

LE NORMATIF ET LE DESCRIPTIF EN THÉORIE DU DROIT

par Luc B. TREMBLAY*

SOMMAIRE

PREMIÈRE THÈSE	71
DEUXIÈME THÈSE	76
I. Le point de vue de l'entreprise théorique descriptive	77
II. Le point de vue des agents sociaux	87
CONCLUSION	95

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

À la suite de la critique du positivisme juridique par les sciences sociales, notamment l'anthropologie et la sociologie, pouvons-nous encore parler d'une «théorie normative» du droit? Je soutiendrai que la réponse est affirmative, mais la question n'est pas simple. D'une part, la relation entre le positivisme juridique et la théorie normative du droit est complexe. D'abord, la nature même du positivisme juridique est controversée en théorie générale du droit. Ensuite, le sens à donner au concept de «théorie normative du droit» dans le cadre d'une pensée de type positiviste est contesté parmi les théoriciens positivistes du droit. Ma réponse présupposera donc quelques distinctions.

D'autre part, ce que l'on peut nommer «la» critique du positivisme juridique par les sciences sociales recouvre une pluralité de thèses fondées sur des approches, méthodologies et théories concurrentes. Pour les fins de ce texte, toutefois, il ne sera pas nécessaire de pointer vers l'une ou l'autre de ces thèses particulières. Il sera suffisant de penser aux thèses anthropologiques et sociologiques qui remettent en question les thèses positivistes censées décrire les caractéristiques «universelles» du droit, telles l'existence de règles formellement valides et la présence d'une autorité centralisée comme l'État, l'autonomie du système juridique, l'institutionnalisation de la sanction, l'application universelle des normes, et ainsi de suite.

J'avancerai deux thèses. La première se situera dans le cadre d'une pensée positiviste. Je soutiendrai que de ce point de vue, aucune critique par les sciences sociales ne devrait en principe nous empêcher de parler d'une théorie normative du droit. La seconde thèse énoncera qu'aucune théorie descriptive du droit, ni même celles qui procèdent du positivisme juridique, ne peut faire l'économie d'une théorie normative du droit entendue dans ce que je nommerai un sens «fort». De ces deux thèses, la seconde est la plus importante. Aussi occupera-t-elle l'essentiel de mon intervention.

PREMIÈRE THÈSE

Quel peut bien être l'impact de la critique sociologique et anthropologique du positivisme juridique sur la théorie normative du droit, si l'on conçoit cette «théorie normative» dans le cadre d'une pensée positiviste? La réponse est aucun. Mais qu'est-ce que j'entends par pensée positiviste?

Par «positivisme juridique», je pense d'abord et avant tout à une approche du droit fondée sur une thèse épistémologique de type positiviste. Cette approche postule que la connaissance en droit ne peut être vraie que si elle se fonde sur des faits (physiques ou psychologiques) qui existent objectivement dans la réalité extérieure, de sorte que l'on peut, en principe, les observer, les décrire ou les expliquer tels qu'ils sont, sans faire intervenir nos préjugés, nos valeurs ou notre vision du monde, métaphysique ou théologique. Le positivisme juridique présuppose trois thèses : une thèse de la vérité qui énonce qu'une proposition de droit peut être vraie ou fausse selon qu'elle correspond ou pas aux faits (aux aspects ou à la totalité de la réalité juridique empirique indépendante) qu'elle est censée décrire ou expliquer; une thèse métaphysique qui énonce que le droit (ou la réalité juridique) est un «objet» dont la constitution exige une certaine indépendance et objectivité par rapport au théoricien; et une thèse sur la méthode, inspirée des méthodes scientifiques, qui garantit la correspondance entre les propositions de droit et la réalité juridique objective.

Le positivisme juridique procède donc de la raison théorique, et non de la raison pratique. Il est censé produire des théories descriptives du droit, c'est-à-dire des théories qui représentent correctement le droit tel qu'il est, et non pas tel qu'il devrait être¹. C'est pourquoi les théoriciens positivistes ont manifesté

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

autant d'intérêt pour les sources formelles du droit (les actes des parlements, les décisions judiciaires, les pratiques sociales coutumières, par exemple)² et pour l'articulation de tests fondamentaux (commandements d'un souverain, règle de reconnaissance, norme fondamentale) qui établissent de manière positive et décisive la validité formelle des règles de droit et les conditions de vérité des propositions de droit³.

Cette conception du positivisme juridique axée sur son épistémologie, plutôt que sur l'une ou l'autre des descriptions spécifiques du droit avancées par les théoriciens positivistes, constitue l'une des versions possibles de la thèse positiviste de la «séparation entre le droit et la morale»⁴. Cette version affirme

-
2. J. Raz a nommé cette thèse «the sources thesis» : «A law has a source if its contents and existence can be determined without using moral arguments». J. Raz, *ibid.* à la p. 47. Voir aussi, H.L.A. Hart, *ibid.* aux pp. 95, 97, 101, 264-67 à la p. 269 : «According to my theory, the existence and content of the law can be identified by reference to the social sources of the law (e.g. legislation, judicial decisions, social customs) without reference to morality except where the law thus identified has itself incorporated moral criteria for the identification of the law». Voir aussi Kelsen, *ibid.* aux pp. 164-177 à la p. 168 : «Le droit est toujours un droit positif, et son caractère positif vient de ce qu'il est créé et annulé au moyen d'actes accomplis par des êtres humains : il est donc indépendant de la morale ou de tout autre système normatif». Kelsen proposait toutefois un usage particulier du mot «source» du droit, *ibid.* au chap. 10. Selon Austin, «every positive law, or every law strictly so called, is a direct or circuitous command of a monarch or sovereign number in the character of a political superior», *ibid.*, à la p. 134.
 3. Pour H.L.A. Hart, la règle de reconnaissance «déterminera un ou plusieurs traits qui peuvent être considérés comme indiquant d'une manière positive et décisive que la règle visée qui les possède, constitue bien une règle du groupe, et qu'elle devra être soutenue par la pression sociale exercée par ce groupe»; H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976 à la p. 120. Pour H. Kelsen, «On n'établira qu'une norme appartient à un système de normes donné, à un ordre normatif donné, qu'en s'assurant qu'elle tire sa validité de la norme fondamentale constituant l'ordre. [...] Une proposition de "devoir-être" est une norme valide seulement si elle appartient à un système déterminé de normes valides, si elle est dérivable d'une norme fondamentale supposée valide»; Kelsen, *ibid.* à la p. 165. Selon Austin, une règle est une règle de droit si elle constitue un commandement, c'est-à-dire l'expression d'un désir du souverain dans la communauté politique, soutenue par une sanction. Voir Austin, *ibid.*
 4. L'une ou l'autre des versions de la «thèse de la séparabilité» constitue probablement le trait distinctif du positivisme juridique contemporain, au moins depuis les travaux de Hart. Voir H.L.A. Hart, «Positivism and the Separation of Law and Morals» (1958) 71 Harv. L. Rev. 592. La version privilégiée par Hart semblait plutôt porter sur le contenu du droit : «Nous utiliserons ici l'expression "Positivisme juridique" pour désigner la simple thèse selon laquelle il n'est en aucune manière nécessairement vrai que les règles de droit reflètent ou

qu'aucune considération normative fondée sur la justice, la morale ou l'éthique n'entre dans le processus de description du droit de manière à en infléchir la représentation. Le signe distinctif du positivisme juridique est donc son engagement envers la neutralité de l'entreprise théorique elle-même, par opposition à ce que l'on pourrait nommer la «neutralité du contenu du droit». Il s'ensuit que le droit qui fait l'objet d'une description neutre peut ou peut ne pas avoir un contenu conforme au juste, à la morale ou à l'éthique. Ce sont là deux questions distinctes⁵.

Dans le cadre d'une pensée positiviste, le concept de théorie normative du droit peut recevoir au moins deux acceptions : un sens fort et un sens faible. Dans un sens fort, une théorie normative du droit est une représentation «idéale» du droit, censée incarner ou se conformer à certains standards du juste, du bien ou du juste et du bien. Une théorie fortement normative du droit procède toujours d'une certaine éthique politique normative plus fondamentale, tels le droit naturel, l'utilitarisme ou une théorie des droits. La théorie normative du droit dans un sens fort ne tente donc pas de représenter le phénomène juridique tel qu'il est dans les faits. Elle a pour objet de fournir un guide pratique indiquant ce que le droit, en tant qu'institution sociale, devrait être et permettant d'évaluer le caractère acceptable ou inacceptable des ordres juridiques positifs.

Il n'est pas difficile de montrer que la critique du positivisme juridique par les sciences sociales ne peut avoir aucun impact sur cette première conception de la théorie normative du droit. Si le positivisme juridique procède d'une épistémologie de type positiviste, alors les théories fortement normatives du droit sont déjà écartées de son univers scientifique. Il s'ensuit que les critiques que peuvent en faire la sociologie ou l'anthropologie ne peuvent atteindre aucune théorie fortement normative du droit puisque, selon les postulats du positivisme, il n'y en a aucune à réfuter.

Par ailleurs, il arrive que des positivistes reconnaissent la validité d'une certaine théorie normative du droit entendue dans un sens fort aux fins de la

donnent satisfaction à certaines exigences morales, bien qu'en réalité elles l'aient souvent fait». *Ibid.* à la p. 224.

5. On pourrait reprendre en ce sens la célèbre formule de J. Austin selon laquelle «l'existence du droit est une chose; son mérite en est une autre». Austin, *supra* note 1.

critique morale d'un ou plusieurs ordres juridiques positifs⁶. La critique du positivisme avancée par les sciences sociales peut-elle avoir un impact sur de telles théories fortement normatives? La réponse est encore «non». Puisque les critiques sociologique et anthropologique ont pour cible les représentations positivistes du droit (les diverses descriptions du droit), et puisque ces descriptions ne sont pas censées dépendre des théories fortement normatives qui appuient les critiques morales que les positivistes font eux-mêmes des ordres juridiques positifs, elles ne peuvent atteindre les théories fortement normatives du droit.

Le concept de théorie normative du droit peut cependant être entendu dans un sens faible. C'est d'ailleurs généralement là le sens que lui donnent les théoriciens positivistes. Dans un sens faible, une théorie normative du droit représente une chose qui possède une certaine force normative ou qui est reconnue comme normative à l'intérieur d'une pratique sociale conçue comme extérieure et indépendante du théoricien qui la décrit. La théorie en question demeure descriptive mais elle décrit une chose qui, dans la réalité sociale, est conçue comme normatif. Pour cette raison, une théorie descriptive du droit forme en même temps une théorie normative du droit, bien que dans un sens faible. Les juristes ou les citoyens peuvent donc, à toutes fins utiles, utiliser cette théorie descriptive du droit comme théorie faiblement normative du droit. La théorie du droit avancée par Herbert L.A. Hart, par exemple, est censée décrire le droit tel qu'il se manifeste dans les pratiques sociales. Or, cette théorie tient compte de ce qu'il a nommé le point de vue «interne» des participants à ces pratiques⁷. Il s'ensuit que sa description est censée correspondre à ce qui est effectivement reconnu comme juridiquement obligatoire par ceux qui participent à la pratique. Par conséquent, dans la mesure où elle est vraie, sa théorie descriptive du droit forme en même temps une théorie faiblement normative du droit.

6. En fait, plusieurs théoriciens positivistes ont estimé que l'une des vertus du positivisme juridique était précisément de favoriser la critique morale du droit. Par exemple, J. Bentham cherchait à réformer le droit positif anglais en fonction des principes utilitaristes. Kelsen favorisait la démocratie et plaidait en faveur des droits de la personne. H.L.A. Hart critiquait le droit conformément à une version social-démocrate du libéralisme contemporain.

7. *Supra*, note 3 à la p. 114.

Il me semble assez clair, encore une fois, que la critique du positivisme juridique par les sciences sociales ne peut nous empêcher de parler d'une théorie faiblement normative du droit. Tant et aussi longtemps qu'il existera, à l'intérieur des pratiques sociales, quelque chose de normatif ou reconnue comme juridiquement normatif par les juristes ou les citoyens, on pourra parler d'une théorie faiblement normative du droit. Certes, la sociologie et l'anthropologie peuvent nous convaincre de modifier les représentations positivistes spécifiques du droit. Elles peuvent nous montrer que les types de faits qui sont reconnus comme normatifs dans la société sont beaucoup plus complexes et beaucoup plus riches que ceux que décrivent généralement les théories positivistes. Par exemple, les thèses qui procèdent de ce qu'il est convenu d'appeler le «pluralisme juridique» devraient forcer les positivistes à remettre en question les représentations du droit centrées exclusivement sur l'État, les commandements du souverain et les règles de reconnaissance. Néanmoins, aucune d'entre elles ne devrait avoir pour effet de nous empêcher de parler d'une théorie normative du droit entendue dans un sens faible. Elles ne peuvent que proposer une description des types de faits juridiques socialement reconnus comme normatifs qui soit supérieure à celle qu'admettent généralement les positivistes.

Nous pouvons maintenant affirmer ce qui suit : si l'on se situe dans le cadre d'une pensée positiviste et que nous en acceptons les postulats épistémologiques, nous devons conclure que la critique du positivisme juridique par les sciences sociales ne peut pas nous empêcher de parler d'une théorie normative du droit, que celle-ci soit conçue dans un sens fort ou dans un sens faible. La question qui maintenant se pose est de savoir si les postulats positivistes sont acceptables. En supposant qu'ils ne le soient pas, la conclusion serait-elle la même?

DEUXIÈME THÈSE

Je voudrais maintenant soutenir qu'aucune théorie du droit qui a l'ambition d'expliquer ou de décrire adéquatement le droit, ni même celles qui procèdent du positivisme juridique, ne peut faire l'économie d'une théorie normative du droit entendue dans un sens fort. Je rappelle qu'une théorie du droit fortement normative est une représentation «idéale» du droit qui incarne ou qui se conforme à certains standards du juste, du bien ou du juste et du bien.

Par conséquent, même en présupposant que les postulats épistémologiques positivistes ne sont pas acceptables, la critique du positivisme juridique par les sciences sociales ne peut pas nous empêcher de parler d'une théorie normative du droit entendue dans un sens fort. Au contraire, le caractère inadéquat des postulats positivistes démontre que les théories fortement normatives du droit doivent nécessairement faire partie des discussions théoriques sur le droit.

Cette thèse peut se démontrer de deux points de vue : celui de l'entreprise théorique qui consiste à décrire ou expliquer le droit et celui des agents sociaux qui le mettent en pratique. Des deux points de vue, le second est le plus fécond, car si la thèse est vraie, il rejaillit sur l'entreprise théorique elle-même.

I. Le point de vue de l'entreprise théorique descriptive

Si l'objectif du théoricien descripteur est de représenter le droit tel qu'il est dans la réalité sociale, le droit doit pouvoir constituer un objet d'étude spécifique. Mais comment délimiter cet objet d'étude? Le phénomène juridique, tel qu'il se manifeste empiriquement, comprend un tas d'éléments : des règles écrites et non écrites, des institutions, des pratiques, des intentions, des raisonnements, des idéaux, des appels à la justice, des valeurs, des critiques, des contraintes, des rapports de force, de pouvoir et de domination, des luttes d'intérêt, des actes de violence, des statuts sociaux, des frustrations, des peines, des joies, des privations, des attentes dites légitimes, des avantages, des symboles, des réciprocités, etc. Qu'est-ce qui, dans ce phénomène extrêmement complexe, compte comme propriétés essentielles ou constitutives de l'«objet» que cherche à décrire le théoricien du droit? Comment les établir? Sur la base de quelles considérations un théoricien peut-il fonder la représentation du droit sur les «sources» plutôt que sur les raisonnements, sur les contraintes plutôt que sur les idéaux, sur les institutions plutôt que sur les réciprocités? Il est évident que le théoricien ne peut simplement dire qu'il l'a fondée sur la base des faits objectifs constitutifs du droit qu'il a observés empiriquement, puisque c'est précisément l'existence et la nature de ces faits que le théoricien doit d'abord établir.

Le droit, quel qu'il soit, n'est pas une donnée objective solide de la réalité sociale, ni en tant qu'objet d'études, ni en tant que fait, ni en tant

qu'«essence». Toute description du droit constitue une construction de l'objet décrit. Le théoricien descripteur doit donc nécessairement faire un choix parmi tous les éléments que manifeste le phénomène juridique, et le choix des éléments qui, en bout d'analyse, sont acceptés comme constitutifs du droit présuppose nécessairement l'acceptation d'un certain point de vue normatif. Pour cette raison, décrire le droit consiste toujours à le caractériser d'un certain point de vue normatif, interne à l'entreprise théorique elle-même.

Il se pourrait que cette assertion relève du truisme, tant il est admis dans la philosophie des sciences contemporaines que les «faits» que nous considérons être objectifs sont assujettis aux théories qui servent à les décrire⁸. Pourtant, les postulats positivistes présupposent logiquement que les propriétés essentielles ou constitutives du droit sont, d'une certaine manière, «déjà là», posées en tant que données objectives «connaissables» de la réalité sociale, indépendamment de tous points de vue normatifs autres que ceux que prescrivent les postulats épistémologiques de type positiviste. Ils ignorent ainsi, ou nient carrément, les formes de dépendance du descriptif envers le normatif⁹.

On pourrait objecter que le seul point de vue qui compte est le «point de vue interne» des acteurs qui participent à la pratique du droit. Dès lors, le théoricien descripteur n'aurait pas à caractériser le droit d'un point de vue normatif. Il n'aurait qu'à reconnaître comme constitutifs du droit les éléments que les acteurs sociaux engagés dans la pratique du droit reconnaissent déjà eux-mêmes. Cette objection serait peut-être valable si les éléments constitutifs du droit reconnus par les acteurs sociaux étaient univoques. Or, ce n'est pas le cas. Le point de vue interne reproduit la même complexité que celle que manifeste le phénomène juridique lui-même. On y reconnaît les mêmes éléments (règles,

8. Voir, par exemple, N. Goodman, *Ways of Worldmaking*, Indianapolis, Hackett, 1978 à la p. 97 : «Facts [...] are as theory-laden as we hope our theories are fact-laden». Voir aussi Thomas S. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1983 chap. 9; W.V.O. Quine, *Le mot et la chose*, Paris, Flammarion, 1977 au chap. I.

9. Voir, généralement, *supra* note 1. H. Kelsen, par exemple, expliquait sa théorie pure du droit en ces termes : «Théorie, elle se propose uniquement et exclusivement de connaître son objet, c'est-à-dire d'établir ce qu'est le droit et comment il est. Elle n'essaie en aucune façon de dire comment le droit devrait ou doit être ou être fait. D'un mot : elle entend être science du droit, elle n'entend pas être politique juridique.» H. Kelsen, *La théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962 à la p. 1.

institutions, pratiques, intentions, raisonnements, idéaux, appels à la justice, valeurs, critiques, contraintes, rapports de force, pouvoir domination, luttes d'intérêts, violence, statuts, frustrations, peines, joies, privations, attentes dites légitimes, avantages, symboles, réciprocités, etc.). Il s'ensuit que le théoricien descripteur doit encore choisir, parmi tous les éléments du phénomène juridique que reproduit le point de vue interne, ceux qui comptent comme propriétés essentielles du droit. Puisqu'il n'est pas possible de discriminer entre eux en se fondant sur une observation neutre de la réalité juridique empirique, le théoricien doit encore établir le point de vue normatif en vertu duquel le droit que l'on cherche à décrire en tenant compte du point de vue interne doit être caractérisé.

La question pertinente devient donc la suivante : peut-on, du point de vue normatif interne à l'entreprise théorique elle-même, faire l'économie d'une théorie normative du droit entendue dans un sens fort? Mon hypothèse est que ce n'est pas possible. Le droit, quel qu'il soit, ne peut être établi comme «objet» et les propriétés constitutives du droit, quelles qu'elles soient, ne peuvent être établies comme «faits», sans présupposer la validité ou la justification d'une conception fortement normative du droit. Bien que cette conception puisse prendre diverses formes, elle indique toujours la raison d'être, la finalité ou les valeurs morales, éthiques, ou morales et éthiques, substantielles qu'est censé servir le droit. Ce sont ces types de considérations qui, de manière générale, guident le chercheur dans le processus de construction du droit. Il s'ensuit qu'une théorie descriptive du droit, même positiviste, incarne généralement une théorie fortement normative du droit.

Il est évident que la force de cette dernière assertion ne peut être démontrée empiriquement à l'égard de toutes les théories positivistes. D'une part, ces dernières sont si nombreuses que toute démonstration empirique serait vouée à l'échec. D'autre part, les théoriciens positivistes ne parlent généralement pas de leurs prémisses fortement normatives. On l'a dit, compte tenu de leurs postulats épistémologiques, ils ne sont pas censés en avoir. Néanmoins, il arrive que les prémisses fortement normatives des théoriciens positivistes apparaissent, et peuvent être reconstruites, au détour d'une discussion incidente.

Dans ce qui va suivre, j'appuierai cette dernière assertion en me servant de la théorie positiviste de Herbert L.A. Hart. Deux raisons motivent ce choix. La première est l'importance qu'a eu cette théorie sur la pensée positiviste contemporaine : Hart est généralement considéré comme «the most influential modern positivist in the English-speaking world»¹⁰. La seconde raison réside dans le fait que Hart lui-même concevait son ouvrage *The Concept of Law*, publié en 1961, comme un «essai de sociologie descriptive»¹¹. Or, dans le *Postscript*, publié en 1994, il revient sur le but de cet ouvrage qui était de fournir une théorie «of what law is» qui est à la fois générale et descriptive.

It is *general* in the sense that it is not tied to any particular legal system or legal culture, but seeks to give an explanatory and clarifying account of law as a complex social and political institution with a rule-governed (and in that sense 'normative') aspect. [...] My account is *descriptive* in that it is morally neutral and has no justificatory aims : it does not seek to justify or commend on moral and other grounds the forms and structures which appear in my general account of law, though a clear understanding of these is, I think, an important preliminary to any useful moral criticism of law.¹²

Pourtant, à l'occasion d'une discussion sur la validité juridique des règles de droit injustes et immorales, Hart énonçait les considérations normatives qui militaient en faveur du concept positiviste de droit¹³. Un concept positiviste de droit est large : il ne fait pas dépendre la validité juridique des règles de droit de leur validité morale. Le concept de droit concurrent, provenant de la théorie du Droit naturel, est plus étroit; la validité ou la qualité de droit n'est reconnue qu'à des règles qui n'imposent ou ne permettent pas des iniquités. Comment choisir entre les deux concepts de droit? Hart soutenait que le choix n'est pas un problème d'ordre linguistique sur l'usage correct du mot «droit». C'est un problème de «choix raisonné» portant sur les «mérites comparés» du concept large et du concept étroit, compte tenu de la supériorité

10. K. Greenawalt, «Too Thin and Too Rich : Distinguishing Features of Legal Positivism» dans R. P. George, dir., *The Autonomy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1996 aux pp. 3-4.

11. Voir *supra* note 1, préface.

12. Voir *supra* note 1 aux pp. 239-240.

13. Voir *supra* note 3, chap. 9.

de l'un sur l'autre dans nos recherches théoriques et scientifiques ou dans la façon de faire avancer et de clarifier nos délibérations morales¹⁴. Qu'est-ce qu'on gagne sur le plan scientifique ou sur le plan de la délibération pratique à ne pas faire dépendre la validité juridique des règles de leur validité morale? Sa réponse était limpide : on y gagne en *clarté* dans la formulation même des problèmes théoriques et pratiques et, par voie de conséquence, dans leurs modes de solution.

Je soumets que ces considérations engageaient déjà l'entreprise théorique hartienne depuis le tout début et non pas uniquement «en bout d'analyse» en vue de comparer deux concepts du droit concurrents qui seraient «déjà» construits sur la base de considérations moralement neutres. Hart ne faisait jamais qu'observer des faits objectifs. Il les construisait toujours à partir d'un point de vue normatif qui valorisait la clarté conceptuelle. Or, je soumets que cette considération normative révélait l'engagement du théoricien envers un idéal fondamental qu'on pourrait associer à la «certitude juridique». Cet idéal a pour objet permettre aux citoyens de connaître d'avance les règles de droit, de planifier leur conduite en conséquence et de déterminer sans confusion quelles règles juridiques sont injustes, de manière non seulement à les critiquer rationnellement, mais aussi à décider lesquelles méritent d'être obéies.

La certitude juridique est un idéal moralement et éthiquement chargé. D'une part, il incarne une certaine conception éthique de l'être humain, conception qui lui reconnaît des capacités qui méritent le respect, telles la rationalité, la liberté et la responsabilité personnelle en tant qu'agent moral. Hart exprimait cette idée en soutenant que seul un concept positiviste de droit permettait de maintenir la conscience individuelle que certaines règles de droit pouvaient constituer un abus de pouvoir et, en conséquence, ne pas mériter d'être obéies :

La chose qui est de loin la plus nécessaire pour rendre les gens clairvoyants lorsqu'ils sont en présence de l'abus de pouvoir d'une autorité, c'est qu'ils gardent la conscience de ce que l'assurance de la validité juridique n'est pas décisive quant au problème de l'obéissance, et que, quelle que soit la dimension de l'aura de majesté

14. *Ibid.* aux pp. 249-250.

ou d'autorité que puisse avoir le système officiel, ses exigences doivent finalement être soumises à un examen moral minutieux. Cette conscience de ce qu'il y a, en dehors du système officiel, quelque chose à quoi l'individu doit se référer en dernier ressort pour résoudre ses problèmes d'obéissance, a sûrement plus de chances de se maintenir en vie parmi ceux qui sont habitués à penser que des règles de droit peuvent être iniques, que parmi ceux qui pensent que rien d'inique ne peut jamais avoir le statut de droit.¹⁵

D'autre part, l'idéal de certitude juridique incarne une conception fortement normative du droit qu'on pourrait associer à ce que j'ai nommé ailleurs la «primauté du droit comme certitude»¹⁶. Cette conception de la primauté du droit a accompagné le libéralisme depuis le tout début de son histoire et son idéaltype fait du droit un système de règles générales, claires et prospectives. Mais il y a plus. Cette conception normative du droit indique aussi que toute description du droit doit le représenter comme un fait objectif, *out there*, entièrement constitué d'éléments «formels», c'est-à-dire de ses aspects les plus «factuels» ou empiriquement les plus solides. Le droit positif devait donc être conçu exclusivement comme une forme, existant indépendamment de tout contenu. Or, en postulant que le droit n'est qu'une structure formelle, on le concevait d'une manière telle qu'il permettait à ceux et celles qui détiennent le pouvoir d'en faire substantiellement ce qu'ils veulent. Le contenu du droit n'était plus qu'une affaire contingente, qu'une affaire de volonté, de souveraineté, de commandement ou de pouvoir.

Cette conception normative du droit incarne ou procède donc d'une certaine conception de la morale politique et de l'État. Mais elle peut aussi la dépasser. En l'occurrence, elle participe à cet ensemble de valeurs éthiques héritées de la révolution scientifique commencée au 17^e siècle qui attribuaient aux êtres humains non seulement une forme d'autonomie «désengagée» par

15. *Ibid.* à la p. 251. Hart soutenait aussi que seul un concept positiviste de droit permettait d'éviter une simplification excessive de la diversité et de la complexité des questions morales qui s'entremêlent dans une délibération morale sur l'obéissance au droit. Une loi peut être injuste au mérite et néanmoins mériter d'être obéie pour des motifs séparés, tels le principe démocratique, la maxime *nulla poena sine lege*. *Ibid.* aux pp. 251-252.

16. Voir L. B. Tremblay, *The Rule of Law, Justice and Interpretation*, Montréal, McGill-Queens University Press, 1997 au chap. 5.

rapport à toutes finalités substantielles objectives, mais aussi une capacité de contrôler et de changer le monde¹⁷. La philosophie politique de Thomas Hobbes illustre assez bien ce point. Hobbes pensait que la science du politique devait permettre aux êtres humains de contrôler et réorganiser les affaires humaines en fonction de leurs propres buts, tout comme les sciences naturelles leur permettaient de contrôler et réorganiser le monde naturel. Or, comme on sait, sa théorie politique était axée sur la volonté du souverain qui constitue la source unique du droit¹⁸.

Cette imbrication des considérations épistémologiques descriptives et des considérations normatives traversait la quête théorique de Hart qui consistait à discriminer entre tous les éléments du phénomène juridique qui pourraient autrement en constituer l'objet. L'articulation des règles primaires et secondaires, chapeautée d'une «règle de reconnaissance» qui énonçait les critères obligatoires permettant d'identifier les règles primaires, avait pour objet de remédier à l'«incertitude» causée par un régime dans lequel il n'y aurait que des règles primaires d'obligation.¹⁹ Les règles de changement et de décision remédiaient au caractère statique et inefficace d'un tel régime en permettant de modifier volontairement les règles de droit et de juger et sanctionner les transgressions²⁰. De même, l'emphase sur la texture ouverte des règles de droit, constituées d'un noyau de sens clair, autorisait le processus de raisonnement formel dans la grande majorité des cas et favorisait, en conséquence, la certitude juridique²¹. Et ainsi de suite. Certes, en se cachant derrière des postulats épistémologiques de type positiviste, la conception fortement normative du droit permettait au théoricien de discriminer entre tous les éléments potentiellement constitutifs du droit comme si la discrimination avait un fondement scientifique objectif. Mais c'était trompeur; la conception fortement normative du droit guidait la recherche. Elle impliquait nécessairement que seules les descriptions

-
17. Ce point est un thème récurrent dans l'oeuvre de C. Taylor. Voir, par exemple, C. Taylor, *Philosophy and the Human Sciences, Philosophical Papers 2*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985, en part. «Introduction» et chaps 3 et 4. Voir aussi C. Taylor, *Philosophical Arguments*, Cambridge, Harvard University Press, 1995, en part. chap. 1.
 18. T. Hobbes, *Leviathan*, Oxford, Blackwell, 1960. Voir, par exemple, G. H. Sabine et T. L. Thorson, *A History of Political Theory*, New York, Holt Rinehart and Winston, 1961.
 19. *Supra* note 3 à la p. 120.
 20. *Ibid.* aux pp. 121-123.
 21. *Ibid.*, chap. VII.

du droit qui s'y conformaient étaient bonnes. C'était donc «bien», tant sur le plan de la morale politique que sur celui de l'éthique, que de concevoir le droit en termes de structure formelle, de règle de reconnaissance, de validité formelle, de noyau de sens clair, etc.

Cette argumentation fondée sur la théorie de Hart ne prouve évidemment pas que toutes les théories positivistes du droit dépendent d'une théorie normative du droit. Mais nous avons de bonnes raisons de le penser. Jeremy Bentham et John Austin, par exemple, fondaient leur positivisme sur des bases normatives de type utilitariste²². Bentham craignait qu'une lecture plus substantielle du droit n'encourage les anarchistes à désobéir aux lois qu'ils estiment injustes et les réactionnaires à tuer les critiques morales du droit avant même qu'elles ne commencent. Joseph Raz a soutenu que, parmi les raisons qui appuie la thèse des sources, il y a le fait qu'elle aide à saisir l'une des fonctions fondamentales du droit : marquer le point auquel une opinion privée de certains membres de la communauté lie les autres membres de la communauté, nonobstant leur désaccord. Or, le droit le fait et ne peut le faire que «by providing publicly ascertainable ways of guiding behaviour and regulating aspects of social life»²³. L'argument semble moralement neutre en ce qu'il n'a pour objet que de mettre en lumière une fonction sociale du droit. Mais c'est trompeur. L'importance de bien saisir cette fonction sociale, par opposition à

22. Hart lui-même l'admettait : «In considering these questions we should recall the social philosophy which went along with the Utilitarians' insistence on this distinction (between law as it is and law as it ought to be). They stood firmly but on their own utilitarian ground for all the principles of liberalism in law and government. No one has ever combined, with such even-minded sanity as the Utilitarians, the passion for reform with respect for law together with a due recognition of the need to control the abuse of power even when power is in the hands of reformers. [...] Bentham and Austin were not dry analysts fiddling with verbal distinctions while cities burned, but were the vanguard of a movement which laboured with passionate intensity and much success to bring about a better society and better laws. Why then did they insist on the separation of law as it is and law as it ought to be? [...] Both thinkers' prime reason for this insistence was to enable men to see steadily the precise issues posed by the existence of morally bad laws, and to understand the specific character of the authority of a legal order.» Hart, *supra* note 4 aux pp. 592, 595-97.

23. Raz, *supra* note 1 à la p. 51.

d'autres, n'est soutenue et n'a de sens que dans le cadre d'une conception fortement normative du droit²⁴.

On pourrait multiplier les exemples²⁵. Il existe une dépendance de la description envers la théorie normative du droit. Cette dépendance montre en outre qu'il existe un lien entre le droit et la morale politique que l'on pourrait qualifier de nécessaire. Cela ne signifie évidemment pas que le contenu du droit doit toujours être conforme à la morale pour être juridiquement valide. Mais cela signifie que ce que le droit est – ce qui le constitue formellement – dépend de ce qu'il doit être. Il est donc légitime de questionner les fondements éthiques et moraux qui sous-tendent les théories descriptives du droit, telles les théories positivistes. Un théoricien descripteur ne peut plus se défilier en disant simplement que le normatif ne le concerne pas, car il ne cherche qu'à expliquer ou décrire le droit. Le «point de vue de nulle part» est une position intenable.

24. «Law is a public measure by which one can measure one's own as well as other people's behaviour. It helps to secure social co-operation [...] through designating in an accessible way the patterns of behaviour required for such co-operation. This fact has been emphasized by many natural lawyer for it forms part of the justification of the need for positive law. Locke is a prominent and well-known example. Hart more than anybody else emphasized the point among legal positivists. [...] [M]arking a rule as legally binding is marking it as an authoritative ruling. This marking-off of authoritative rulings indicates the existence in that society of an institution or organization claiming authority over members of the society that is holding them bound to conform to certain standards just because they were singled out by that purported authority regardless of whether or not they are justifiable standards on other grounds.» Raz, *ibid.*

25. Dans *Théorie générale*, *supra* note 1, par exemple, Kelsen énonce que le but que poursuit la théorie générale du droit est de «permettre au juriste, qu'il soit avocat, juge, législateur ou professeur de droit, de comprendre et de décrire son propre droit positif avec la plus grande exactitude possible» à la p. 45. Dès les premières pages de cet ouvrage, il postule que le droit est «un ensemble de règles doué d'une unité telle qu'il nous est permis de l'appréhender comme un système» à la p. 55 et qu'aucune raison «scientifique» ne permet d'exclure l'autocratie et le socialisme, par exemple, d'une définition du concept de droit à la p. 57. À son avis, le droit, «en tant que problème scientifique, n'est pas une question de morale mais de technique sociale» à la p. 57. Il est aussi difficile de savoir d'où Kelsen tient cet ensemble d'assertions que d'admettre qu'elles sont elles-mêmes «scientifiques». Je soumets que l'ensemble d'assertions qui présuppose que le droit est une affaire de technique sociale, constituée de règles douées d'une unité telle qu'il nous est permis de l'appréhender comme un système, repose sur une conception fortement normative du droit. Cette dernière reflète un engagement normatif semblable à celui des positivistes anglo-saxons.

Ce qu'il y a de critiquable dans les théories positivistes du droit n'est donc pas le fait qu'elles approchent le droit sans tenir compte d'une théorie fortement normative du droit. Elles en ont probablement toujours tenu compte. C'est plutôt le fait de cacher leurs propres postulats fortement normatifs sous le couvert de postulats épistémologiques intenable, mettant fin, une fois pour toutes, aux débats sur les enjeux normatifs moraux et éthiques qu'ils dictaient. Il ne sert donc à rien de dire, à la suite de Hart, qu'une théorie descriptive «does not seek to justify or commend on moral and other grounds the forms and structures which appear in my general account of law». L'arrière-plan normatif est toujours enfoui à quelque part dans la description du droit, même lorsque l'objectif avoué de la théorie n'est pas de «justifier» normativement les formes ou les structures qui sont représentées comme constituant les propriétés essentielles du droit²⁶. Une justification explicite devrait donc avoir lieu. À mon avis, c'est certainement là le sens qu'il faut donner à la suggestion de Ronald Dworkin de lire les théories positivistes comme si elles constituaient des théories «interprétatives» conçues pour décrire et justifier la pratique juridique, notamment le pouvoir coercitif de l'État.²⁷

II. Le point de vue des agents sociaux

Mais il y a une raison plus importante qui montre pourquoi une théorie descriptive adéquate du droit ne peut pas faire l'économie d'une théorie normative du droit, entendue dans un sens fort. Cette raison s'infère d'une

26. On pourrait objecter que le lien nécessaire entre le droit et la morale n'a pas le sens qu'on lui donne car il s'agit de la morale du théoricien et non pas de la morale objective. À mon avis cette objection est confuse. D'une part, si cela était le cas, il suffirait de plaider que la morale n'est pas objective pour rejeter une fois pour toute la thèse du lien entre le droit et la morale. Or, les tenants de cette thèse admettent que la morale qui pourrait constituer le lien nécessaire entre le droit et la morale est toujours une morale qui est interprétée par les théoriciens descripteurs. Il peut certes exister une morale objective qui transcende les interprétations, celle vers laquelle on tend, celle que l'on cherche ou prétend avoir trouvée lorsque l'on plaide en faveur de telle ou telle interprétation. Il n'en demeure pas moins que le jugement moral avancé par un tel à un moment précis constitue une interprétation de la morale. Il en va de même pour le théoricien. Il avance celle qu'il croit être la bonne, aux fins de sa recherche, même si il peut se tromper, d'où l'intérêt de débattre de ces questions, d'ailleurs.

27. R. M. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge (Massachusetts), Belknap Press, 1986.

analyse du point de vue des agents sociaux qui mettent le droit en pratique, c'est-à-dire du point de vue «interne».

La recherche en théorie générale du droit peut viser plusieurs finalités. Néanmoins, l'une de ses préoccupations centrales demeure la question de la «normativité juridique» (ou ce qu'on pourrait nommer l'explication des «prétentions normatives du droit»). Dans une très large mesure, les questions importantes auxquelles tente de répondre la théorie générale du droit, que la recherche ait l'ambition «scientifique» de décrire le droit en général ou qu'elle ait l'ambition plus «pratique» de contribuer à la détermination des droits, des obligations, des pouvoirs ou des responsabilités juridiques des citoyens, présupposent toutes (explicitement ou implicitement) une réponse à la question de la normativité juridique²⁸. Or, il n'apparaît plus particulièrement fécond, aujourd'hui, d'aborder cette question sans tenir compte du point de vue des agents sociaux qui mettent le droit en pratique. Pour cette raison, une description adéquate du droit, quelle qu'elle soit par ailleurs, doit rendre compte de la normativité du droit en tenant compte de ce qu'elle signifie du point de vue interne.

Il est généralement admis aujourd'hui, même par les théoriciens positivistes, que, du point de vue des agents sociaux qui agissent conformément au droit, le droit est reconnu ou conçu comme un phénomène normatif, au moins dans un sens faible. Qu'est-ce que cela signifie? Cela ne signifie évidemment pas que le droit décrit des modèles de conduite, des manières de faire, de se comporter ou de penser qui sont, dans les faits, conformes dans la majorité des cas. Pour les agents sociaux qui mettent le droit en pratique, la normativité du droit n'est pas conçue dans un sens descriptif ou sociologique. La normativité du droit signifie plutôt que, pour les agents sociaux qui agissent conformément au droit, le droit énonce, comprend, constitue ou renvoie à un ensemble de raisons d'agir ou de décider. La normativité du droit est conçue dans un sens prescriptif. Elle se rapporte à des faits – des normes – qui, en tant que tels, sont conçus par les agents sociaux qui mettent le droit en pratique comme devant être considérés dans le processus par lequel ils déterminent quelles décisions doivent être prises ou quels actes doivent être posés.

28. Il est évident que cette question est au centre des réflexions théoriques positivistes.

Je soutiens que la normativité du droit ne peut se révéler pleinement que dans ce que je nommerai le «moment proprement pratique» du droit. J'entends par «moment proprement pratique» le moment de la mise en pratique du droit dans une situation donnée. C'est le moment où la raison applique à un cas particulier les raisons d'agir et de décider dites «juridiques». En d'autres mots, c'est quand un juriste ou un citoyen répond rationnellement à la question «que dois-je faire?» dans une situation donnée et veut agir en conséquence. C'est le moment du jugement pratique, de la prise de décision et de l'action correspondante. Comprendre la normativité du droit du point de vue interne demande donc de comprendre ce qui se passe dans le moment proprement pratique.

Les postulats épistémologiques d'une théorie positiviste du droit ne permettent pas de saisir adéquatement le moment proprement pratique du droit. D'une part, ce moment n'est ni observable ni vérifiable empiriquement. Il est invisible de l'extérieur. Il procède dans un espace de la raison qui ne se révèle à nous que par l'expérience personnelle, la réflexion et l'introspection dans un contexte pratique donné. D'autre part, le moment proprement pratique ne procède pas formellement. Il procède substantiellement d'une manière dynamique. Il consiste à soupeser ou évaluer le poids relatif de *toutes* les considérations normatives qui ont quelque chose de pertinent à dire sur «ce qu'il convient de faire ou de décider» dans une situation donnée, de manière à juger, décider et agir, conformément à celles qui ont le plus de poids. Or, en s'en tenant à ce qui est observable et vérifiable empiriquement, les théories descriptives du droit réduisent le moment pratique à ses aspects les plus formels, c'est-à-dire les aspects les plus visibles, ceux qui se voient de l'extérieur, tels les raisonnements déductifs ou analogiques formels fondés sur des règles de droit formellement valides, les règles d'interprétation colligées dans les ouvrages sur l'interprétation des lois, les décisions discrétionnaires et les justifications judiciaires formulées *a posteriori*.

Les théories positivistes du droit postulent en outre que les décisions et les actions des juristes et des citoyens peuvent être réglées par le droit positif exclusivement, au moins lorsque ce dernier est clair. Cela présuppose que la raison pratique peut séparer formellement, logiquement ou *a priori*, les raisons juridiques des raisons morales, des raisons éthiques, des raisons pragmatiques

ou de tout autre type de raison normative. Chaque type de raison occuperait ainsi un espace distinct et indépendant de la raison pratique et pourrait agir en toute autonomie. Comme le soulignait Eisenman :

Que le moraliste professe un point de vue tout autre, qu'il puisse affirmer le droit, voire l'obligation morale de ne pas obéir aux lois ou aux ordres injustes ou oppressifs ou immoraux, [...] cela est absolument normal; cette dualité de positions correspond à l'autonomie, à l'indépendance des deux systèmes normatifs, dont chacun considère qu'il vaut par lui-même et se soucie peu de son conflit ou de ses rapports avec l'autre. Pour le juriste, l'attitude du droit positif lui dicte la sienne : son jugement sur la valeur des règles de ce droit au regard du 'Droit naturel' n'a pas à intervenir dans les problèmes de casuistique ou dogmatique juridiques. Ses analyses, ses conclusions doivent être fondées sur le seul système du droit positif, dont il fait la science, non sur celles d'un autre système dont le premier ignore l'éventuelle existence.²⁹

Je soutiens que cette forme de «séparation» entre le droit et la morale, le droit et l'éthique ou le droit et le pragmatique, est intenable. Il n'existe aucune séparation étanche, formelle, logique, ou *a priori* entre les divers types de considérations pertinentes, que ces considérations soient des règles juridiques formelles, des raisons pragmatiques, éthiques ou morales. La raison pratique forme une unité. Dès qu'une considération pratique a quelque chose de pertinent à dire sur «ce qu'il convient de faire ou de décider» dans une situation donnée, elle intervient substantiellement dans le processus de raisonnement pratique. Il s'ensuit que les considérations pertinentes s'ajustent, et doivent s'ajuster les unes aux autres. Lors du moment proprement pratique, elles s'harmonisent, deviennent interdépendantes et se soutiennent mutuellement. Le statut que doivent avoir les règles de droit formellement valides dans les

29. C. Eisenman, «Le juriste et le Droit naturel» dans H. Kelsen, *Le Droit naturel*, Paris, Presses universitaires de France, 1959 aux pp. 216-217. Certes, un positiviste pourrait admettre que des justifications morales, éthiques ou pragmatiques pourraient soutenir la position positiviste d'un point de vue interne. Néanmoins, puisque ces autres considérations occuperaient un espace distinct et indépendant de la raison pratique, elles ne seraient pas nécessaires au jugement pratique : l'action du juriste serait réglée par le droit positif exclusivement. Il s'ensuit qu'il en serait de même si la morale ou l'éthique n'existait pas.

décisions pratiques, l'interprétation de leur contenu et la décision de se soumettre aux règles de droit dont le sens apparaît suffisamment clair requièrent, pour celui qui met le droit en pratique, une justification substantielle plus fondamentale qui fait appel à la complexité de toutes les considérations pratiques pertinentes.

Du point de vue du moment proprement pratique, et bien qu'il ne soit pas possible de démontrer empiriquement la vérité de cette hypothèse, il n'existe donc rien de tel que cette autonomie et indépendance des systèmes normatifs présumées par les positivistes. Il est tout aussi faux de croire que l'attitude du droit positif dicte exclusivement l'attitude des agents sociaux qui le mettent en pratique qu'il est faux de croire que les types de raisons d'agir peuvent valoir par eux-mêmes sans se soucier de leurs rapports avec les autres types de raisons d'agir. Lors du moment proprement pratique, les raisons de décider et d'agir s'éclairent les uns les autres et tendent à se soutenir mutuellement. Par exemple, le statut ou le sens que doivent avoir les règles de droit formellement valides dans une situation donnée peut dépendre de considérations morales. Inversement, le statut et le poids que doivent avoir les considérations morales, éthiques ou pragmatiques qui ont quelque chose de pertinent à dire sur ce qu'il convient de faire dépendent en partie du contenu provisoirement attribué aux règles de droit formellement valides.

Admettons donc, pour les fins de la discussion, que la raison pratique forme une unité. Y a-t-il des types de considérations qui, lors du moment proprement pratique, ont rationnellement plus de poids que les autres? À mon avis, la réponse est oui. Elles se trouvent du côté des considérations morales, éthiques ou morales et éthiques. Encore une fois, il n'est pas possible de démontrer empiriquement la vérité de cette hypothèse, bien que plusieurs travaux contemporains sur le raisonnement et l'argumentation juridiques l'appuient considérablement³⁰. Néanmoins, on peut avancer une raison fondamentale de croire qu'elle est bien fondée.

On a déjà rappelé que la normativité du droit entendue dans un sens faible signifiait, pour les agents sociaux qui la reconnaissent et agissent en

30. Je pense, par exemple, aux travaux de C. Perelman ou de N. MacCormick.

conséquence, que le droit constitue, énonce, comprend ou renvoie à un ensemble de raisons d'agir ou de décider. Or, une considération donnée ne peut rationnellement constituer une raison d'agir ou de décider que si elle exprime, entraîne, promet ou protège quelque chose ou un état de chose jugé désirable. C'est d'ailleurs pourquoi l'une des caractéristiques logiques du raisonnement pratique est de comporter au moins une prémisse normative (évaluative ou prescriptive) en plus des prémisses non normatives qui se rapportent à la situation de fait dans laquelle la décision doit être prise ou l'acte posé. Des considérations données ne peuvent donc rationnellement compter comme raison d'agir et de décider que si elles possèdent en elles-mêmes une certaine force normative. Autrement, elles n'exerceraient aucun poids dans le processus de décision pratique³¹.

Il s'ensuit, pour ceux qui la reconnaissent comme telle, qu'une raison d'agir est un «fait» en vertu duquel, logiquement, l'acte ou la décision qu'elle justifie (soutient, appuie, favorise ou exige) est un bien. Ainsi, un agent social qui reconnaît telle règle de droit comme une raison formelle d'agir dans telle situation reconnaît nécessairement que c'est une bonne chose que de l'appliquer formellement dans cette situation. Pour celui-là, il existe de bonnes raisons de se soumettre à la règle; l'obéissance à la règle de droit formellement valide est conçue, dans cette situation, comme désirable. Lorsqu'un agent interprète une règle de droit ambiguë dans un sens donné, au détriment de tous les autres sens possibles, il présuppose nécessairement que c'est une bonne chose que de privilégier cette interprétation et d'agir en conséquence. En d'autres mots, il croit qu'il y a de bonnes raisons de favoriser cette interprétation au détriment de toutes les autres. De même, lorsqu'un juge conclut qu'une règle de droit doit être écartée ou invalidée pour des motifs constitutionnels ou autres motifs, il a jugé que c'est un bien que cette règle de droit soit invalidée. Il croit, en prenant tout en considération, qu'il y a de bonnes raisons d'invalidier la règle de droit.

Cet ensemble d'assertions ne fait qu'affirmer un point logique : les considérations pratiques s'imposent à la raison humaine parce qu'elles sont intrinsèquement normatives, c'est-à-dire parce qu'elles engagent les agents

31. Pour ces motifs, les raisons d'agir et de décider sont ce en vertu de quoi le droit est normatif, c'est-à-dire ce en vertu de quoi la normativité du droit est «normative».

sociaux vers la promotion ou la protection de quelque chose de désirable. La question qui se pose maintenant est plus substantielle. Existe-t-il des types de considérations normatives qui, lors du moment proprement pratique, pèsent systématiquement et fondamentalement dans la détermination de ce qu'il convient de faire et de décider? En particulier, existe-t-il des types de considérations normatives qui, systématiquement et fondamentalement, permettent de discriminer entre les raisons pratiques qui ont quelque chose de pertinent à dire sur la décision de se soumettre à telle règle de droit formellement valide ou de l'écartier au bénéfice d'une autre ou de privilégier telle interprétation au détriment de toutes ses concurrentes? La réponse est affirmative. Ces considérations sont d'ordre moral, éthique ou morale et éthique. Pour les agents sociaux qui mettent le droit en pratique, toutes les considérations qui ont quelque chose de pertinent à dire sur ce qu'il convient de faire ou de décider dans une situation donnée sont fondamentalement et systématiquement lues, interprétées, comprises, reconstruites et ajustées les unes aux autres par un ensemble de considérations éthiques, morales ou éthiques et morales. Par conséquent, du point de vue interne, ce qui donne au droit sa normativité est le fait qu'il s'appuie, exprime, favorise, promeut ou incarne des valeurs fortement normatives qui se rapportent au juste et au bien.

Certes, la nature et le poids relatif de ces valeurs morales et éthiques sont contestés par les juristes et les citoyens, non seulement dans l'abstrait, mais aussi en contexte. Un agent qui affronte le moment proprement pratique doit donc déterminer, aux fins de la situation dans laquelle une décision doit être prise ou un acte posé, la signification respective et le poids relatif de chaque considération morale ou éthique pertinente. Pour tel agent, dans telle situation, l'ordre public doit ultimement prévaloir. Pour tel autre, ce sont la certitude et la sécurité juridique. Pour un autre, ce sont les attentes légitimes qui doivent être satisfaites. Pour un autre, c'est la justice formelle. Pour vous, le bien-être général au sens du plus grand bonheur pour le plus grand nombre doit primer. Pour nous, c'est plutôt l'égalité des chances. Il y a là de toute évidence matière à débat. Et rien n'est jamais acquis. Chaque situation nouvelle emporte avec elle son lot de nouvelles questions normatives complexes et de nouvelles réponses. Cependant, dans tous les cas, les considérations ultimes qui permettent de trancher incarnent une certaine conception du juste, du bien ou du juste et du bien. Le moment proprement pratique engage donc les acteurs et les

décideurs dans un processus de délibération rationnelle sur le sens et le poids relatifs des considérations morales et éthiques fondamentales qui ont quelque chose à dire sur le droit.

Si ce qui précède est admis, il s'ensuit que le moment proprement pratique exprime, incarne et révèle en même temps une conception normative du droit, entendue dans un sens fort. S'il est vrai que les considérations qui pèsent le plus lourdement sont d'ordre moral ou éthique, alors le point de vue interne manifeste toujours un engagement envers une conception fortement normative du droit. Par exemple, reconnaître le caractère désirable de promouvoir la justice formelle dans tel cas indique que l'agent social qui met le droit en pratique reconnaît la force d'une conception normative du droit entendue dans un sens fort qui énonce que «le droit doit être formellement juste». Reconnaître qu'il est désirable de promouvoir la certitude juridique révèle un engagement envers une norme qui énonce que «le droit doit être clair, général et prospectif». Fonder une décision pratique sur une valeur de la justice matérielle, par exemple l'égalité d'opportunité, permet d'inférer l'engagement du décideur envers une conception normative du droit comme justice qui énonce, entre autres choses, que le «le droit est une affaire d'égalité d'opportunité»³².

Le moment proprement pratique incarne, affirme et procède dans le cadre d'une théorie normative du droit, entendue dans un sens fort. Or, puisque cette conception fortement normative du droit énonce les valeurs ou les biens que le droit doit tenter de réaliser dans la pratique sociale et puisqu'un agent social ne peut réellement décider rationnellement de ce qu'il doit faire dans une situation donnée qu'une fois engagé dans le moment proprement pratique, la conception fortement normative du droit propre au moment pratique rejaillit sur le sens que prend le droit dans les faits. Il s'ensuit que le droit positif, en tant qu'ordre faiblement normatif d'un groupe social, doit être compris comme incarnant cette conception fortement normative du droit. Ce qui apparaît au théoricien descripteur comme la normativité du droit dans un sens faible doit maintenant s'expliquer par sa normativité dans un sens fort. Il y a donc, encore

32. Pour une discussion plus élaborée sur ce thème, voir Tremblay, *supra* note 16.

une fois, une dépendance du droit tel qu'il est envers le droit tel qu'il devrait être.

Toute théorie descriptive du droit devrait donc, pour être adéquate, rendre compte de la théorie fortement normative du droit qui anime le moment proprement pratique. Autrement, l'un des aspects essentiels du droit comme phénomène social normatif échapperait à la représentation. C'est pourquoi la théorie fortement normative du droit à laquelle adhèrent les agents sociaux rejaillit en pratique sur la théorie qui anime et doit animer les théoriciens engagés dans l'entreprise descriptive. On pourrait même penser qu'une bonne théorie descriptive du droit est celle qui résulte d'une fusion des théories fortement normatives des agents sociaux et des théoriciens descripteurs. C'est peut-être là le meilleur sens à donner à la proposition avancée par Ronald Dworkin selon laquelle «Jurisprudence is the general part of adjudication, silent prologue to any decision at law»³³, bien que ce dernier préfère qualifier d'«interprétatives» les théories du droit qui possèdent un caractère évaluatif et normatif.

Certes, un théoricien descripteur pourrait décider de garder une certaine distance épistémologique par rapport à la théorie fortement normative du droit qui anime le moment proprement pratique. Toutefois, cette distance devra être reconnue comme produisant une description plutôt incomplète du droit comme phénomène normatif. En outre, elle devra être reconnue comme assez peu utile, d'un point de vue pratique.

Par ailleurs, un théoricien descripteur pourrait objecter que les citoyens et les juristes agissent souvent de manière automatique, sans pénétrer le moment proprement pratique. Je crois que cela est tout à fait vrai et que, sur le plan de la sociologie ou de l'anthropologie, cela peut suffire. Cependant, la question de la normativité du droit devient intéressante, me semble-t-il, lorsque les citoyens ou les juristes questionnent l'automatisme. C'est alors que se réveille le moment proprement pratique et que les acteurs recherchent la meilleure décision ou le meilleur sens aux fins de la pratique du droit. C'est alors qu'ils construisent un idéaltype normatif du droit qui, dans un moment de réflexion,

33. Dworkin, *supra* note 27 à la p. 90.

rejaillit sur l'entreprise juridique elle-même. C'est probablement pour ce motif que Ronald Dworkin est vite apparu obsédé par les *hard cases*. En effet, dans les cas difficiles, le processus de recherche de la «meilleure décision» ou du «meilleur sens» devient le plus explicite. Ce serait toutefois une erreur que de croire que ce qui se passe dans les *hard cases* ne se manifeste pas dans les cas que l'on croit être faciles.

CONCLUSION

Dans ce texte, je n'ai pas tenté d'exposer ou d'expliquer la ou les théories fortement normatives qui guident aujourd'hui les juristes ou les citoyens canadiens, américains ou européens lorsqu'ils sont engagés dans le moment proprement pratique. Je n'ai pas tenté non plus de proposer la théorie fortement normative qui me semble la plus souhaitable. Je n'ai même pas abordé la question de savoir comment une telle théorie normative devrait être construite ou comment les juristes engagés dans le moment proprement pratique procèdent ou devraient procéder pour élaborer ou construire une telle théorie. Disons que j'ai partiellement abordé ces questions dans *The Rule of Law, Justice and Interpretation* et que ce que j'ai nommé la «primauté du droit comme justice» constitue une version possible des conceptions fortement normatives du droit auxquelles je réfère ici³⁴. Le point essentiel, toutefois, est que les théoriciens du droit, même ceux dont les ambitions sont descriptives, doivent réfléchir aux postulats fortement normatifs qui sous-tendent leur description, les critiquer et, dans tous les cas, les justifier du mieux possible.

34. Voir, *supra* note 16.