éléments qui font en sorte que le commandement législatif se distingue du commandement judiciaire ou, autrement dit, les éléments qui, en plus de la norme (pour utiliser le mot de Kelsen) ou la règle (telle que Hart la formulerait), forment ce dernier commandement.

Kelsen a également estimé que les juges jouissaient d'un pouvoir de législateur du fait de leur marge de manœuvre au moment de l'interprétation. Selon lui, l'« organe d'application du droit », libre utilisateur de son pouvoir discrétionnaire, est aussi un créateur de droit et « cette activité [l'interprétation] [. . .] n'est pas connaissance du droit positif, mais connaissance d'autres normes qui peuvent y déboucher dans la procédure de création du droit : normes de la morale, de la justice, jugements de valeurs sociaux que l'on a accoutumé de désigner par les slogans : bien du peuple, intérêt de l'État, progrès, etc. »⁵⁰.

50. Kelsen, *Théorie pure*, *supra* note 18, à la p. 340.

Hart, à l'inverse, a été plus sinueux concernant cet égard. Le souci d'atteindre un point d'équilibre entre les pôles réalistes et formalistes sur la question semble au fondement d'une position où la subtilité peut à certains égards être prise pour des attermolements. À certains endroits, Hart répond de façon positive à cette question. Dans *Le concept de droit*, par exemple, il écrit :

La texture ouverte de la règle de droit signifie qu'il existe, en effet, des domaines de la conduite pour lesquels on laisse aux tribunaux ou à l'administration le soin de développer de nombreux points, en établissant une balance, à la lumière des circonstances, entre des intérêts concurrents dont le poids varie d'une espèce à l'autre. [...] Dans ce cas, que ce soit à la frange des règles ou dans les domaines laissés ouverts par la théorie des précédents, les tribunaux remplissent une fonction de création de règles que les organes administratifs exercent principalement dans l'élaboration de directives variables⁵¹.

Au même endroit, il affirme que les juges pourront dans certaines situations (s'ils estiment, par exemple, qu'il n'existe pas de source formelle leur permettant de trancher un débat) utiliser des sources matérielles pour fonder leur jugement, ce qui fera nécessairement d'eux des législateurs⁵².

Au contraire, dans *Problems of the Philosophy of Law*, tout en opinant qu'il n'existe pas une seule bonne réponse à un problème juridique, il fait remarquer que les termes « choix », « discrétion » et « législation judiciaire » ne rendent peut-être pas totalement justice au processus par lequel une décision est prise. « Très souvent, la décision de subsumer un nouveau cas sous une certaine règle ou, à l'inverse, de l'en exclure, est guidée par l'idée qu'il s'agit là de la continuation "naturelle" d'une tendance décisionnelle où se transporte l'"esprit" d'une règle »⁵³.

À d'autres endroits enfin, la subtilité de l'équilibre donne l'impression que ce sont les deux positions qui sont adoptées. Dans *Positivism and the Separation of Law and Morals*, il commence par écrire :

Une décision, pour être rationnelle, ne doit pas seulement être prise à la lumière d'une certaine conception de ce qui devrait être [« of what ought to be »], mais doit aussi considérer les objectifs, politiques et fonctions sociales auxquelles les juges doivent faire appel pour que leurs décisions soient rationnelles comme faisant partie du droit, « droit » pris dans un sens large et qui serait ainsi compris d'une façon plus claire que lorsque compris au sens où l'entendent les utilitaristes. Cette formulation entraîne les conséquences suivantes : plutôt que dire que la récurrence des pénombres du droit nous montre que les règles juridiques sont essentiellement incomplètes et que lorsque celles-ci échouent à détermi-ner les décisions, les juges doivent légiférer et ainsi exercer un choix créatif entre deux alternatives, nous devons dire que les politiques sociales qui guident le choix des juges sont d'une certaine manière à être découvertes par eux; les juges ne font donc qu'« extirper » de la règle ce qui est, si ce processus est bien compris, « latent » en elle⁵⁴.

51. Hart, *Concept*, supra note 24 aux pp. 167-68.

52. *Ibid.* aux pp. 294-95.

53. H.L.A. Hart, « Problems of the Philosophy of Law », dans supra note 36, 88 à la p. 108 (Hart, « Problems ») [notre traduction].

54. Hart, « Positivism », supra note 17 à la p. 612 [notre traduction].

La texture ouverte, donc, force les juges à chercher les « objectifs, politiques et fonctions sociales » de la loi mais ceux-ci en font tout de même partie. Toutefois, à la toute fin du même article, il convient de ce qui suit :

Après tout ce qui a été dit, on doit se rappeler comment dans le droit il est rare de rencontrer ce phénomène, jusqu'à quel point il est exceptionnel d'avoir le sentiment qu'il n'existe qu'une seule façon de régler un cas, façon qui nous serait imposée et qui découlerait d'une application naturelle ou rationnelle de certaines règles. Sûrement ne pouvons-nous pas douter que, dans la plupart des cas concernant l'interprétation, l'utilisation d'expressions telles qu'alternatives, « législation judiciaire », ou même « décret » (quoique décret non arbitraire) convient peut-être mieux pour décrire la réalité de la situation. [. . .] [Ainsi pouvons-nous conclure que] nous vivons dans l'incertitude concernant les choix à adopter et que le droit existant impose des limites à ces choix, mais n'impose pas le choix à proprement parler⁵⁵.

Que l'on puisse parler ou non de « législation judiciaire » et quelle que soit la place laissée à la discrétion des juges, Hart reconnaît que la règle à elle seule n'est pas suffisante pour conclure sur tous les problèmes juridiques et que d'autres éléments devront être recherchés afin de formuler une décision judiciaire. Or, et il s'agit là d'une autre lacune de Hart, le juriste britannique demeure assez peu explicite sur la façon concrète de trouver les autres éléments constitutifs des décisions. Dans quelle sphère de la vie sociale ceux-ci résident-ils ? Sont-ils toujours présents dans la loi et ainsi discernables grâce à une analyse conceptuelle de celle-ci ou de l'ensemble du système juridique, ou peuvent-ils aussi être parfois extra-juridiques ?

Hart a tenté de donner une réponse à cette question dans *Positivism and the Separation of Law and Morals* où il explique, dans un passage déjà cité, que les juges doivent prendre en considération dans leurs jugements « les objectifs, politiques et fonctions sociales » de la loi et que ces éléments doivent être vus comme faisant partie du droit. Mais cette présence est-elle explicite (c'est-à-dire que seuls les objectifs, politiques et fonctions sociales *explicitement inscrits* dans la loi utilisée, voire l'ensemble du droit issu du système juridique sur lequel l'autorité des juges est fondée, pourraient être utilisés) ou implicite (où là, on assumerait que lesdits éléments doivent être décelés dans la sphère extra-juridique) ? S'il s'avère impossible de les trouver

55. *Ibid.* à la p. 629 [notre traduction]. Voir également Genaro R. Carrio, « Professor Dworkin's View on Legal Positivism » (1980) 55 *Ind. L. J.* 209. Plutôt que de parler d'un subtil équilibre, Carrio parle de trois étapes distinctes dans la pensée de Hart à ce sujet. D'abord, dans *Positivism and the Separation of Law and Morals*, Hart soutient que dans de rares cas, le lien entre une situation et la règle de droit est évidente et que sinon, les juges auraient un rôle de législateur. Dans *Le concept de droit*, il affirme que les juges doivent prendre en considération certains critères de validité et certains principes généraux acceptables pour la société en général et que cette exigence explique pourquoi certains sont réticents à parler de législation judiciaire. Puis, dans la troisième étape, celle de *Problems of Philosophy of Law*, il croit plutôt que les décisions sont prises en prenant en compte un ensemble de fins et d'intérêts sociaux et politiques, ainsi que des standards de justice et de moralité, et qu'on ne peut peut-être pas parler de législation judiciaire étant donné l'importance à donner à ces phénomènes. De plus, très souvent, l'application de la norme apparaît comme étant naturelle. Comme notre analyse le montre, nous sommes en désaccord avec cette analyse, principalement concernant l'étape de *Positivism and the Separation of Law and Morals* (où nous croyons que Hart hésite entre les deux positions) et celle du *Concept de droit* (dont nous faisons une lecture différente de Carrio).

explicitement dans la règle ou l'ensemble du système juridique, les juges devront-ils les « imaginer », supposer que ce qu'ils *croient* être les objectifs, politiques et fonctions sociales sont ceux qui ont *effectivement* fondé la règle ? Il considère, à un autre endroit, qu'il est important que les décisions aient comme fondement et comme raison un ensemble de considérations, telles que celles qui suivent :

Une grande variété d'intérêts individuels et sociaux, des objectifs politiques et sociaux ainsi que des standards de moralité et de justice [. . .]. Dans plusieurs sinon dans toutes les situations, les juges vont être guidés lors de leurs décisions par une pluralité de ces considérations qu'ils considéreront comme étant des supports suffisants pour leur décision, même si chacun d'entre eux pris de façon individuelle ne le serait pas⁵⁶.

En identifiant ainsi à l'extérieur de la sphère juridique les éléments que les juges devront prendre en compte, Hart fait un pas en avant important dans l'entendement du phénomène par rapport à Austin, pour qui les « seules remarques explicites sur le sujet indiquent qu'il aurait appliqué les principes de l'utilitarisme, ce qui n'est pas une surprise »⁵⁷, et aux positivistes analytiques qui les séparent. En plus de la compréhension du droit substantif et de la connaissance des faits matériels établissant l'affaire, l'interprète devra tenter de percevoir les objectifs politiques du législateur et prendre position face à des questions relevant de l'équilibre des intérêts entre les différents groupes sociaux. Hart—et ses hésitations à qualifier ce phénomène de « législation judiciaire » prennent tout leur sens —, demeure toutefois ambigu concernant la difficulté de cette nécessité. La découverte de ces éléments est-elle, somme toute, relativement aisée et objective, ce qui fera que malgré le choix qu'ils devront faire, les juges n'ont pas à légiférer même lorsqu'ils sont confrontés à une situation difficile ; ou est-elle plutôt ardue et impliquant une part de subjectivité, ce qui les forcera au contraire à prendre position ? Le subtil équilibre qu'a cherché à atteindre Hart dans la globalité de ses écrits nous empêche, comme nous l'avons vu, de répondre clairement à la question.

En faisant valoir que l'interprétation ne nécessitait pas seulement la connaissance du droit, mais aussi celle d'autres normes telles que celles de la morale et de la justice ainsi que d'autres jugements de valeurs sociaux, Kelsen nous désigne aussi certaines pistes sur lesquelles on pourra enquêter pour tenter d'établir une théorie des sources matérielles à cette activité. Ces éléments, cependant, ne sont qu'indiqués et aucune tentative de théorisation plus poussée ne transparait cependant dans son œuvre.

56. Hart, « Problems », *supra* note 53 à la p. 107. Voir également les pp. 106 et s. Pour une bonne analyse de la position mitoyenne de Hart, c'est-à-dire entre formalistes et réalistes, voir Lind, *supra* note 43.

57. Rumble, « John Austin », *supra* note 3 à la p. 122. Voir également Hart, « Jhering's Heaven » *supra* note 36 à la p. 274. Selon Hart, Austin « critique les juges pas pour ne pas le faire [légiférer] mais pour ne pas le faire en suivant les principes de l'utilitarisme ».

D. L'interprétation comme (autre) limite d'une école encore dominante

Un premier élément de la critique globale des théories de l'interprétation chez les trois principaux théoriciens du courant positiviste analytique étudiés est de nature « technique », c'est-à-dire qu'il concerne la façon dont on doit trouver la signification véritable des règles et des lois ambiguës. À ce sujet, les trois auteurs élaborent des théories où le langage est une façon d'expliquer la *volonté du législateur*. Cette recherche se heurte cependant à certaines difficultés, comme l'ont noté un grand nombre d'auteurs⁵⁸. On doit en effet noter que dès le moment où il n'est pas une seule et unique personne (le roi, par exemple), la recherche de la volonté du législateur, en devenant celle des législateurs, devient instantanément beaucoup plus ardue. Que ce soit à l'échelon national ou, *a fortiori*, international, la promulgation d'une loi ou la rédaction et l'entrée en vigueur d'un traité représentent un point de rencontre entre la volonté de plusieurs acteurs politiques aux intérêts variés, voire opposés. Dans bien des cas, cette « rencontre » des volontés peut s'exprimer par l'établissement d'une « hiérarchie » des objectifs. Dans d'autres cas, cette volonté commune sera inexistante, ce qui laissera l'interprète dans un néant dont il ou elle ne pourra sortir que grâce au seul recours à des éléments extra-normatifs.

Les acquis théoriques les plus importants laissés par ces trois piliers du positivisme analytique consistent en l'établissement de paradigmes concernant le fonctionnement d'un système juridique. Ces auteurs et les autres théoriciens analytiques ont réussi à construire un idéal-type (dans la mesure où, en périphérie souvent, chaque théorie se distingue en partie des autres, peut-être devrions-nous parler d'*idéaux-types* plutôt que d'idéal-type?) qui, nonobstant les faits sociaux, économiques et politiques, s'applique (c'est en tout cas ce qui est accepté généralement par les théoriciens et théoriciennes du droit) à tout système de droit. Ainsi, et même si un certain nombre d'écoles ont tenté de le faire, nul penseur, jusqu'à présent, n'a réussi à effectuer une révolution scientifique, c'est-à-dire à convaincre la communauté scientifique que les aspects centraux et fondamentaux des théories construites notamment par ces trois auteurs devaient être abandonnés et remplacés par de nouveaux paradigmes. D'une certaine façon, ils ont développé une théorie du droit *en tant que contenant*, théorie qui semble convaincante pour la majorité de la communauté scientifique. Ceci dit, plusieurs auteurs ont fait ressortir avec beaucoup d'à-propos les limites de ce cadre d'analyse. Les critiques du positivisme analytique

58. À titre d'exemple, un des débats les plus importants chez les internationalistes du XX^e siècle par rapport à l'interprétation concerne son rôle, c'est-à-dire la question de savoir si l'interprétation consiste en la recherche de la volonté des parties (méthode volontariste ou subjectiviste), du sens véritable des mots (approche textuelle ou littérale), ou encore du but et de l'objet (parfois émergents) d'un traité (approche téléologique). Si la première approche a été dominante dans la première moitié du siècle, les années cinquante et soixante ont vu émerger une critique importante contre celle-ci, notamment sous le prétexte que cette volonté « commune » était dans bien des cas inexistante. D'autres écoles (par exemple, les *Critical Legal Studies*) ont également pris des positions critiques face à cette méthode.

sont tellement connues qu'il nous est inutile d'élaborer sur le sujet. Disons seulement que celui-ci ne fournit pas les outils pour comprendre l'interaction entre l'être humain (socialisé) et l'idéal-type ou, en d'autres mots, pour comprendre le *contenu* du droit, le *contenu* du *contenant* théorisé par eux. Ainsi, celui ou celle qui veut comprendre le rôle du droit dans la société et saisir si, quand, comment et pourquoi le droit est un instrument d'émancipation ou d'oppression a nécessairement besoin d'utiliser d'autres écoles théoriques. À cet égard, plusieurs choses ont été écrites sur le rôle des relations sociales dans l'évolution du contenu du droit. La majorité de ces écrits ont porté sur les variables déterminant le contenu de la règle. Ces écrits consistent en des ajouts essentiels et incontestables au courant positiviste analytique. Ce que l'analyse précédente suggère, c'est que cette école souffre d'une autre lacune qui consiste en son incapacité à *comprendre* et à *théoriser* les variables extra-juridiques (c'est-à-dire sociales, économiques, politiques, psychologiques ou autres) qui déterminent la façon dont sera prise la décision par l'organe juridictionnel.

Ironiquement, cette lacune fait en sorte qu'alors même que ces auteurs cherchaient à dépeindre le droit *tel qu'il est* plutôt que *tel qu'il devrait être*, ceux-ci nous ont finalement offert une théorie du droit *tel qu'il devrait être*. Ils reconnaissent eux-mêmes implicitement au moment de leur analyse de l'interprétation que le droit ne peut être circonscrit à l'intérieur de balises uniquement conceptuelles ; il ne peut être compris sans un recours à des éléments non validés par la règle de reconnaissance. Un chercheur peut bien sûr tenter de ne pas se laisser influencer par les valeurs et les différentes idéologies de l'époque lorsqu'il élabore une théorie qu'il veut « a-idéologisée » ou « apolitique », ça ne signifie en rien qu'il doit refuser d'intégrer celles-ci dans l'analyse si elles sont nécessaires pour comprendre l'objet étudié⁵⁹. Dès le moment où l'on constate qu'entre le moment de la création normative (l'étape législative) et celui de l'application du droit (le moment du jugement) interviennent des éléments ne découlant pas directement de la règle de reconnaissance, on doit nécessairement, si on cherche à comprendre le fonctionnement du droit *tel qu'il est*, intégrer ceux-ci dans la théorie. Or, si les trois positivistes analytiques étudiés ci-haut ont bien sûr reconnu l'importance de ces éléments dans le droit, ils n'ont semble-t-il pas réussi à bien nous expliquer l'origine de ces variables extra-juridiques.

59. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2^e éd., New York, Oxford University Press, 1994 à la p. 254. Hart lui-même a fini par admettre qu'une analyse objective du droit pouvait signifier que l'on doit tenter de comprendre le rôle de la justice dans le droit.

II. LA CRITIQUE DE DWORKIN ET LA RÉPONSE DES POSITIVISTES ANALYTIQUES

Une des critiques les plus fondamentales du positivisme analytique des trente-cinq dernières années a été élaborée par un des juristes états-uniens les plus importants du XXe siècle : Ronald Dworkin. En plus de la notoriété de son auteur, son analyse nous est pertinente parce que le cœur de sa critique concerne justement la façon dont les analytiques (la critique vise particulièrement Hart mais s'applique également à tous les tenants du courant) ont théorisé l'interprétation des règles indéterminées.

La critique de Dworkin a été modifiée au cours de sa carrière, principalement semble-t-il à cause des nombreuses réponses qui lui ont été adressées. En langue française, ses premiers articles ont été rassemblés et publiés dans *Prendre les droits au sérieux* et l'évolution est observable tout au long de l'ouvrage. Au moment de sa première formulation, la critique de Dworkin envers les positivistes⁶⁰ s'est articulée autour de l'existence de trois différents types de *standards* : les *règles* (comme celle qui établit que sur l'autoroute on ne doit pas conduire à une vitesse supérieure à 90 km/h) qui se distinguent par leur application automatique et par le fait qu'il ne peut exister de conflit entre elles à moins de créer des situations critiques obligeant une prise de position et une redéfinition de la hiérarchisation des standards ; les *politiques* qui sont des standards définissant un but à atteindre ; et les *principes*, définis comme étant des standards qu'on doit appliquer parce qu'ils sont « une exigence dictée par la justice, l'équité ou quelque autre dimension de la morale »⁶¹. À l'inverse des règles, les principes comportent généralement des exceptions qui font en sorte que leur application n'est pas automatique. Par exemple, le principe selon lequel nul ne peut profiter de sa propre faute n'empêchera pas celui qui rompt un contrat de travail pour un emploi mieux rémunéré de toucher la totalité de son nouveau salaire, bien qu'il doive peut-être payer une indemnisation à son ancien employeur. Par conséquent, et il s'agit là de la seconde distinction entre les règles et les principes, ces deux types de standards étant au fondement de l'argumentation de Dworkin, les conflits entre les principes sont résolus en comparant l'importance de chacun. Cette nomenclature est importante parce que Dworkin cherche à montrer que les théories positivistes s'avèrent incapables de faire place à ces standards qui sont ceux qui permettent aux juges d'exercer leur pouvoir discrétionnaire.

60. En s'attaquant nommément aux « positivistes », Dworkin avoue qu'il utilise ce terme « avec un certain manque de rigueur historique » : Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995 à la p. 72. Nous comprenons que les « positivistes » visés sont en fait les « positivistes analytiques ».

61. *Ibid.* à la p. 80. Par ex., le principe selon lequel nul ne peut profiter du mal qu'il a fait. Dans son argumentation, Dworkin utilise souvent les « principes » comme terme générique désignant les normes autres que les règles : voir *ibid.* à la p. 79. Nous suivrons cette tendance.

En second lieu, Dworkin remarque que les positivistes s'appuient sur le postulat selon lequel le droit d'une communauté ne s'appuie *que* sur des règles valides, cette validité se déterminant en vertu d'un « test de pedigree » consistant habituellement en la conformité avec une règle fondamentale régulant l'ordre juridique. Selon lui, la particularité d'une telle règle est qu'à cause d'elle, la validité des règles subordonnées dérive non pas de leur contenu mais plutôt de l'histoire juridique de la société, c'est-à-dire de la forme de la règle de reconnaissance et des exigences imposées par elle. Ce test de pedigree, on l'a vu, consiste en la norme fondamentale chez Kelsen, la règle de reconnaissance ou de validité chez Hart, et l'idée de commandement d'un acteur souverain jumelé à une menace de sanction chez Austin.

Enfin, soutient Dworkin, lorsque les positivistes affirment que les juges peuvent utiliser leur pouvoir discrétionnaire lorsqu'ils sont confrontés à des cas difficiles, ils sont forcés de faire appel à la théorie du pouvoir discrétionnaire dans son « sens fort », c'est-à-dire que « sur un problème donné [le juge] n'est tout simplement pas lié par des standards établis par l'autorité en question »⁶². Cette façon d'envisager le pouvoir discrétionnaire signifie que les juges devront utiliser d'autres standards que les règles afin de fonder leurs jugements.

Ces aspects fondamentaux de la théorie des positivistes soulignés, Dworkin formule le cœur de sa critique contre eux. Les positivistes doivent nécessairement montrer de quelle façon les principes qui guident le pouvoir discrétionnaire des juges et qui ne sont pas *a priori* créés par une législature conformément au test de reconnaissance peuvent s'insérer malgré tout dans cet ordre juridique. Cette exigence est d'autant plus importante que Dworkin rappelle que dans bien des cas, les juges changent ou modifient radicalement une règle de droit existant en s'appuyant sur des principes. L'incapacité des positivistes à montrer comment ces standards peuvent émaner ultimement de la règle de reconnaissance invalide, selon lui, l'ensemble de leur théorie reposant sur le test de pedigree. Ainsi faut-il conclure, croit Dworkin, que si l'on accepte les principes comme étant du droit, on doit rejeter le postulat positiviste selon lequel « le droit d'une communauté se distingue des autres normes sociales à l'aide d'un test qui prend la forme d'une règle fondamentale »⁶³.

Un commentaire est important à ce moment-ci afin de montrer qu'Austin pourrait plus facilement que Kelsen et Hart esquiver cette critique. Pour Dworkin, le test de validité de celui-ci découle de deux aspects, à savoir le commandement de l'acteur souverain et la menace de sanction : « on a une obligation juridique, pensait

62. *Ibid.* à la p. 92. Sur les autres façons d'envisager le pouvoir discrétionnaire, voir *ibid.* aux pp. 91-94.

63. *Ibid.* à la p. 106.

[Austin], si l'on fait partie des destinataires d'un commandement général du souverain et si l'on risque de se voir infliger une sanction en cas de désobéissance »⁶⁴. L'erreur de Dworkin découle du fait qu'Austin comprenait dans le concept de souverain autant les ordres législatif que judiciaire. Par conséquent, le test de validité de ce dernier pourrait être formulé ainsi : « est valide toute formulation ayant la forme de commandement (que cette formulation vienne du pouvoir législatif ou du pouvoir judiciaire) et qui est accompagnée d'une menace de sanction ». Cette affirmation fait en sorte que, quelle que soit la forme du commandement et tant qu'il vienne de l'acteur souverain et qu'il soit accompagné d'une menace de sanction, le commandement sera automatiquement valide. Or, puisque jamais Austin ne dit mot sur l'exclusion des *principes* (ou de synonymes de ce concept) dans la formation de la décision judiciaire, on ne peut conclure que seules des *règles* peuvent émaner des organes habilités à formuler le commandement de l'acteur souverain. Le rôle de « législateur judiciaire » accordé aux juges selon Austin renforce la signification de ce silence. En d'autres mots, Austin pourrait facilement esquiver l'offensive de Dworkin en affirmant que jamais il n'a écrit ou même insinué que les standards avaient le caractère binaire (valides—non valides) qui découlerait automatiquement de la spécificité obligatoire de la règle de validité. Au contraire, il inciterait les juges (c'est du moins la conclusion que nous avons tirée par déduction de son analyse) à s'appuyer sur le principe d'utilité afin de fonder leur jugement en remplissant leurs fonctions à titre de législateur judiciaire.

Si Kelsen n'a pas répondu à Dworkin, dont les premiers écrits publics (qui ne le visaient d'ailleurs pas nommément) ont été publiés au crépuscule de la vie du maître de Vienne, les échanges de ce dernier avec son prédécesseur à la Chaire de théorie générale de droit d'Oxford et les défenseurs de celui-ci ont été centraux, on l'a déjà dit, dans les débats doctrinaux du monde juridique anglo-saxon.

Un premier type d'argument à la défense de Hart a consisté à nier qu'une distinction importante pouvait être faite entre les règles et les principes, arguments ayant été utilisés entre autres par Raz⁶⁵. Pour lui, ce que Dworkin appelle des principes sont en réalité assez peu nombreux et ne sont dans bien des cas que des énoncés présents dans plusieurs lois différentes plutôt que des principes en soi tels que les définit Dworkin. Il donne l'exemple de la liberté d'expression qui, sans être un principe que nous nous risquons à qualifier de « supra juridique », pourrait quand même être qualifié de principe à cause de son apparition régulière dans les différentes lois d'un même système juridique. Dworkin s'est défendu contre cette

64. *Ibid.* à la p. 74.

65. Joseph Raz, « Legal Principles and the Limits of Law » (1971-72) 81 Yale L.J. 823 [Raz, « Legal Principles »].

accusation⁶⁶ en expliquant qu'il ne fallait pas comprendre de cette façon-là son utilisation du concept de principe bien qu'il soit vrai que de tels résumés d'un grand nombre de standards puissent par ailleurs aussi être qualifiés de « principes ». Se référant à sa propre analyse de l'affaire *Henningsen v. Bloomfield Motors*⁶⁷ où des principes tels que celui de la liberté contractuelle, celui de la protection des intérêts du public et des consommateurs et consommatrices et celui selon lequel les tribunaux ne peuvent être facteur d'iniquité et d'injustice, Dworkin explique que certains principes ne peuvent être inclus dans la définition de Raz. Par ailleurs, il nous semble que d'autres arguments auraient aussi pu être utilisés par Dworkin afin de répondre à Raz. D'abord, qu'ils soient nombreux ou non, ces principes (dans le sens où Dworkin utilise le concept) doivent être expliqués dans une théorie générale du droit, ce qui n'est pas fait (c'est à tout le moins ce que soutient Dworkin) dans les théories de Hart et Kelsen. Ensuite, si on les utilise à la manière de Raz cette fois, on doit expliquer leur utilisation dans des lois où ils ne sont pas explicitement mentionnés. La liberté d'expression a beau être un principe dans un ordre juridique quelconque parce qu'on la retrouve explicitement dans un certain nombre de lois, on ne peut expliquer comment on peut interpréter une loi n'y faisant pas mention avec ce principe, à moins que la règle de validité permette la « désindividualisation » des lois, c'est-à-dire l'interprétation de celles-ci grâce au recours aux autres lois du système juridique.

Le second argument de Raz est beaucoup plus difficile à repousser pour Dworkin. Selon lui, la distinction entre les règles et les principes ne concerne que le caractère de la norme prescrite (la règle prescrit des actes *spécifiques* alors que le principe impose plutôt des actes *génériques*). Cette distinction, toutefois, est floue et il n'y a de frontière tangible entre eux. Dworkin, de manière moins convaincante cette fois, a tenté de répondre à Raz en soutenant que celui-ci a été incapable de définir ce qu'il entendait par « actes spécifiques » et « actes génériques » autrement que par des exemples. Or, il s'agit d'un argument peu concluant dans la mesure où si effectivement la distinction entre les règles et les principes n'est qu'une question de degré, il aurait été impossible pour Raz d'en définir les pourtours de façon bien précise.

Une autre difficulté soulignée par Raz réside dans le constat que les règles, dans n'importe quel système, peuvent entrer en conflit entre elles, conflit qui est

66. Nous avons déjà souligné le fait que *Prendre les droits au sérieux* était constitué d'un ensemble d'articles écrits par Dworkin à partir de la seconde moitié des années soixante. Le chapitre 2 (*Le modèle des règles I*) a d'abord été publié en 1967 ; le chapitre 3 (*Le modèle de règles II*) en 1972, et le chapitre 4 (*Les cas difficiles*) en 1975. Raz et la plupart des auteurs dont il sera mention dans les prochaines pages ont répondu aux articles de Dworkin qui constituent les chapitres 2 et 3 de ce livre. Les chapitres 3 et 4 sont des nouvelles formulations de la théorie de Dworkin qui intègrent des réponses apportées par lui à ses détracteurs.

67. 32 N.J. 358, 161 A2d 69 (1960), 75 ALR2d 1, tel que cité dans Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, *supra* note 60 à la p. 81. Voir toutefois Christie, *supra* note 29 aux pp. 662 et s., qui soutient que l'analyse que fait Dworkin de cette affaire est erronée.

souvent réglé en prenant en considération le poids et l'importance de chacune d'elles. Pour soutenir son argument, Raz donne l'exemple de la règle qui interdit les voies de fait qui peut entrer en conflit avec celle de la légitime défense. Cet exemple obscurcit la distinction faite par Dworkin entre les règles et les principes, dans la mesure où il considérait que ceux-ci pouvaient entrer en conflit, alors que celles-là ne le pouvaient pas. Dworkin s'est défendu contre le conflit résultant de l'exemple donné en affirmant qu'il n'est pas contradictoire qu'une règle générale prohibant les voies de fait cohabite avec une loi particulière qui affirme que la responsabilité pénale n'est pas engagée si cet acte est commis en situation de légitime défense. Une règle d'exception, soutient-il, n'est pas en contradiction avec une règle générale ; au contraire elles forment une seule et même règle.

D'autres défenseurs de Hart ont aussi soutenu que la typologie des standards de Dworkin était erronée parce qu'une règle peut être imprécise et ambiguë même si elle s'applique automatiquement. À l'inverse, un principe peut paraître précis, mais il demeure un principe même s'il doit être contrebalancé par d'autres principes avant que ses conséquences juridiques ne s'appliquent⁶⁸.

C'est en 1994, dans sa postface à la seconde édition anglaise (posthume) de *The Concept of Law*⁶⁹, qu'a été publiée la critique la plus complète par Hart lui-même à ces arguments de Dworkin concernant la distinction entre règles et principes. Hart explique qu'il ne voit pas, en premier lieu, pourquoi un système ne pourrait pas reconnaître que lorsque deux règles peuvent s'appliquer à une situation particulière, la plus importante (ou celle qui a le plus de poids) s'appliquerait au détriment de l'autre. L'exemple cité par Dworkin lui-même, l'affaire *Riggs v. Palmer*⁷⁰, où le principe selon lequel nul ne peut profiter du mal qu'il a commis a prévalu sur la règle selon laquelle on doit appliquer les dispositions inscrites dans un testament, montre selon Hart qu'un principe peut l'emporter sur une règle, contrairement à ce qu'affirme Dworkin. Ainsi doit-on rejeter la distinction faite entre ces deux types de standards, à moins d'accepter (ce que Dworkin n'est pas enclin à faire comme nous l'avons vu) que la distinction entre les deux est une question de degré⁷¹.

Cette première phase de l'échange entre les positivistes analytiques et Dworkin a eu au moins deux effets sur la théorie générale du droit. Les premiers d'abord ont dû admettre (ce qu'ils ne niaient toutefois pas nécessairement avant les débats doctrinaux) que les différents types de standards ne s'appliquaient pas tous de

68. E. Philip Soper, « Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute » (1976-77) 75 Mich. L. Rev. 473, aux pp. 481-82.

69. *Supra* note 59.

70. 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1899).

71. *Supra* note 59 aux pp. 261-62.

la même façon, c'est-à-dire que certains (les règles) étaient généralement précis et assez relativement dépourvus d'ambiguïté, alors que d'autres (les standards) commandaient l'utilisation par l'interprète d'un pouvoir discrétionnaire à cause de leur texture (parfois volontairement) ouverte. Cette distinction entre règles et standards fait maintenant partie du vocabulaire communément utilisé en théorie générale du droit. En contrepartie, les arguments contre sa typologie ont forcé Dworkin à abandonner la façon dont il distinguait les deux types de standards et a éventuellement donné une nouvelle définition du concept de « principe » qui est différente autant de son ancienne définition que de la façon dont les positivistes analytiques la comprennent désormais. Néanmoins, l'aveu implicite de Dworkin à l'effet que sa typologie était infondée n'a pas résolu le problème soulevé par son argumentation à savoir que, apparemment, les positivistes étaient incapables d'intégrer les standards dans leur théorie du droit où les règles sont validées par une règle de reconnaissance. À cet égard, un grand nombre de positivistes analytiques ont tâché de montrer que, contrairement à ce que prétendait Dworkin, le test de pedigree pouvait reconnaître les principes appliqués par les tribunaux ou, de façon alternative, que la thèse selon laquelle la validité des règles repose sur une règle de reconnaissance n'implique pas que des éléments non reconnus par lui ne pouvaient être utilisés dans le droit.

Raz, dans un premier temps, a défendu l'idée qu'un système pouvait avoir plusieurs règles de validité. Donnant l'exemple d'un système où la règle de reconnaissance ne reconnaîtrait pas la coutume ou les précédents judiciaires comme sources de droit mais où ceux-ci seraient néanmoins utilisés par les tribunaux, la validité de ceux-ci découlerait néanmoins nécessairement d'une règle de validité, ce qui laisse à supposer que pourraient exister plus d'une règle de validité dans le système juridique. Par ailleurs, dans certaines situations où les tribunaux ont à appliquer leur pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire là où les règles établies conformément à la règle de reconnaissance ne sont pas suffisantes pour donner une solution satisfaisante à un problème, on doit admettre, selon Raz, qu'il existe là encore deux règles de reconnaissance : une première qui dirige les tribunaux vers les règles à appliquer et une seconde (inscrite ou non dans la première) qui donne aux tribunaux leur pouvoir discrétionnaire⁷². Il semble difficile de défendre cette idée à moins d'élaborer une thèse solide concernant le conflit des règles et, ainsi, d'abandonner certains des éléments les plus fondamentaux des cadres théoriques élaborés par Hart et, *a fortiori*, par Kelsen. Dès le moment où l'on accepte cette idée, on reconnaît la possibilité que des règles valides en vertu d'ordres juridiques différents (si l'on accepte l'idée qu'une règle de validité est en soi suffisante pour créer un ordre juridique) entrent en confrontation, ce qui ne pourra être résolu que grâce à une règle sur le conflit des

72. Joseph Raz, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979 aux pp. 94-97 [notre traduction].

règles. Or, les théories élaborées autant par Hart que par Kelsen et qui reposent sur une règle de reconnaissance cherchent justement à éviter de tels conflits en proposant qu'une seule et unique règle établisse la validité des règles subordonnées, dont l'une d'entre elles sert justement à déterminer la façon dont on règlera les conflits entre des règles issues du même ordre juridique. La pertinence de réunir sous une seule et même règle la totalité des règles formant un ordre juridique est de distinguer les obligations juridiques des autres obligations (principalement les obligations sociales) d'une part, et d'autre part d'assurer une unité des premières, unité qui servira à leur identification. À moins de refuser d'expliquer les aboutissants des conflits entre règles venant d'ordres différents, la théorie de Raz nous force à établir une règle de conflit des règles qui serait nécessairement supérieure aux différentes règles de reconnaissance, c'est-à-dire qui aurait préséance sur elles. Comment, en effet, expliquer l'autorité nécessaire pour choisir quelles règles seraient valides et invalides autrement qu'en supposant la supériorité de cette règle? Par conséquent, cette règle de reconnaissance deviendrait la vraie norme de validité puisque ce serait elle qui établirait la validité des règles contradictoires. Cette conclusion invalide les propos mêmes de son auteur dans la mesure où elle exclut l'idée même de la pluralité des règles de validité.

Le professeur Sartorius, cherchant à expliquer comment les principes « extra-juridiques » pouvaient entrer dans le droit, a élaboré à cet égard une réponse plus convaincante. Pour lui, les principes utilisés par les tribunaux peuvent être rattachés à l'ordre juridique par la règle de reconnaissance parce qu'ils sont généralement existants dans la législation dans son ensemble. Les juges, au moment de prendre leur décision dans un cas difficile, doivent se mettre à la recherche de principes qui sont prédominants dans la législation et présumer, d'une certaine façon, que ceux-ci font partie de l'ordre juridique. Les considérations utilisées ne sont donc pertinentes que grâce à des règles, principes et politiques bien établis dans le droit, conformément à la théorie reposant sur une règle de reconnaissance. Les juges sont donc liés par des standards contraignants qui peuvent être découverts grâce à une règle de validité qui respecte, sinon la lettre, au moins l'esprit de celle de Hart, soutient Sartorius⁷³. Ce serait donc (même si Sartorius n'utilise pas lui-même ce terme) dans l'« esprit » sous-tendant les différentes lois et le système juridique dans son ensemble (qui sont reconnus par la règle de reconnaissance) que pourraient être reconnus les principes. Dworkin a aussi répondu à cet argument en expliquant que l'ensemble des principes pris dans le droit dans sa totalité constituerait une masse de données telle que chaque juge et chaque juriste aurait à développer une théorie du droit (et nécessairement de la règle de validité) qui serait différente de celle des autres. Mais, explique Dworkin :

73. Rolf Sartorius, « Social Policy and Judicial Legislation » (1971) 8 Am. Phil. Q. 151. Malgré ce désaccord, Sartorius s'entend avec Dworkin concernant, comme nous le verrons, le refus d'admettre le fait que les juges ont un pouvoir discrétionnaire et législatif.

Sartorius ne peut pas vouloir dire que la théorie du droit de n'importe quel juriste fournit une règle *sociale* de reconnaissance. [Puisque chaque juge aurait une théorie différente], [c]ertains des principes qu'il [le juge] avancerait seraient différents et certains de ceux qu'ils auraient en commun n'auraient pas le même poids chez l'un et chez l'autre. Ces différences font qu'aucune théorie de juriste ne peut en elle-même constituer une règle sociale complexe du genre requis [par une thèse telle que celle défendue par Hart]⁷⁴.

L'argument de Dworkin est d'un intérêt évident mais néanmoins souffre d'une lacune. Dans un premier temps, il touche la cible en ce sens que l'explication de Sartorius met en exergue la difficulté que peuvent éprouver les positivistes analytiques à montrer que les standards utilisés pour résoudre les cas difficiles peuvent être expliqués, intégrés et, surtout, facilement identifiés grâce à la règle de reconnaissance. L'intérêt de la règle de validité est de permettre l'identification des règles valides et l'exclusion de celles qui ne le sont pas. Or, si Dworkin dit vrai et que l'explication de Sartorius implique vraiment que l'identification de la règle de validité est différemment imaginée et, chose plus importante, appliquée par chacun d'entre eux, la description du système juridique souffrira nécessairement de la subjectivité ainsi introduite et non expliquée par la théorie des positivistes. Cela étant, ce n'est pas parce que la *perception* de la règle de validité est différente pour chacun que celle-ci l'est *objectivement*. Les systèmes expliqués par Austin, Hart et Kelsen n'ont pas été *inventés* mais *découverts* par eux, dans la mesure où s'il s'avérait que leur description du droit était exacte, le droit n'aurait pas possédé les caractéristiques décrites par eux qu'à partir du moment où leurs thèses furent terminées ou publiées. Ce n'est donc pas parce que les communautés praticiennes et théoriciennes ne s'entendent pas totalement sur l'identification d'une variable (la règle de validité) que celle-ci n'existe pas. En gros, l'échange entre Sartorius et Dworkin montre que, si l'échafaudage théorique monté par le second souffre de failles l'empêchant d'invalidier le paradigme analytique, les théoriciens et théoriciennes de ce courant doivent néanmoins se questionner sur certains problèmes importants de leur théorie (Sartorius lui-même en vient à une conclusion analogue).

Soper, de son côté, est intervenu pour rappeler que les juges n'ont pas qu'à appliquer les lois découlant de la règle de reconnaissance et que leur rôle ne doit pas être complètement subsumé sous les théories du droit. Ils doivent également appliquer des standards (des principes) dont certains découlent de la science de l'herméneutique et d'autres qui doivent être appréhendés comme possédant un statut « trans-juridique », c'est-à-dire comme constituant un minimum à appliquer. D'autres standards qui doivent être considérés sont en fait des pré-conditions aux relations sociales en général, telles que la règle selon laquelle nul ne peut profiter de sa propre faute. Autrement dit, tout ce qui est contraignant n'est pas automatiquement du droit

74. *Supra* note 60 à la p. 135.

(les standards, par exemple) dont la validité découle de la règle de reconnaissance. On peut exclure du droit, prétend Soper, des éléments qui sont contraignants de la même façon qu'on en exclut les règles de grammaire même si elles sont contraignantes d'une certaine façon⁷⁵. Raz a repris un argument semblable en soutenant que pour Hart, il est clair que la règle de reconnaissance est de texture ouverte et peut être incomplète. Dans ce sens, il est possible que des aspects du droit n'y soient pas rattachés. « L'existence d'une règle de reconnaissance ne signifie pas automatiquement que tous les problèmes légaux dont la solution dépend de la nature de la règle de validité [...] trouveront leur solution dans le système »⁷⁶. Il n'y a par conséquent « aucune raison de penser que tous les critères doivent être stipulés dans la règle de validité »⁷⁷. Ce type d'argument, qui consiste à dire que le système repose principalement sur une règle de reconnaissance mais que celle-ci ne peut rendre compte de toutes les situations, permet aux positivistes analytiques de montrer que l'argument de Dworkin n'est pas suffisant pour invalider la thèse de Hart mais que cette dernière est imparfaite et est partiellement inadéquate pour expliquer certaines dimensions du droit. Si des standards d'un quelconque type peuvent devenir contraignants sans être rattachés à la règle de reconnaissance, c'est donc dire que le système décrit par Hart (comme celui théorisé par Kelsen) est incomplet et qu'il faut trouver à l'extérieur de l'ordre juridique certains des éléments influençant une décision.

Un dernier argument apporté par Soper nous apparaît essentiel pour défendre la thèse de la règle de validité. Celui-ci prétend qu'une fois que la règle de reconnaissance qui définit les exigences requises pour qu'un énoncé soit juridiquement valide est respectée, rien n'empêche que deviennent juridiquement contraignants des standards que Dworkin qualifierait de « principes ». Par exemple, si dans le Royaume de Rex, la règle de reconnaissance stipule que « tout ce que Rex promulgue est du droit » et que la seule loi décrétée par Rex est la suivante : « tout problème juridique sera réglé tel que l'exige la justice », la règle de reconnaissance incorporera des principes de justice vagues qu'on ne peut associer au terme « règle » tel que le définit Dworkin⁷⁸. Le sentier argumentaire de Soper est, en gros, le même que celui qu'a adopté Hart dans la postface de la seconde édition de *The Concept of Law* où il s'est défendu contre l'affirmation de Dworkin selon laquelle le droit, selon les positivistes analytiques, est uniquement constitué par les règles conformes au test de pedigree et exclut nécessairement les principes. D'abord, soutient-il, la règle de reconnaissance peut fort bien s'accommoder d'une règle de validité fondée sur des principes moraux ou des valeurs substantives. C'est en vertu de ce principe que la théorie de Hart a parfois été qualifiée de

75. *Supra* note 68.

76. *Supra* note 72 à la p. 94 [notre traduction].

77. *Ibid.* à la p. 95 [notre traduction].

78. *Supra* note 68 aux pp. 511-12.

« positivisme mou »⁷⁹ parce qu'elle laissait la porte ouverte à certains principes de morale ou de justice. En d'autres mots, rien dans *Le concept de droit* n'empêche que la validité d'une règle ne découle pas uniquement de sa conformité factuelle avec le test de pedigree tel que le décrit Dworkin, mais également d'une exigence substantive, telle que le respect de quelque principe constitutionnel comme, par exemple, la liberté d'expression⁸⁰. Ainsi, la règle de validité peut exiger qu'une règle, pour être valide, soit conforme à tel ou tel principe de morale ou de justice, ces principes pouvant même faire explicitement partie de la constitution. Or, soutient Hart, la présence de tels principes moraux dans le test de pedigree mise en conjoncture avec l'incertitude concernant le contenu, voire l'existence même de valeurs morales objectives, fait en sorte que les juges n'appliqueront ces principes moraux inclus dans le test de pedigree qu'en fonction de leur propre compréhension de la moralité⁸¹.

Ce type d'argument défendant un positivisme mou avait déjà été présenté à Dworkin, notamment par Soper et Coleman⁸², et Dworkin y avait répondu de deux façons. D'abord en soutenant qu'il était contraire à l'objectif principal de la règle de validité, à savoir l'établissement d'un « test mécanique plus ou moins automatique [qui] fournit les conditions nécessaires et suffisantes pour établir la vérité sur ce que le droit est, à l'opposé du droit tel qu'il devrait être »⁸³, l'objectif de ce test étant, selon lui, la disparition de toute incertitude concernant ce que contient le droit et ce qu'il ne contient pas. Hart a répondu à cet argument en affirmant que l'exclusion de tout élément d'incertitude n'était pas le but ultime de la règle de reconnaissance et que cette incertitude pouvait, dans certains cas, être contradictoire avec certaines autres valeurs d'un système juridique. La seconde critique de Dworkin avait consisté à évoquer une contradiction entre l'adoption du positivisme mou (qui accepte que la règle de validité puisse inclure certains critères moraux) et l'objectif attribué aux positivistes de se détacher des débats philosophiques concernant la morale et la justice⁸⁴. Or, sous-tend Hart, une théorie peut très bien refuser de prendre part à ces débats mais quand même accepter l'idée selon laquelle de tels éléments ont une certaine influence dans les jugements. « Quelle que soit la réponse à cette question philosophique [concernant la nature de la morale ou de la justice], la tâche du juge sera toujours la même, à savoir rendre le meilleur jugement moral possible sur les questions morales qu'il doit trancher »⁸⁵. Quelques pages plus loin, Hart précise sa pensée :

79. Concernant la distinction entre le « positivisme dur » et le « positivisme mou », voir notamment Raz, *supra* note 72 au c. 3 et Brian Leiter, « Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence » (2003) 48 Am. J. Juris. 17 aux pp. 24-28.

80. *Supra* note 59 aux pp. 247 et 251.

81. *Ibid.* à la p. 253.

82. *Supra* note 68; Jules L. Coleman, « Negative and Positive Positivism » dans Marshall Cohen, dir., *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Totowa (New Jersey), Rowman & Allanheld, 1984, 28.

83. Ronald Dworkin, « A Reply by Ronald Dworkin » dans Cohen, *ibid.* aux pp. 247 et 248 [notre traduction].

84. *Ibid.* aux pp. 248-50.

85. *Supra* note 59 à la p. 254 [notre traduction].

[Dworkin] présuppose que la règle a comme fonction de déterminer complètement le résultat juridique des cas particuliers afin que chaque élément juridique découlant d'une certaine affaire puisse simplement être résolu grâce à l'application des critères ou des tests provenant de la règle de reconnaissance. Mais il s'agit là d'une mauvaise interprétation. *La fonction de cette règle n'est que de déterminer les conditions générales que doivent satisfaire les décisions juridiques satisfaisantes dans un système de droit moderne.* Elle remplit cette fonction, le plus souvent, en fournissant un critère de validité que Dworkin appelle un test de pedigree et qui se réfère, non pas au contenu du droit mais à la manière et à la forme que doit prendre la loi lors de son adoption ou son application. J'ai également expliqué [...] qu'en plus de ce test de pedigree, la règle de reconnaissance peut fournir des tests reliés non pas au contenu factuel des lois mais à leur conformité avec des valeurs substantives ou morales⁸⁶.

Ces deux conclusions de Hart, la première qui consiste en l'aveu que les règles validées en vertu de la règle de reconnaissance ne constituent pas le contenu exhaustif des variables déterminant la décision d'un tribunal face à un problème juridique quelconque, et la seconde selon laquelle certains éléments *moraux* devaient également être pris en compte (même si la tâche des positivistes analytiques n'est pas d'en approuver le contenu ou de promouvoir certaines valeurs morales) pour une compréhension exacte du droit et des décisions des tribunaux, ont une conséquence importante. On doit désormais admettre que le positivisme analytique et les autres théories reposant principalement sur une règle de reconnaissance comme test fondant la validité des règles ainsi que sur l'exclusion du droit *tel qu'il devrait être* de l'étude du droit *tel qu'il est* n'est qu'un idéal-type incomplet pour saisir la réalité complète du phénomène juridique. Bien sûr, et il s'agissait là d'un postulat assumé dès le début de cet article, cet idéal-type demeure au centre paradigmatique de la science juridique en ce début de XXI^e siècle, en ce sens que nul n'a réussi à convaincre une majorité des membres de la communauté académique que les règles valides en raison de leur conformité avec un certain nombre de conditions n'étaient pas l'élément fondamental d'un système juridique. Néanmoins, les aveux de Hart forcent cette communauté à élargir son champ d'étude afin de comprendre quelles sont les variables qui s'introduisent dans le droit pour remplir ses failles et ses lacunes causées par l'indétermination. Plus important encore, ils forcent la communauté académique à s'interroger sur la façon dont ces variables se constituent ou, en d'autres mots, sur les conditions sociales qui sont sous-jacentes à leur construction.

86. *Ibid.* à la p. 258 [notre traduction] [nos italiques].

Par ailleurs, l'ampleur des critiques lancées envers Dworkin⁸⁷ a forcé celui-ci à apporter des modifications importantes à sa théorie⁸⁸. À partir du chapitre intitulé *Les cas difficiles* (dans *Prendre les droits au sérieux*), sa définition des principes se trouve modifiée en ce que ceux-ci sont maintenant compris comme étant des standards établissant des droits accordés à des individus ou des groupes et qui peuvent être abstraits ou très concrets. De plus, et il s'agit là d'un changement fondamental, Dworkin abandonne l'idée selon laquelle le modèle hartien s'avérerait incapable d'intégrer les principes. Ce changement de position s'avère important car il s'agissait là de la principale critique que formulait Dworkin envers les positivistes analytiques. Enfin, à partir du chapitre intitulé *Les cas difficiles*, Dworkin cherche plutôt à proposer une théorie des limites du droit (selon laquelle on peut circonscrire de façon précise les frontières du droit) qui serait meilleure que celle de Hart et qui est fondée sur l'existence d'Hercule, juge surhumain, dont la tâche, lors des cas difficiles, sera, à partir du « support institutionnel » que constituent les décisions précédentes, de découvrir les principes qui fondent le corpus juridique de l'État où il officie⁸⁹.

III. CONCLUSION : COMMENT IDENTIFIER LES VARIABLES QUI SONT A PRIORI MANQUANTES CHEZ LES POSITIVISTES ANALYTIQUES (OU LE RÔLE DU SYLLOGISME DE KELSEN)

Les positivistes analytiques étudiés dans les pages précédentes ont été *a priori* assez peu explicites sur les éléments qui doivent compléter le droit lorsque les règles de celui-ci sont indéterminées. Sur quels éléments, autres que le droit, les interprètes s'appuient-ils pour donner une réponse satisfaisante à un cas difficile ? À quels endroits du monde juridique, voire de la réalité sociale, les scientifiques du droit doivent-ils rechercher les variables extra-normatives nécessaires à la formation d'un jugement ? L'analyse qui précède montre qu'Austin aurait souhaité qu'on utilise le principe d'utilité comme guide, autant lors de l'écriture première de la loi qu'au moment de son interprétation. Ce principe, formulé par Bentham comme

87. Nous n'avons évoqué que les critiques qui nous apparaissent les plus pertinentes mais ce que l'on a pris l'habitude d'appeler « le débat Hart-Dworkin » est au cœur des polémiques en théorie générale du droit dans le monde anglo-saxon depuis le milieu, voire le début, des années soixante-dix. Voir par ex. le *Jurisprudence Symposium* consacré à ce débat dans (1977) 11 Ga. L. Rev. 969 aux pp. 969-1424. Ce symposium regroupe 14 articles (dont certains ont été cités dans les pages précédentes) sur ce débat ou sur des questions connexes.

88. Concernant les modifications apportées par Dworkin à sa théorie, voir Joseph Raz, « Professor Dworkin's Theory of Rights » (1978) 26 Pol. Studies 123 et Joseph Raz, « Legal Principles and the Limits of Law » dans Cohen, *supra* note 82 à la p. 73. Ce dernier chapitre est constitué de parties de l'article du même titre publié dans (1971-72) 81 Yale L. J. 823 et d'une postface où Raz répond à la réplique que lui avait servi Dworkin dans *Prendre les droits au sérieux*.

89. Cette théorie, souvent qualifiée de néo-naturaliste, dépasse toutefois le cadre de cet article et ne sera pas abordée dans cet article. Les lecteurs et les lectrices pourront notamment en prendre connaissance dans Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, *supra* note 60 aux pp. 183-213.

demandant aux institutions d'une société d'agir de façon à favoriser le bonheur, le plaisir, le bien, le bénéfice et l'avantage du plus grand nombre, a été critiqué à plusieurs reprises⁹⁰ notamment à cause de l'indétermination même des variables retenues. Afin d'agir de façon à favoriser le plaisir du plus grand nombre, faut-il être capable de quantifier celui-ci et, subséquemment, de le qualifier ? Cette tâche étant impossible, il demeure difficile d'avoir une appréciation objective des facteurs influençant l'évolution du contenu normatif du droit. Par conséquent, lorsqu'ils sont sollicités, les juges austiniens se laisseront-ils nécessairement guider *par leur propre conception du principe d'utilité* plutôt que par une conception objective de celui-ci ? De ce fait, et même en acceptant que les juges doivent se laisser guider par ce principe (ce que nous ne faisons pas), le souhait d'Austin ne nous est que d'un recours extrêmement limité.

Hart, pour sa part, a très tôt fait valoir que dans bien des cas, les juges devaient fonder leurs décisions sur les buts et les principes de la loi et de la société, et ce, même si l'on devait néanmoins continuer à garder en tête la séparation du droit et de la morale lors de l'étude du droit. Cette caractéristique des décisions judiciaires en montre cependant toute la subjectivité étant donné l'impossibilité d'établir des méthodes rationnelles pour en fonder l'explication.

Kelsen, *a priori*, n'est pas plus explicite que les deux autres au sujet de la façon de comprendre la construction des décisions judiciaires. Nous avons déjà cité le passage où il explique que l'interprétation « n'est pas connaissance du droit positif, mais connaissance *d'autres normes* qui peuvent y déboucher dans la procédure de création du droit: normes de la morale, de la justice, jugements de valeurs sociaux que l'on a accoutumé de désigner par les slogans : bien du peuple, intérêt de l'État, progrès, etc. »⁹¹. Mais il n'explique jamais, *semble-t-il*, comment a été *construite* la *perception* de ces différents « objectifs » qui seront appliqués par l'« organe d'application du droit ». Est-ce bien le cas ? En fait, nous croyons que non. En effet, il nous appert qu'en la « reconstruisant », l'analyse de Kelsen s'avère porteuse de réponses extrêmement audacieuses, à tout le moins pour un normativiste. Dans la brève présentation générale de la théorie pure du droit, nous avons sciemment souligné que Kelsen insistait pour séparer l'étude du droit de celle de la justice et de la morale parce que la recherche du contenu de ces deux derniers concepts ne se référerait en réalité qu'aux conceptions morales des groupes dominants dans la société visée, qu'il s'agissait en fait de jugement de valeurs, d'idéologie et, en dernière analyse, de « l'expression des intérêts de certains groupes ou de certaines classes ». Or, jumelé à son analyse de l'interprétation, nous pouvons développer ce que nous appellerons le *syllogisme de Kelsen*

90. Parmi les critiques célèbres, voir par ex. John Rawls, *Théorie de la justice*, 6^e éd., Paris, Éditions du Seuil, 1987 aux pp. 29-78.

91. Kelsen, *Théorie pure*, *supra* note 18, à la p. 340.

qui est constitué des éléments suivants : la majeure étant : *puisque l'interprétation « n'est pas connaissance du droit positif, mais connaissance d'autres normes qui peuvent y déboucher dans la procédure de création du droit : normes de la morale, de la justice, jugements de valeurs sociaux que l'on a accoutumé de désigner par les slogans : bien du peuple, intérêt de l'État, progrès, etc. »* ; la mineure étant : *puisque la recherche de la justice et de la morale revient, en dernière analyse, à rechercher « l'expression des intérêts de certains groupes ou de certaines classes » cristallisés sous une certaine forme idéologique* ; la conclusion sera par conséquent : *face à un problème juridique, la solution découlera de la rencontre entre les normes et, lorsque celles-ci sont indéterminées, de l'interprétation qu'on en fera au regard des valeurs et intérêts des classes et des groupes dominants cristallisés sous une certaine forme idéologique.*

Il serait assez audacieux de prétendre avec certitude que Kelsen aurait été d'accord avec le syllogisme que nous construisons à partir de différentes parties de ses travaux. Au contraire, étant donné justement toute la peine qu'il s'est donnée à exclure tout élément moral de sa théorie pure, il aurait vraisemblablement refusé de l'endosser, bien qu'il ne soit pas non plus totalement exclu qu'il aurait accepté l'idée que tout en refusant de se laisser porter par ses propres jugements de valeurs, les théoriciens et théoriciennes sont forcés d'admettre que des idéaux de morale et de justice peuvent s'introduire dans le droit par le biais de l'interprétation. D'une façon ou d'une autre, cette prise de position hypothétique du maître viennois n'est pas d'une très grande importance et ne doit pas nous empêcher de tirer toutes les conclusions que nous offre sa théorie. Sur le plan strictement intellectuel, à moins d'accepter l'idée que certains concepts tels que la morale, la justice ou l'idéologie n'ont pas toujours la même signification chez Kelsen, il serait hasardeux de nier que son appareil théorique nous pousse à admettre le rôle que jouent les intérêts des classes et des groupes dominants (« *cristallisés sous une certaine forme idéologique* ») sur l'interprétation des règles et du droit.

Austin, de son côté, refuserait probablement le syllogisme. Puisque les juges, dans leur rôle de législateur, devraient se laisser guider par le principe d'utilité et qu'il est improbable qu'il eut été d'accord avec l'idée selon laquelle les fondements idéologiques de l'utilitarisme sont construits en fonction des intérêts des groupes et des classes dominants, il combattrait sûrement le syllogisme de Kelsen avec acharnement. De notre côté, nous rappelons les commentaires faits précédemment selon lesquels il est difficile de qualifier autant que de quantifier des concepts tels que le bonheur ou le plaisir. Il est encore plus difficile d'imaginer la façon la plus optimale d'atteindre ces idéaux. Dans une société capitaliste-consumériste, le bonheur, pour plusieurs, sera peut-être atteint grâce à la consommation ; dans une société rurale, grâce à des valeurs famil-

iales ; dans d'autres types de société, ce sera plutôt le respect de l'environnement ou des symboles religieux qui seront vus comme l'outil le plus apte à rapprocher les individus du bonheur. Dans certaines situations concrètes, certaines de ces valeurs entreront en conflit et l'interprète devra trancher en faveur de l'une ou de l'autre. Par exemple, des juges guidés par l'utilitarisme et devant se positionner sur la question (où les lois à cet égard seraient complètement indéterminées) de savoir si l'on doit ouvrir ou laisser fermés les commerces le dimanche, jour du Seigneur selon certains, jour des retrouvailles familiales pour d'autres, auront à réfléchir sur les valeurs qui rapprochent le plus grand nombre de leurs concitoyens du bonheur : les valeurs familiales, religieuses ou consuméristes. Il est fort possible que la réponse à la question réjouisse certains alors que d'autres en seront insatisfaits et que la répartition de ces deux groupes (satisfaits/insatisfaits) aurait été complètement différente dans une autre société. On doit par conséquent admettre que le choix des juges sera subjectif et que s'ils réussissaient le tour de force de bien identifier les valeurs qui permettent à leurs concitoyens de s'approcher autant que faire se peut du bonheur, ce choix aurait un fondement hautement idéologique en raison, justement, de la nature idéologique du bonheur. Bien sûr, Austin refuserait probablement d'admettre que ces idéaux sont, comme le suggère le syllogisme de Kelsen, hautement déterminés par les intérêts des classes et des groupes dominants, mais il aurait beaucoup de mal à convaincre les juristes d'aujourd'hui de la « désidéologisation » du principe d'utilité⁹². Hart, enfin, admet d'emblée la subjectivité des juges et fait valoir qu'une « décision judiciaire implique souvent un choix entre des valeurs morales et non pas la pure et simple application de quelque principe moral éminent ; il est en effet aberrant de croire que là où la portée de la règle de droit est douteuse, la morale a toujours une réponse limpide à offrir »⁹³. Puisqu'il est peu explicite sur la façon dont se forme cette morale, on ne peut déduire avec certitude qu'il accepterait le syllogisme de Kelsen, mais rien n'indique qu'il le refuserait par ailleurs.

En conclusion, cet article a principalement cherché à mettre en exergue un certain nombre de points. En premier lieu, nous avons montré que les positivistes analytiques étudiés étaient très conscients de l'indétermination et de la texture ouverte des règles et du droit en général. C'est justement cette indétermination favorisant l'utilisation du pouvoir discrétionnaire des juges qui a été au centre de la critique d'un de leurs adversaires doctrinaux les plus farouches des dernières années, Ronald Dworkin. Les attaques de celui-ci, bien que n'ayant pas réussi à abattre totalement les postulats des positivistes analytiques, ont quand même ébranlé solidement ceux-ci et ont forcé les tenants de cette école à admettre certaines limites importantes de leur analyse.

92. Roscoe Pound, « The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence [Continued] » (1911-12) 25 Harv. L. Rev. 140. Pound, comparant les travaux de Austin avec ceux de Brooks Adams pour qui le droit est la manifestation de la volonté des classes dominantes, fait ce commentaire à la p. 166 : « Austin pourrait bien dire quelque chose de semblable, substituant l'idée d'utilité déterminée par la classe dominante par celle d'intérêts de cette même classe » [notre traduction].

93. Hart, *Concept*, *supra* note 24 à la p. 244.

Nous avons aussi souligné que l'indétermination fait en sorte que des variables absentes formellement du droit doivent être prises en considération lors de l'étude scientifique de cet objet. Cependant, en raison du postulat fondamental du positivisme analytique qui exige que l'on sépare le droit *tel qu'il est* du droit *tel qu'il devrait être*, les trois auteurs étudiés ont été très peu explicites sur l'identification de ces variables « extra-juridiques ». Le seul à nous avoir donné quelques indices à ce sujet est Hans Kelsen, et encore nous a-t-il fallu « reconstruire » sa théorie et assembler des affirmations qui sont, dans sa théorie, séparées. Cette « reconstruction » nous a permis d'identifier ce que nous avons appelé le syllogisme de Kelsen dont la conclusion se lit comme suit : « Face à un problème juridique, la solution découlera de la rencontre entre les normes et, lorsque celles-ci sont indéterminées, de l'interprétation qu'on en fera au regard des valeurs et intérêts des classes et des groupes dominants cristallisés sous une certaine forme idéologique ». En raison de leur silence relatif concernant la façon dont les idéaux de morale et de justice sont créés dans la société, on ne peut affirmer que les autres positivistes analytiques étudiés (Hart et Austin) auraient accepté le syllogisme de Kelsen dans leur théorie. Il semble toutefois que dans le cas de Hart, au moins, il soit difficile d'affirmer qu'il l'aurait combattu vigoureusement.