
Deux ou trois choses que je sais d'elle (la rationalité juridique)

Yves-Marie Morissette*

La plupart des états de choses appréhendés par le droit dans une société comme le Canada s'auto-gèrent spontanément. Mais certains font exception, soit parce qu'ils se heurtent à une attitude de résistance au droit, soit parce qu'ils recèlent une véritable indétermination en fait ou en droit. Un nombre restreint de ces situations se rend jusque devant la Cour suprême du Canada, une institution qui a pour rôle de porter des jugements de valeur afin de résoudre des problèmes particulièrement ardues. Le système juridique a notamment pour finalité d'apporter à ces problèmes des solutions avisées mais qui le plus souvent n'ont rien d'apodictique. Il s'agit en dernière analyse de mettre un terme à une controverse au moyen d'une réponse finale qui fait autorité.

Le processus judiciaire tire une bonne part de sa légitimité du fait qu'il s'impose pour purger le droit de son indétermination. Selon l'auteur, le positivisme offre la représentation théorique du droit la plus juste et la plus universalisable. Il faut préférer Hart à Dworkin, car la thèse «herculéenne» de ce dernier, selon laquelle il existe toujours une réponse meilleure entre toutes aux questions juridiques les plus difficiles, est rebelle à toute vérification empirique. Un effet bénéfique du positivisme hartien est qu'il incite le juge à faire preuve de retenue et d'humilité épistémologique, qu'il lui rappelle sans cesse combien est précaire sa légitimité. Les progrès récents des droits fondamentaux en Occident et à l'échelle internationale dénotent peut-être une adhésion implicite à la thèse dworkinienne de la bonne ou de la meilleure réponse. Sinon, comment justifier la multiplication des aires d'indétermination (par exemple, les «principes de justice fondamentale») propices aux jugements de valeur judiciaires les plus libres? Ce doit être parce que la croyance en la meilleure réponse se répand. Malheureusement, dans la recherche futile qui en résulte, les jugements judiciaires deviennent herculéens par leurs dimensions, une ampleur de surface compensant une absence de profondeur. Cette quête de la bonne réponse conduit à une prolifération de jugements complexes et divisés qui affaiblissent l'autorité du droit.

Most legal situations in a society like Canada are self-resolving. Some, however, are not so, either because they arise in a pocket of resistance to law, or because they involve genuine factual or legal indeterminacy. A small number of legally indeterminate situations reach the Supreme Court of Canada, an institution designed to make value judgments about intractable problems. One goal of the legal system is to resolve these problems with finality by means of prudential solutions rarely if ever amenable to apodictic reasoning. What matters, ultimately, is that a controversy be brought to an end with a final and authoritative answer.

The judicial process derives a large part of its legitimacy from the fact that it is needed to purge the law of its indeterminacy. Positivism, the author argues, is the most accurate and universalizable theory of law. Hart is to be preferred over Dworkin, as the latter's Hercules thesis of "better fit" and "better light" defies empirical verification. One secondary benefit of Hart's positivism is that it invites judges to show self-restraint, to practise epistemological humility and to be forever aware of the precariousness of their legitimacy. The recent progression of human rights in the West and on an international scale arguably carries with it an implied adhesion to the Dworkinian thesis of the good or the best answer. How else could one justify the considerable expansion of areas of indeterminacy (e.g. "principles of fundamental justice") where judges make wide-ranging value judgments? It must be because of a belief in the existence of best answers. Unfortunately, in the resulting and futile search for the best answer, judgments become Herculean in size, an absence of depth being compensated by an abundance of superficial material. This quest for the best answer leads to a proliferation of complex and divided judgments which undermine the authority of the law.

* Faculté de droit et Institut de droit comparé, Université McGill. Professeur à la Faculté de droit et membre de l'Institut de droit comparé de l'Université McGill. Ce texte est une version légèrement remaniée d'une communication livrée en novembre 1999 à l'Université du Québec à Montréal dans le cadre des séminaires de philosophie du droit de la Chaire UNESCO d'étude des fondements philosophiques de la justice et de la société démocratique. L'auteur, qui a bénéficié des commentaires éclairés de son collègue le professeur Roderick A. Macdonald, assume seul la responsabilité de ce qui est présenté ici.

I. Ce dont il s'agit

- A. *Champ du droit*
- B. *Sous-ensemble I : le champ non litigieux*
- C. *Sous-ensemble II : le champ litigieux*
- D. *Place de l'indétermination dans le champ litigieux*
- E. *Légitimité précaire des jugements de droit*

II. Quelques représentations de ce dont il s'agit

- A. *Le regard du théoricien du droit : le droit vu des cimes*
 - B. *Le regard du tâcheron du droit positif : le droit vu du bas vers le haut*
-

I. Ce dont il s'agit

A. Champ du droit

§1. De tous les états de choses qui existent dans une société comme celle que nous trouvons ici et maintenant, la plupart ne sont que très imparfaitement appréhendés par le droit ou sont tout simplement ignorés par lui. Ainsi, un Picasso, au regard du droit, se réduit à un meuble corporel transmissible par succession, peut-être visé par une législation étrangère sur le patrimoine national ; le droit a peu ou n'a rien à dire sur l'art, l'architecture, l'émotivité, la physique des particules, sur la virtuosité de Glenn Gould ou l'adresse — sportive, pas civique — de Wayne Gretzky. Néanmoins, là où il a quelque chose à dire, le droit consacre des efforts considérables¹ pour le faire avec intelligibilité, clarté et rigueur, de manière à être aussi prévisible que possible dans ses applications. Ces finalités ont plus d'importance en droit que, par exemple, dans le roman expressionniste allemand, le *rap* ou la haute couture.

B. Sous-ensemble I : le champ non litigieux

§2. Dans le sous-ensemble déjà restreint des états de choses qui sont largement ou pleinement appréhendés par le droit — par exemple, et à des degrés divers, la vente de ma résidence, le vol à l'étalage d'une paire de gants, l'insolvabilité d'un cofidésusneur — l'immense majorité des cas s'auto-gèrent spontanément. Trouve alors illustration l'idée de *self-enforcing rule*, de normativité autopoïétique comme les ronds-points aux grandes intersections routières. La normativité idéale, du point de vue du juriste, c'est celle qui s'auto-gère, et qui, le libérant, lui permet de se consacrer à autre chose, comme la philatélie, la pêche à la ligne ou la politique municipale.

§3. Une masse écrasante d'états de choses tombent dans cette catégorie, depuis l'exemple trivial du feu de circulation jusqu'aux millions de transactions sur titres qui s'effectuent quotidiennement dans les marchés boursiers, en passant par les innombrables cas de reconduction tacite de baux résidentiels ou, mieux encore, les ventes au détail d'objets usuels, un rite célébré sans arrêt, en tout temps et partout.

§4. Lorsque se présente une situation susceptible de s'auto-gérer spontanément, il peut devenir nécessaire d'explicitier ce qui la régit, c'est-à-dire de trouver la règle applicable, de la lire, puisqu'elle se présente habituellement sous une forme écrite, et de la «comprendre», au sens que le second Wittgenstein donne à ce dernier mot. Il suffit alors de localiser une règle univoque, dont l'applicabilité ne laisse pas de place au doute, et qui est investie, selon l'expression d'Ernest Weinrib, d'une intelligibilité immanente (*immanent intelligibility*). Une telle règle répond sans ambiguïté à la question : «Que doit-on faire ici?». Dans ce type de situation, le rôle du juriste est as-

¹ Mais parfois assez futiles, il faut bien le dire : voir la législation fiscale qui, à force de précision et de rigueur, n'est comprise que par un corps restreint de spécialistes.

sez semblable à celui d'un bibliothécaire ou d'une documentaliste : il lui faut retracer par des procédés modérément techniques, *ex ante* ou *ex post*, un texte (ou une norme) qui vide la question². Quiconque a cherché un règlement municipal avant d'entreprendre des travaux de rénovation a déjà fait l'expérience de ce genre de chose.

§5. Certaines situations, cependant, ne s'auto-gèrent pas de cette façon, soit en raison d'une résistance au droit, soit en raison de l'indétermination des faits ou du droit dans un cas particulier. Est alors parfois mis en branle le processus judiciaire, qui représente une minuscule partie du droit. Souvent aussi, une situation qui ne s'auto-gère pas spontanément demeure sans suite : il ne se passe rien, les gens prennent leur mal en patience et ils finissent enfin par mourir, ils déménagent à Hamilton, ils changent d'idée, ils gagnent à la loterie, ils entrent à la Trappe, etc.

C. Sous-ensemble II : le champ litigieux

§6. Dans le corpus des situations qui, étant litigieuses, le demeurent, une proportion très volumineuse des cas relève en fait, pour emprunter une expression à Léon Bloy, de la trique ou de la voirie. Ce sont les besognes de police, ce que j'appellerais le syndrome du sabot de Denver. Le droit se manifeste alors au sujet visé par un exercice d'autorité et de sanction souvent assez rude, voire sordide. On peut l'observer dans toute sa plénitude hétérochite au 775 de la rue Gosford, où siège la Cour municipale de Montréal. Le travail quotidien de cette institution essentielle n'est pas entièrement exempt de jugements de valeur : par exemple, l'affaire de janvier 1994 où Madame le juge Raymonde Verreault, se prononçant sur la gravité des agressions sexuelles commises par un homme de 37 sur sa belle-fille de 9 ans, le fit bénéficier d'une circonstance atténuante inusitée³. Pour ce jugement de valeur, elle fut vigoureusement prise à partie dans les médias. Il y a toujours un danger, en effet, à porter des jugements de valeur au nom d'autrui. Le danger s'accroît lorsque le jugement est public et revêtu de la force de la loi, mais cela fait partie des risques du métier de juge.

§7. Au sein même de l'univers judiciaire, il y a aussi, de façon prééminente, un phénomène d'auto-gestion partielle des litiges, avec l'assistance de l'institution judiciaire : c'est le phénomène statistiquement très significatif du règlement «hors cour» (lire *out of court*), ou de la transaction, qui survient parce qu'intenter un procès augmente instantanément et substantiellement le coût économique d'un différend. Ce phénomène est présent aussi, quoique sous une forme quelque peu différente, dans le

² Je ne veux pas créer ici l'impression fautive que ce travail est toujours facile. Le nombre, la complexité et l'instabilité des textes légaux et réglementaires, sans parler des sources prétoriques, font de ce type de recherche une tâche souvent délicate, à laquelle d'excellents juristes peuvent s'employer à longueur de jour. Mais, au fond, cette difficulté se compare à celle qui consisterait à rassembler plusieurs informations chiffrées pertinentes tirées de sources éparses et à effectuer à partir d'elles, sans commettre d'erreur, quelques calculs plus ou moins complexes.

³ Selon la preuve, l'accusé, s'étant contenté de sodomiser sa victime, n'avait pas porté atteinte à sa virginité : voir «Jugement Verreault-appel» *Presse canadienne* (14 janvier 1994), en ligne : QL (PC94).

contentieux pénal, où on le connaît sous le nom de *plea bargaining* — ce que la Cour suprême du Canada traduit par négociation de plaider. La proportion des affaires civiles qui «se règlent» par rapport à celles qui se rendent à jugement est de l'ordre d'à peu près 10 à 1. Cela, je crois, est très bon signe et démontre que les justiciables (souvent aidés en cela par leurs avocats) ont une compréhension assez juste de la dynamique intime du procès. Ils sentent, intuitivement mais irrésistiblement, qu'un mauvais règlement, auquel on a consenti même à regret, risque fort d'être préférable à un bon procès dont on ignore l'issue à l'avance. En effet, la décision de justice, comme on se plaît souvent à l'appeler, est en réalité une décision *judiciaire* et d'autorité, le recours aux tribunaux étant une sorte de loterie négative : on y gagne rien mais on peut y perdre beaucoup. Vouloir par ce procédé accomplir la «justice», telle que peut la sentir chaque sujet de droit dans les profondeurs glauques de sa subjectivité brute, relève de la chimère. Voilà ce que saisissent plus ou moins confusément les sujets de droit qui choisissent de transiger plutôt que de se rendre jusqu'au prétoire.

§8. Par ailleurs, il arrive aussi, mais dans un nombre négligeable de cas, que le sujet de droit soit pathologiquement incapable de porter sur sa propre situation un regard tant soit peu objectif, et que par conséquent il persiste dans une entreprise litigieuse sans espoir. C'est la quérulence, que le dictionnaire définit comme ceci : «n.f. *Psychiatr.* Tendence morbide à rechercher les querelles et à revendiquer des droits imaginaires, caractéristique de certaines psychoses». Dans sa forme la plus virulente, elle explique le comportement d'un Valery Fabrikant.

§9. Parfois enfin, la tendance naturelle vers l'auto-règlement des différends judiciaires est quelque peu freinée lorsqu'apparaissent des comportements de résistance au droit par le moyen du droit : c'est le cas lorsque ceux qui ont intérêt à faire durer une controverse pour se soustraire à leurs obligations instrumentalisent le processus litigieux afin délibérément d'en prolonger et d'en compliquer le déroulement. Il s'agit, en somme, de la réciproque de ce que j'ai appelé plus haut le syndrome du sabot de Denver. Cela s'observe lorsque, par exemple, un assureur se porte à la défense d'un orthopédiste qu'un justiciable impécunieux, inadmissible à l'Aide juridique, et dont la réclamation se chiffre à moins de 100 000 \$, a l'idée audacieuse de traduire devant les tribunaux. On concède habituellement dans le milieu de la responsabilité médico-hospitalière que le justiciable dans cette situation ne pourra faire ses frais si le procès dure un peu. D'où l'intérêt pour la partie adverse de le faire durer autant qu'elle le peut⁴.

⁴ Cela explique peut-être pourquoi l'Association canadienne de protection médicale avait accumulé au 31 décembre 1998 un surplus de 1,6 milliards de dollars, constitué à partir de primes que versent les membres de la profession médicale et en considération desquelles, au Québec, ils reçoivent du gouvernement provincial un remboursement annuel de l'ordre de 50 millions de dollars ; voir Association canadienne de protection médicale, *Rapport annuel : 1998*, Ottawa, A.C.P.M., 1999, en ligne : A.C.P.M. <<http://www.cmpa.org/french/pdf/98annual-f.pdf>> ; «Assurance-responsabilité médicale : Faut-il créer un fonds québécois?» *L'Actualité Médicale* 21:9 (1^{er} mars 2000) 1.

D. Place de l'indétermination dans le champ litigieux

§10. L'appareil judiciaire a aussi pour mission de résoudre les cas de réelle indétermination secrétés par le système juridique. Cette mission est accomplie par une opération semblable à celle de l'apurement d'un compte. Elle nécessite la mise au net méthodique et exhaustive, dans un délai que la loi fixe, de ce que l'on peut connaître ici et maintenant, *hic et nunc*, sur quelque chose. Le droit judiciaire et le droit de la preuve, qui ensemble constituent une épistémologie de l'honnête homme (ou, si l'on préfère, de l'honnête personne), sont les principaux instruments employés dans ce but⁵. Les juristes ont construit dans ces disciplines juridiques un savoir complexe, fortement ramifié et riche en analyses subtiles, mais qui n'est pas exempt de solutions contingentes ou même cauteleuses. Cela tient à l'objet de ce savoir (la réalité, dont certains se demandent encore plaisamment si elle existe, mais qui de toute manière est à d'innombrables égards d'une complexité sans fin) et à sa finalité (non pas la pleine connaissance de la réalité, entreprise réservée à Sysiphe, mais plutôt l'action, tournée vers la solution satisfaisante de différends entre sujets de droit). Le cadre de tout cela, je le répète, c'est ce que l'on peut savoir *hic et nunc*.

§11. Dans l'accomplissement de cette mission, les tribunaux de première instance connaissent⁶ de nombreuses espèces où le débat porte sur les faits. Exemple : «Étant entendu qu'un prétendu vice de fabrication doit avoir *causé* le dommage en question pour que la réclamation soit accordée contre le fabricant du boulon d'ancrage, la chute de la grue est-elle oui ou non attribuable au bris de ce boulon ou est-ce plutôt la chute de la grue, provoquée par une autre cause, qui a causé le bris du boulon?» Il est possible de s'abîmer des jours durant dans la contemplation de telles questions — souvenons-nous de David Hume et de la causalité —, questions sur lesquelles, du reste, les experts planchent sans fin et s'affrontent quotidiennement devant les tribunaux. On ne saurait dire que les tribunaux de première instance ne tranchent que des questions de ce genre, mais c'est leur spécialité. Souvent, d'ailleurs, une question en est une de fait ou de droit, non pas à cause de son essence, mais en raison de la réponse qu'on lui apporte. Répondre «oui» à la première branche de la question énoncée précédemment, c'est répondre à une question de fait. Répondre «oui parce que le facteur de tolérance du boulon d'ancrage ne correspondait plus au moment de l'accident à ce qui avait été spécifié dans le devis, et qu'il appartenait au fabricant de mettre l'utilisateur en garde contre cette détérioration», c'est répondre à une question de droit, puisque la réponse est susceptible d'applications dans des espèces litigieuses comparables mais ultérieures. Quittons cependant la distinction entre le fait et le droit, distinction qui, j'en conviens, est un peu cuistre.

⁵ Sans doute faudrait-il ajouter pour être complet certaines autres disciplines juridiques relevant elles aussi de la méthodologie, comme par exemple celle traitée par Pierre-André Côté dans *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999.

⁶ À dessein, j'emploie ici le terme dans son acception juridique. Connaître n'est pas connaître partout de la même façon ou aux mêmes fins. Exemple : la connaissance charnelle, qui a peu à voir avec Jean Piaget et les sciences cognitives.

§12. À l'opposé de la Cour municipale dont je parlais plus haut, et bien au-dessus des modestes mais oh! combien utiles tribunaux de première instance, travaille la Cour suprême du Canada. Elle consacre l'essentiel de son temps à porter des jugements de valeur sur des questions insolubles, en ce sens qu'elles sont ontologiquement réfractaires à des raisonnements logico-déductifs : on peut même dire que, si une question quelconque se rend jusqu'à la Cour suprême du Canada, c'est *précisément* parce qu'elle n'a pas de réponse en amont de la décision qui sera rendue, du jugement de valeur porté par l'institution décisionnaire. Dans ce pan-ci du droit, qui représente une fraction infime du phénomène juridique mais qui a, reconnaissons-le, une forte présence symbolique dans la société (par exemple, le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*⁷) on peut dire que la fin dernière de la juridicité, son eschatologie en quelque sorte, c'est de résoudre *hic et nunc*, pour qu'on puisse passer à autre chose et continuer à vivre provisoirement ensemble sans s'entre-tuer, le dilemme de l'âne de Buridan. Par exemple, l'affaire *Rodriguez*⁸. On peut l'associer au dilemme de l'âne de Buridan parce qu'aucun raisonnement *de l'intérieur* du droit positif ne permet de choisir de manière rationnellement irrésistible entre une proposition A (le droit à la vie comprend le droit de se donner la mort) et une proposition B (le droit à la vie ne comprend pas le droit de se donner la mort). Je ne sais pas si un tel raisonnement est possible *de l'extérieur* du droit positif ; j'en doute, mais ce n'est pas mon affaire en tant que juriste. Qu'il existe des convictions religieuses, éthiques, morales, politiques, voire des émotions, des lubies ou des névroses morbides, qui puissent guider ce choix — et peut-être même l'imposer impérieusement à l'esprit de certains comme une évidence logique — je n'en doute pas, mais ici encore ce n'est pas mon affaire en tant que juriste. La solution de cette version-ci du dilemme de l'âne de Buridan ne m'intéresse vraiment, en tant que juriste, qu'en aval de la décision, et non en amont. Une fois le dilemme résolu (par l'affirmation, par exemple, que le droit à la vie comprend le droit de se donner la mort), la proposition retenue, et elle seule, est ce qui m'intéresse, pas les innombrables gloses, analogies, «dédutions», variantes et triturations qu'on peut être tenté d'en tirer. Et cette proposition, bien qu'elle serve assez souvent à trancher une question insoluble relative à la condition humaine, parfois même dans ce qu'elle a de plus tragique, de plus insoutenable (par exemple, l'affaire *R. c. Latimer*⁹), devient apodictique dans l'ordre du droit. Il n'y a donc plus lieu par la suite de perdre un temps précieux pour tenter d'élucider par une apparence d'intellection un dilemme hors du temps et, pour l'essentiel, impénétrable à la raison. C'est là ce qu'il faut entendre par une vérité juridique : ainsi est faite la seule et unique petite vérité contingente et dérisoire que le droit se montre capable d'engendrer. Remarquons cependant que, bien souvent, cette pauvre vérité n'est pas pire qu'une autre dans un registre voisin : celui, par exemple, de l'éthique. Seulement, en droit, il

⁷ [1998] 2 R.C.S. 217, 161 D.L.R. (4^e) 385.

⁸ *Rodriguez c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1993] 3 R.C.S. 519, 107 D.L.R. (4^e) 342.

⁹ Non pas le premier pourvoi dans l'affaire *Latimer*, [1997] 1 R.C.S. 217, 142 D.L.R. (4^e) 577, mais le second : [1999] 1 R.C.S. x, S.C.C.A. No. 40, en ligne : QL (SCCA), en appel de (1998), 131 C.C.C. (3^e) 191, 172 Sask. R. 161.

faut accepter une fois pour toutes que le temps presse, qu'à toute question il faut apporter une réponse, et que le mieux est l'ennemi du bien. Les tentatives de présenter le droit sous un autre jour ne sont la plupart du temps que bavardage salonard et discours d'auto-légitimation par des juristes égarés chez les philosophes.

E. Légitimité précaire des jugements de droit

§13. La seule légitimité du processus judiciaire tel que je viens de le décrire tient donc au fait qu'il faut purger le droit de son inéluctable indétermination chaque fois qu'un cas particulier et réel met en lumière une insuffisance normative d'où résulte un différend qui ne se règle pas de lui-même. Comme je l'ai dit, le droit, pour ce faire, utilise une éristique acquise de longue date, et non sans une austère noblesse, même si on la traite parfois avec dédain : je parle de la procédure. Mais la légitimité du tout est bien précaire : c'est celle du mal nécessaire. En effet, lorsque l'on a passé un certain stade de détérioration dans les rapports entre personnes ou entre groupements en raison d'un différend de la vie concrète, il vient un temps où il faut mettre un terme au différend. Voilà tout. Il faut donc des réponses aux questions sur lesquelles les intéressés s'affrontent, mais cela en soi ne garantit aucunement qu'une quelconque *bonne* réponse sortira de la machine judiciaire. «When it is seen that a rule there must be, ...» disait le juge Oliver Wendell Holmes. Voilà ce que font les juges, avec le concours des simples juristes : fixer la règle là où *a rule there must be*. Certains, je dirais même la plupart, sont de fort honnêtes gens, bien élevés, assez cultivés, pacifiques et tout et tout, mais cela n'a pas plus de pertinence dans l'ordre du droit que la peinture de leurs chaussures. Tout au plus peut-on s'attendre du juriste, s'il est compétent, à ce qu'il ait lu avec assiduité les «sources» qu'on lui a appris à consulter : la loi, la jurisprudence et la doctrine. C'est déjà bien assez pour que, comme disait Monsieur Flaubert, il se batte les flancs. Vous n'aimez pas ce qu'il fait? Parfait, venez prendre sa place, et on verra si ce que vous avez à offrir tient la route. On verra, notamment, ce que vous valez en matière de procédure et de preuve. Ce que vous valez en philosophie et en éthique (en «sciences morales», comme on disait autrefois), ne regarde pas les juristes, bien que cela puisse par ailleurs avoir quelque intérêt entre la poire et le fromage.

II. Quelques représentations de ce dont il s'agit

A. Le regard du théoricien du droit : le droit vu des cimes

§14. La théorie et la philosophie du droit, qui chevauchent ce que l'on appelle en anglais *jurisprudence* — le contraire, pour ainsi dire, de ce que l'on appelle en français la «jurisprudence» —, ont consacré une énergie intense depuis un siècle à saisir et expliquer la réalité évoquée plus haut. La question est compliquée du fait que le phénomène Droit se présente sous des formes assez différentes d'une tradition juridique ou d'une région à une autre. Ainsi, la description qui précède (§§ 1-13) concerne ce qui a cours ici et maintenant, ou, avec des nuances et des réserves qui augmentent à mesure que se prolonge l'énumération, ce qui a cours en Nouvelle-Écosse, dans le Vermont, au Pays de Galles, au Queensland, au Texas, à Singapour, et peut-être aussi, mais de manière beaucoup moins nette, dans les Bouches-du-Rhône ou dans le No-

ordbrabant (encore que, dans ces deux derniers endroits, la configuration institutionnelle du droit soit fort différente de ce qui a été décrit plus haut). Nul doute que, au-delà d'un certain point dans l'espace physique ou intellectuel, on ne parle plus des mêmes choses : le droit vietnamien, ou le droit dans les traditions talmudique ou islamique, ont peu ou très peu à voir avec la description qui précède. Certaines tentatives de saisir le droit à un très haut niveau d'abstraction dénotent une volonté d'éliminer entièrement du champ de vision le fatras institutionnel qui partout accompagne le droit et risque d'en occulter l'essence. C'est ce que tenta de faire Kojève, dont la remarquable *Esquisse d'une phénoménologie du droit*¹⁰ doit figurer dans toute bibliothèque de qualité sur le droit, mais qui donne du sujet une description trop proche de l'Europe d'avant la deuxième moitié du XX^e siècle pour correctement rendre compte, par exemple, de l'influente réalité américaine, telle qu'elle a évolué de *Marbury c. Madison*¹¹ jusqu'à aujourd'hui¹². En revanche, l'interminable débat américain sur la légitimité du *judicial review* s'exporte mal lui aussi parce qu'il est trop situé dans l'espace¹³.

§15. Je considère pour ma part que les théories sur le droit les plus satisfaisantes et les plus universalisables appartiennent au courant positiviste¹⁴ et sont issues des travaux de Kelsen et Hart. Elles donnent du droit une image qui coïncide sur l'essentiel avec ce qui a été vu plus haut, mais qui correspond aussi aux phénomènes juridiques présents dans divers autres cadres spatio-temporels. Ces théories sont celles qui parviennent le mieux à distinguer le contingent du nécessaire en droit et à épuiser ce que l'on peut dire avec certitude sur le sujet (mince) de la rationalité juridique. Conscient du contenu de ces théories, le juriste comprend *ce qu'il fait* et apprécie *les limites* (vite atteintes) *de la rationalité juridique*. Je crois utile pour situer les choses à grands traits de citer ce que dit Hart du positivisme en général dans la théorie du droit :

¹⁰ A. Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit : exposé provisoire*, Paris, Gallimard, 1981, rédigé par l'auteur au cours de l'été 1943 et demeuré inédit avant l'édition de 1981.

¹¹ 5 U.S. 137 (1803).

¹² Je pense ici à ce que Kojève écrit sur le droit public, *supra* note 10 aux pp. 392-420, et notamment à la p. 400 : «Le "Droit public" qui règle les rapports entre l'État et ses citoyens qui agissent politiquement, c'est-à-dire en tant que citoyens, n'est donc pas un Droit véritable. L'État et le citoyen se meuvent ici sur le même plan (politique), mais sur ce plan il n'y a pas de place pour un *Tiers* impartial et désintéressé, c'est-à-dire qu'il n'y a pas de place pour un *Droit* quel qu'il soit (précisément parce qu'il n'y a pas de "neutres" en politique)».

¹³ Voir P. Kahn, *Legitimacy and History : Self-Government in American Constitutional Theory*, New Haven (Conn.), Yale University Press, 1992.

¹⁴ Il faut d'ailleurs se méfier de ce terme. Il n'est pas question ici de ce que l'on pourrait appeler le positivisme *vulgaire*, selon lequel le droit dans son entièreté serait constitué de raisonnements rigoureusement logico-déductifs. Dans les pays de tradition anglo-américaine, le mot *formalism* est synonyme d'une forme voisine mais sans doute moins simpliste de positivisme. Elle a été incarnée aux États-Unis, entre autres figures célèbres, par Christopher Columbus Langdell, dont on peut dire qu'il attribuait à l'axiologie juridique une qualité logique dont elle est largement dépourvue. C'est ce positivisme que les *realists* américains ont combattu dans les années trente : voir G. Fletcher, «Comparative Law as a Subversive Discipline» (1998) 46 Am. J. Comp. L. 683 aux pp. 687-90 ; je remercie mon collègue Daniel Jutras de m'avoir signalé le texte de Fletcher.

The expression "positivism" is used in contemporary Anglo-American literature to designate one or more of the following contentions : (1) that laws are command of human beings ; (2) that there is no necessary connexion between law and morals, or law as it is and law as it ought to be ; (3) that the analysis or study of meanings of legal concepts is an important study to be distinguished from (though in no way hostile to) historical inquiries, sociological inquiries, and the critical appraisal of law in terms of morals, social aims, functions, &c ; (4) that a legal system is a "closed logical system" in which correct decisions can be deduced from predetermined legal rules by logical means alone ; (5) that moral judgments cannot be established, as statements of fact can, by rational argument, evidence and proof ("non cognitivism in ethics"). Bentham and Austin held the views expressed in (1), (2), and (3) but not those in (4) and (5) ; Kelsen holds those expressed in (2), (3), and (5) but not those in (1) or (4). Contention (4) is often ascribed to "analytical jurists" but apparently without good reason.

In continental literature the expression "positivism" is often used for the general repudiation of the claim that some principles or rules of human conduct are discoverable by reason alone¹⁵.

Hart et Kelsen se rejoignent sur les propositions (2), (3), et (5). Pour Hart, la proposition (1) est inexacte parce qu'elle donne une explication tout à fait incomplète des choses. Quant à la proposition (4), elle est fausse.

§16. La même vision d'ensemble du droit comprend également une théorie de ce qui préoccupe en permanence les juristes, «l'interprétation juridique» proprement dite, déjà évoquée ici au §12. La théorie en question (ou les théories, car à partir d'un tronc commun s'élèvent plusieurs explications voisines du phénomène) a son assise dans les travaux de Kelsen et de Hart, tout particulièrement, pour le premier, au Titre VIII de la *Théorie pure du droit*¹⁶ et, pour le second, au chapitre VII de *The Concept of Law*¹⁷. À partir d'une critique des doctrines juridiques traditionnelles sur l'interprétation¹⁸, critique qui présente cette dernière comme un acte de volonté plutôt

¹⁵ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1961 à la p. 253.

¹⁶ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962.

¹⁷ Hart, *supra* note 15.

¹⁸ Kelsen, *supra* note 16 aux pp. 458 : «Jusqu'ici, malgré tous ses efforts, la doctrine traditionnelle n'a pas réussi à trancher le conflit entre la volonté et l'expression d'une façon objectivement valable, soit en faveur de l'une, soit en faveur de l'autre. Toutes les méthodes d'interprétation qui ont été jusqu'ici développées ne conduisent jamais qu'à un résultat possible, jamais à un résultat qui serait le seul exact» et 462-63 :

Le comblement d'une soi-disant lacune dans le droit est une fonction de création du droit qui ne peut être accomplie que par un organe d'application du droit [...] ; et ce n'est pas par voie d'interprétation du droit en vigueur que se réalise cette fonction. L'interprétation scientifique ne peut rien faire d'autre ni de plus que dégager les significations possibles des normes juridiques. En tant que connaissance de son objet, elle ne peut pas opter et décider entre les possibilités qu'elle a fait apparaître ; elle doit abandonner le choix et la décision à l'organe juridique qui a compétence d'après l'ordre juridique pour appliquer le droit. L'avocat qui, dans l'intérêt de son client, s'efforce de

que de connaissance, la théorie se déploie et fixe son attention, après Hart, sur la «texture ouverte» des langues naturelles, de même que sur le «noyau de certitude» et la «pénombre du doute»¹⁹ caractérisant toute règle de droit exprimée dans une langue naturelle. (C'est le lieu précis où se sont affrontés Hart et Fuller dans un débat célèbre.) Sont ensuite écartées comme non conformes à l'expérience juridique les thèses formalistes d'antan (au sens de la proposition (4) ci-dessus, §15) de même que les thèses sceptiques des *American Realists*. Sur ces prémisses somme toute assez simples se construit une théorie qui, entre autres objectifs, vise à tracer les limites de ce qui peut se dire avec rigueur sur le droit en général et sur l'interprétation juridique en particulier. Joseph Raz prend le relais de Hart pour explorer le rapport politique entre le droit et la justice. Dennis Patterson, après avoir étudié la signification de Wittgenstein pour la théorie du droit, pousse plus loin le travail analytique de Hart et explore notamment la pratique de l'éristique juridique²⁰. La conclusion sur laquelle débouche la théorie positiviste de l'interprétation juridique s'affine mais ne change pas sur l'essentiel : «Le fondement du pouvoir de l'interprétation», dit Michel Troper, «réside dans la validité de l'interprétation qu'il produit»²¹, validité qui dépend non pas de la conformité de l'interprétation avec un standard externe, ou en quelque sorte platonicien, mais du *fait* que l'ordre juridique confère à cette interprétation des effets de droit. Encore aujourd'hui, selon moi, cette vision de l'interprétation juridique rend compte mieux que toute autre de ce dont il s'agit. La seule légitimité de l'entreprise tient à ce qu'elle est *nécessaire* (§13), et non pas à ce qu'elle engendre des interprétations *vraies* — même si cela n'exclut pas qu'elle puisse à l'occasion, voire souvent, donner pour certains ou pour tout le monde, des résultats apparemment vrais selon un critère quelconque de vérité.

§17. Les représentations positivistes et contemporaines du droit servent d'arrière-plan à la pensée de Ronald Dworkin, qui veut d'emblée s'en démarquer. Il n'est pas facile de synthétiser sa réflexion sur le droit : elle a un caractère itératif, ayant été ex-

démontrer devant un tribunal que seule est juste telle des diverses interprétations possibles de la norme juridique à appliquer à l'espèce, le juriste qui, dans un commentaire qu'il publie, distingue l'une des interprétations possibles comme la seule «exacte», ne remplissent pas une fonction de science juridique, mais une fonction de politique juridique. Ils cherchent à influencer sur la création du droit. [...] Agir ainsi, c'est présenter faussement comme une vérité scientifique ce qui n'est en réalité qu'un simple jugement de valeur politique.

¹⁹ J'emprunte ces expressions à N. MacCormick, «La texture ouverte des règles juridiques» dans P. Amselek et C. Grzegorzczak, dir., *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1989 à la p. 109.

²⁰ Voir D. Patterson, *Law and Truth*, New York, Oxford University Press, 1996 aux pp. 128-50 et «Law and Truth : Replies to Critics», (1997) 50 S. Methodist U.L. Rev. 1563 [ci-après «Replies to Critics»].

²¹ M. Troper, «Une théorie réaliste de l'interprétation», Atelier de droit civil, Faculté de droit, Université McGill, 20 octobre 1999 [non publié].

primée en plusieurs ouvrages²² et articles sous une forme qui a évolué entre 1970 et aujourd'hui. En d'autres termes, Dworkin, contrairement à Hart, n'est pas l'homme d'un seul livre. George Fletcher a écrit que l'axe Dworkin—Hart correspond aujourd'hui à ce que fut autrefois l'axe Blackstone—Bentham (à une génération de distance, comme Hart et Dworkin) ou, plus loin encore, l'axe Coke—Hobbes (eux aussi à une génération de distance). Dworkin incarnerait aujourd'hui le *jurisprudence of rights*, une forme de néo-jusnaturalisme. Il ne saurait être question ici d'entrer de plain-pied dans cette controverse. On peut cependant extraire de la pensée de Dworkin, sans trop risquer de la déformer, ce qu'il soutient sur l'interprétation juridique. Dworkin lui-même a d'ailleurs donné sur ce point des explications synthétiques dans un court texte d'abord paru en traduction française²³ (!), explications que Paul Amselek reprend en ces termes :

[S]elon [Dworkin], en effet, le droit en vigueur à chaque instant dans une société donnée est complet, car il est possible, à partir des différentes règles qui le composent, de tirer des principes implicites plus généraux permettant de résoudre tous les cas susceptibles de se présenter. Aucune démarche véritablement inventive ne serait donc nécessaire de la part des interprètes et praticiens du droit, et notamment de la part des juges : il suffirait de savoir tirer l'implicite objectivement contenu dans l'explicite. Si nous n'y parvenons par toujours en pratique, c'est seulement par suite d'une défaillance de nos capacités intellectuelles ; mais un juge surdoué aux capacités appropriées [...] pourra le faire sans difficulté²⁴.

Voilà où le bât blesse. Malgré une pensée féconde sur le droit et d'astucieuses constructions conceptuelles à son sujet, Dworkin n'est jamais parvenu à réfuter l'image de l'interprétation juridique qui a eu cours à partir de Hart (et sur laquelle je me fonde ci-haut, §13) ; affirmer l'existence d'une interprétation «that fits the legal practice better, and puts it in a better light», interprétation qui serait issue d'un processus de «justificatory ascent»²⁵, n'est pas la même chose qu'en démontrer l'existence en fait. Sur le strict plan de la conformité avec l'expérience commune des juristes, la thèse de Dworkin ne les convainc pas, puisque tout leur démontre que, là où le droit est litigieux, il est indéterminé. Résumant la thèse centrale de Dworkin sur l'interprétation, John Finnis a écrit : «“creative interpretation” [...] seeking to make the law the best it

²² Principalement dans *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1978 ; *A Matter of Principle*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1985 ; et *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1986.

²³ Voir R. Dworkin, «La complétude du droit» dans Amselek et Grzegorzczak, dir., *supra* note 19, 127, paru en 1991 sous le titre original «On Gaps in the Law» dans P. Amselek et N. MacCormick, dir., *Controversies about Law's Ontology*, Édimbourg, Edinburgh University Press, 1991, 84. C'est cet état des questions que Patterson utilise dans «Replies to Critics», *supra* note 20.

²⁴ P. Amselek, «À propos de la théorie kelsénienne de l'absence de lacunes dans le droit» dans *La pensée politique de Hans Kelsen*, Cahiers de philosophie politique et juridique, n° 17, Caen (Fr.), Centre de publication de l'Université de Caen, 1990 à la p. 122.

²⁵ Les expressions sont de R. Dworkin, «In Praise of Theory» (1997) 29 *Ariz. S.L.J.* 353 aux pp. 356-57.

can be, legally authorizes substantial transformations of “settled law” by judges duty-bound to apply only law»²⁶. Cette thèse, dont on peut se demander d’ailleurs si elle est descriptive ou normative, n’est certes pas absurde, mais elle est indémontrable et de peu d’utilité pour le juriste²⁷.

§18. La tentation est forte pour les positivistes formés à l’école de Hart de penser de Dworkin ce que Popper pensait de Freud. Il serait certes tentant de *vérifier* la thèse de Dworkin, en assujettissant des processus d’interprétation juridique, par exemple en matière constitutionnelle, à une méthode expérimentale avec groupes de contrôle. En pratique, cela est impossible en dehors des circuits déjà en place du droit positif²⁸, lesquels ne se prêtent pas à la chose. En effet, dans sa dimension litigieuse, le droit porte profondément la marque de l’une de ses finalités d’origine, qui est d’individualiser autant que faire se peut l’examen de la question sur laquelle porte le différend pour que juge et parties puissent aller au *fond* des choses. Cela explique les pompes du droit litigieux : la méticulosité et la complexité de la procédure écrite, les usages du prétoire, la procédure d’audience, les pratiques de délibération et de motivation des décisions, etc. Chaque cas étant rendu unique par la façon dont on l’appréhende, il ne peut y avoir de nouvelles ou d’additionnelles itérations du même cas. Est donc exclu le recours à une méthode expérimentale qui soumettrait à l’attention de plusieurs juges, ou de plusieurs formations de jugement, la *même* espèce exactement, à partir des *mêmes* preuves, et comportant la *même* plaidoirie, afin de voir si effectivement la capacité des institutions juridiques d’apporter les *mêmes solutions* aux *mêmes problèmes* se vérifie dans tous les cas, ou dans un nombre statistiquement significatif d’entre eux. Il est fort probable que ce soit le cas, mais on ne peut en dire plus. Bien entendu, il y a des avantages et des inconvénients à ces façons de faire : ainsi, on a beaucoup gagné en instituant au Québec la *Loi sur l’assurance automobile*²⁹, mais on a aussi perdu quelque chose, qui était, avant la mise en place de ce régime d’indemnisation «sans faute», l’examen à la loupe et au fond (*on the merits*) de chaque espèce liti-

²⁶ T. Honderich, dir., *The Oxford Companion to Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1995, s.v. «Dworkin», par J. Finnis.

²⁷ Voir R.A. Posner, «Conceptions of Legal “Theory” : A Reply to Ronald Dworkin» (1997) 29 *Ariz. S.L.J.* 377, de même que *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1999 aux pp. 91-98, 227-65. La perspective pragmatique que défend Posner, et dont il donne diverses illustrations dans son ouvrage (voir notamment son étude comparée sur le phénomène appelé *litigiousness*, aux pp. 217-26), a certainement de quoi plaire au juge puisqu’elle vise à faciliter la prise de décision en plaçant devant le juge plus d’informations pertinentes et rigoureuses qu’il n’est d’usage lorsque l’on souscrit à une conception traditionnelle de la fonction judiciaire. Rien dans ce qui est avancé ici n’est incompatible avec la thèse de Posner, mais cette thèse ne dit pas tout.

²⁸ Et les observations que fournissent ces circuits confirment plutôt qu’elles n’infirmant la théorie de Hart : les dissidences dans les formations de jugement et les revirements d’un palier d’appel à un autre montrent bien que la «bonne» interprétation n’est constituée de la sorte que parce qu’elle provient de l’institution qui, en vertu d’une règle du second degré, a le dernier mot sur la question controversée.

²⁹ L.R.Q. c. A-25.

gieuse. Il est venu un temps où les coûts considérables d'une politique juridique à base de faute l'ont emporté, aux yeux du législateur, sur l'examen en profondeur et sous toutes ses facettes de chaque accident de la route entraînant des blessures corporelles. De façon générale lorsqu'il y a un litige, cependant, le caractère acataleptique des questions soulevées impose d'aller au fond des choses avec le plus grand soin : s'il n'y a pas de «bonne» réponse, on aura au moins la satisfaction d'avoir tout mis en œuvre pour vider la question. Mais cette caractéristique très largement répandue du droit rend la thèse de Dworkin rebelle à toute vérification empirique : comment, par exemple, peut-on espérer de manière le moins réaliste démontrer que la décision unanime de la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi sur la sécession du Québec* est la bonne, ou la mauvaise, décision, que cette décision *fits* (ou *does not fit*) *the legal practice better, and puts* (ou *does not put*) *it in a better light? Better* par rapport à quoi ? C'est impossible à démontrer. Cela dit, le mystère du droit ne signifie pas que dès qu'il y a un litige, on peut littéralement décider n'importe quoi. Seulement, l'indétermination demeure irréductible en aval de la décision, pour la raison suivante. Dans toute la gamme des interprétations, sensées ou absurdes, qui s'offrent au décisionnaire (disons de A à Z), le choix se fera à partir d'un sous-ensemble plus restreint (K à N) circonscrit par le savoir juridique actuel, mais ce sous-ensemble contient par définition la solution que souhaite une partie (par exemple, «le défendeur est responsable», ou «la loi est *ultra vires*»), ainsi que son contraire, souhaité par la partie adverse (par exemple, «le défendeur est exonéré», mais aussi «le recours du demandeur est prescrit», ou encore «la loi est *intra vires*»), mais aussi — dans la langue de bois juridique telle qu'elle se pratique au Canada — «la loi porte atteinte à un droit fondamental enchâssé par la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais cette atteinte constitue une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique»). Sont écartées, de A à J et de O à Z, les solutions ou les issues du genre «Le défendeur est exonéré parce qu'il est le frère du juge», ou «La loi est *intra vires* parce que le jeudi matin à Montréal on n'applique pas la Constitution». Mais entre K et N, tout est permis.

B. Le regard du tâcheron du droit positif : le droit vu du bas vers le haut

§19. De l'intérieur du droit positif, le thème de l'indétermination a toujours été présent et aucun juriste doté d'une certaine expérience du métier ne peut en ignorer l'existence. En 1670, par exemple, Sir John Vaughan, juge en chef de la Court of Common Pleas, faisait remarquer dans une certaine affaire *Bushell*³⁰ :

I would know whether any thing be more common, than for two men students, barristers or Judges, to deduce contrary and opposite conclusions out of the same case in law? And is there any difference that two men should infer distinct conclusions from the same testimony : Is any thing more known that the same author, and place in that author, is forcibly urg'd to maintain contrary

³⁰ *Bushell's Case* (1670), 124 E.R. 1006 à la p. 1009.

conclusions, and the decision hard, which is in the right? Is any thing more frequent in the controversies of religion, than to press the same text for opposite tenents? How then comes it to pass that two persons may not apprehend with reason and honesty, what a witness, or many, say, to prove in the understanding of one plainly one thing, but in the apprehension of the other, clearly the contrary thing [...] ?

On pourrait croire que ce passage se limite à constater l'existence endémique de différences d'opinion, sans écarter la possibilité qu'une opinion doive souverainement prévaloir sur toutes les autres parce qu'elle est la *bonne*. Ce n'est pas le cas. L'arrêt *Bushell* est la décision qui mit fin aux interventions intempestives des tribunaux supérieurs dans la réformation des verdicts rendus par les jurys anglais. Il s'agissait ici d'exhorter les tribunaux et les parties à accepter tels qu'ils sont les verdicts rendus dans le cours ordinaire des choses. Mais, réflexion faite, le même raisonnement vaut autant pour les controverses de droit que pour les controverses de fait (comme d'ailleurs le laisse clairement entendre le passage que je viens de citer). Il s'est produit depuis une vingtaine d'années en droit canadien une prise de conscience progressive de cette réalité, prise de conscience qui conduit à l'adoption d'une nouvelle conception de l'interprétation juridique. Je qualifierais cette conception de pluralisme interprétatif. Elle n'est au fond qu'un reflet du changement de mentalité (d'épistémé, si l'on veut faire savant) auquel nous assistons actuellement avec l'apparition, en droit comme ailleurs, de la post-modernité, des mouvements de déconstruction et des épistémologies multiculturelles. Les signes avant-coureurs de cette transition en droit positif canadien appurent dans un arrêt de 1979³¹, selon lequel plusieurs décisions *raisonnables* mais potentiellement contradictoires, tranchant une même question de droit, peuvent valablement coexister dans l'ordre du droit positif, puisque de toute manière il n'y a pas de bonne réponse unique lorsque se présente un problème d'interprétation. Une fois cette concession faite, on se dirigeait naturellement vers le problème des décisions plus ou moins contradictoires mais également exécutoires, problème qu'il faudrait bien résoudre d'une manière ou d'une autre si l'on voulait éviter de placer délibérément le sujet de droit dans la situation de l'âne de Buridan (encore lui!). C'est ce à quoi s'appliqua la Cour suprême du Canada dans certaines décisions ultérieures importantes, non sans quelques hésitations³², élaborant en cours de route la doctrine des contradictions, ou des conflits, opérationnels³³. Parallèlement, on vit aussi éclore un contentieux du second degré sur les conditions acceptables de résolution des questions confiées à des tribunaux administratifs soucieux de maintenir une cohérence dans leur pratique contentieuse. Il peut y avoir, par exemple, plusieurs réponses raisonnables et contradictoires à la question «un pansement est-il visé par la

³¹ *S.C.F.P., section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, 97 D.L.R. (3^e) 417.

³² Et quelques revers également : voir *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, 95 N.R. 161.

³³ Voir notamment *Domtar c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756, 105 D.L.R. (4^e) 385 et, surtout, *British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.)*, [1995] 2 R.C.S. 739, 125 D.L.R. (4^e) 443.

notion d'équipement médical?» ou «l'omission de divulguer en cours de négociation de convention collective une intention arrêtée de fermer une usine constitue-t-elle un manquement à l'obligation de négocier de bonne foi?». Un tribunal administratif peut légitimement souhaiter avoir une politique décisionnelle uniforme sur de telles questions, mais l'uniformité de ne s'acquiert pas à n'importe quel prix³⁴. On a là tous les signes d'une adhésion implicite aux thèses de Hart, lesquelles font leur chemin. Les propos d'un membre de la Cour suprême du Canada en témoignent. S'attaquant récemment à l'image du juge «activiste» (expression antinomique s'il en est — presque le pompier pyromane), Madame le juge L'Heureux-Dubé faisait observer:

It is also often suggested that activist judges place their personal preferences above the requirements of the law. Yet such criticism ignores the process of legal reasoning and justification that forms part of every legal decision. Legal interpretation requires a judge to use arguments and sources that are acceptable within the legal community, and justify the decision with regard to those values. This accusation also fails to recognize that cases that make their way to appeal courts generally reach that stage precisely because there are no clear or already determined legal principles to decide the questions at issue³⁵.

Cette attitude de réserve, d'humilité épistémologique, et la conscience par les juges de la précarité de leur légitimité, comptent aussi parmi les effets secondaires opportuns du positivisme éclairé de H.L.A. Hart.

§20. Mais il serait hasardeux de soutenir que Hart a gagné et que Dworkin a perdu, ou vice versa. Les thèses en présence sont en suspens dans l'éther. Parallèlement aux signes que je viens de mentionner, et qui ne concernent que le droit positif canadien *hic et nunc*, on peut observer aussi la progression considérable des droits de la personne en Occident comme ailleurs, et du droit humanitaire à l'échelle internationale, progression qui suppose une adhésion implicite à la thèse dworkinienne de la bonne ou de la meilleure réponse. Sinon, pourquoi diable multiplierait-on de larges aires d'indétermination (par exemple la règle (*sic*) des principes de justice fondamentale) où des juges, ayant plus que jamais les coudées franches, portent des jugements de valeur au nom d'autrui sur mille versions du bien et du mal? Pourquoi tolérerait-on une telle extension de la stratégie du ventriloque, laquelle consiste pour le juge à présenter comme issue de la loi, ou de la constitution, ou du droit international, etc., la solution issue en réalité de sa propre volonté? C'est que l'explication dworkinienne a incontestablement marqué des points. Malheureusement, il arrive aussi qu'elle con-

³⁴ Voir et comparer *S.I.T.B.A. c. Consolidated-Bathurst Packaging*, [1990] 1 R.C.S. 282, 68 D.L.R. (4^e) 524 et *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952, 90 D.L.R. (4^e) 609.

³⁵ C. L'Heureux-Dubé, «Judicial Independence and Judicial Activism», conférence prononcée lors du Council Awards Luncheon, Association du Barreau canadien, 21 août 1999 [non publiée]. Je partage entièrement ce point de vue que j'avais exprimé il y a quelques années en ces termes : «In fact, you could even say that, when a legal question is worthy of a court's consideration, it is *precisely because* that question has no pre-determined answer» : «Canada as a Post-Modern Kritarchy» (1998) 72 A.L.J. 294 à la p. 297.

forte certains juges dans la recherche éperdue de la *bonne* réponse, celle justement qu'Hercule, selon Dworkin, trouverait à tout coup. D'où des jugements de dimensions proprement hérculéennes, où l'on compense une absence de profondeur par une ampleur de surface. Le droit était exsangue, il a maintenant des accès de goinfrerie. Et lorsque cette quête de la *bonne* réponse, du Saint-Graal juridique, est pratiquée avec suffisamment d'entêtement, elle conduit à une prolifération de jugements distincts, quand ce n'est pas dissidents, qui minent l'autorité du droit. On pourrait donner ici quelques exemples mais on s'en abstiendra par considération pour son prochain. En tout cas, lorsqu'elle sent sa légitimité véritablement attaquée, la Cour suprême du Canada s'exprime lapidairement (tout est relatif) et unanimement³⁶. Voilà ce qu'attendent d'elle les lecteurs attentifs de H.L.A. Hart.

³⁶ Il faut donc saluer l'avis versé dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, supra note 7, ou encore le second jugement rendu dans l'affaire *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, 177 D.L.R. (4^e) 513.