

Université de Montréal

Perspectives pluralistes critiques sur l'indétermination du droit

par

Catherine Le Guerrier

Département de philosophie, Faculté des Arts et des Sciences

Mémoire présenté en vue de l'obtention du grade de maîtrise ès arts (M.A.) en philosophie

Août 2019

© Catherine Le Guerrier, 2019

Ce mémoire intitulé

**Perspectives pluralistes critiques sur l'indétermination du droit**

présenté par

**Catherine Le Guerrier**

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes

**Christine Tappolet**

Présidente-rapportrice

**Marc-Antoine Dilhac**

Directeur de recherche

**Christian Nadeau**

Membre du jury

## **Résumé et mots-clés**

Les arguments du mouvement Critical Legal Studies sur l'indétermination du droit ne sont doublés d'aucune théorie sur la légitimité des interprétations qu'offrent les juges et donc d'aucun critère juridique pour critiquer une décision. La théorie pluraliste critique du droit, qui prend acte de la pluralité du droit officiel pour redéfinir le phénomène juridique plutôt que de nier qu'il puisse exister, pourrait toutefois fournir un tel critère. En effet, elle présente plusieurs correspondances avec les travaux de Dworkin, qui défend que les citoyens sont en droit d'obtenir les fruits d'une attitude interprétative en germe dans le concept même de droit. Ces deux théories maintiennent que le droit sert à reconnaître la valeur de l'histoire d'un groupe dans sa conception de lui-même tout en soutenant qu'il doit trouver une pertinence contemporaine pour être effectif et légitime. Les pluralistes priorisent toutefois la résonance actuelle des règles de droit et croient que toute communauté est divisée entre diverses définitions du bien. Selon eux, le droit est avant tout un procédé pour penser la conduite humaine et lui conférer un sens, qui dépend des capacités créatrices des citoyens. Chaque règle est alors la cause d'une pluralité d'ordres juridiques concurrents. Suivant ce portrait, seule l'acceptation d'une interprétation par un groupe, sa capacité à lui reconnaître un sens, pourrait rendre cette interprétation légitime. Ce critère nous mène vers un modèle de justice négociée où deux personnes s'adressent à un juge pour développer une lecture en commun du droit, pour identifier une interprétation légitime dans leurs univers juridiques respectifs.

**Mots-clés** : Philosophie du droit; Critical Legal Studies; Pluralisme juridique critique; Indétermination du droit; Interprétativisme; Sens légal; Droit et société; Méthodes alternatives de résolution de conflits.

## **Abstract and keywords**

No theory of the legitimacy of judges accompanies the Critical Legal Studies' arguments on the indeterminacy of law, which entails there are no criteria to identify a legitimate interpretation. Critical legal pluralism, which redefines law to take account of its inherent plurality rather than denying its very possibility on these grounds, could however provide such criteria. Indeed, it presents many resemblances with Dworkin's theory of law which argues that citizens are entitled to reap the benefits of the interpretative nature of law. Both theories defend that law allows to bridge a group's past, which is essential to its self-understanding, with the present, and both insist that law must be made to appear relevant in the present. Pluralists however prioritize the current significance of law and stress that communities are split by a variety of definitions of the good. According to them, law is mainly a process to think about human conduct and grant it meaning, and it depends as such on citizens' creative capacities. Accordingly, only an interpretation that is accepted by a group and seen as meaningful can be considered legitimate. This criterion forces us to consider a form of negotiated justice, where two persons consult a judge to develop a common reading of a rule which would be legitimate in each person's legal universe.

**Keywords:** Philosophy of law; Critical Legal Studies; Critical Legal Pluralism; Legal indeterminacy; Interpretivism; Legal meaning; Law and society; Alternative Dispute Resolution.

## Table des matières

Introduction.....	6
Plan .....	13
Chapitre 1 – Deux mouvements critiques.....	17
A.    Introduction.....	17
B.    Les <i>Critical Legal Studies</i> .....	18
B.1 – Le travail du matériau juridique.....	18
B.2 – Indétermination et « trashing ».....	23
B.3 – Unger et la doctrine déviationniste.....	28
C.    Le pluralisme juridique .....	33
D.    Conclusion.....	40
Chapitre 2 – Le concept de droit.....	42
A.    Introduction .....	42
B.    Qu’est-ce que le droit? .....	43
C.    Dworkin et l’interprétation.....	54
C.1 – Interprétation .....	54
C.2 – Intégrité .....	58
D.    La nature du droit selon les pluralistes.....	62
D.1 – Passé et communauté .....	62
D.2 – Règles, mythes et indétermination .....	66
D.3 – Règles et pratiques .....	68
E.    Conclusion.....	73
Chapitre 3 – Interprétation et légitimité.....	75
A.    Introduction .....	75
B.    La fermeture du droit.....	76
B.1 – Dworkin et la communauté comme limite .....	76
B.2 – Les solutions pluralistes et le problème des pratiques étatiques .....	79
C.    Tribunal, juge et interprétation.....	89
C.1 – Interprétations négociées.....	90
C.2 – Problèmes potentiels .....	98
D.    Conclusion.....	102
Conclusion .....	104
Bibliographie.....	107

*À ceux et celles qui m'ont encouragé à persévérer dans mes recherches et travaux,  
Samuel M., Mireille F., Sam G., Alexandra H. et Brodie N. en premier lieu.*

*Avec mes remerciements au Conseil de Recherches en Sciences Humaines du Canada  
et à la Faculté de droit de l'Université McGill pour leur soutien financier.*

## Introduction

La question du rôle des juges est l'un des rares sujet de philosophie du droit qui dépassent les études académiques et rejoint le grand public. L'idée que ceux-ci doivent se contenter d'appliquer le droit de manière purement formelle et qu'ils usurpent leur fonction lorsqu'ils l'infléchissent dans le sens de leurs convictions morales est répandue. Elle est toutefois rarement défendue par les philosophes du droit, qui considèrent que cette conception de la légitimité du poste dépend d'une compréhension trop simpliste de l'acte de l'interprétation juridique. Par exemple, H.L.A Hart, un théoricien phare de l'école positiviste, reconnaît qu'il est parfois impossible de trancher un litige en appliquant simplement une règle de droit puisqu'une situation peut être régie par des règles au sens incertain. Un juge peut alors intégrer ses préférences morales ou politiques au droit positif. Ceci s'explique par le fait que les juges, comme le législateur, ont le rôle de créer du droit nouveau. Par ailleurs, ces moments sont des exceptions. La magistrature est limitée aux cas où le droit existant ne permet pas de résoudre un conflit<sup>1</sup>. Les travaux de Ronald Dworkin, généralement considéré comme un penseur anti-positiviste, offrent une seconde théorie alternative de la légitimité de l'interprétation juridique. Celle-ci souligne plutôt l'importance de ces moments de discrétion judiciaire, au point de leur refuser le statut exceptionnel que leur donne Hart et de reconnaître aux juges l'obligation de suivre une démarche créative à chaque acte interprétatif, en se référant non pas à leurs préférences morales, mais aux valeurs de la communauté qu'ils représentent.

Ces réponses au problème de l'indétermination du droit, doublées de théories sur la légitimité des juges, prennent racine dans des conceptions divergentes des caractéristiques

---

<sup>1</sup> Voir H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford University Press, 2012), ci-après Hart, pp.124-136.

fondamentales du droit. Nous y viendrons. Mon mémoire portera principalement sur une troisième critique de la naïveté de l'idée qu'il est possible de simplement appliquer le droit, qui n'est doublée, elle, d'aucun consensus théorique quant à son impact sur la légitimité du pouvoir des juges. Cette critique diffère des deux précédentes en ce qu'elle dément d'abord que le droit est, même seulement la plupart du temps, déterminé, ensuite, que les valeurs d'une société sont identifiables et harmonieuses. Alors que les positivistes et Dworkin se rabattent sur l'une ou l'autre de ces idées pour peindre l'image d'un système de règles suffisamment cohérent et stable pour être isolé avec certitude d'autres phénomènes sociaux, le mouvement des Critical Legal Studies (CLS), malgré toute sa diversité, peut être compris avant tout comme une attaque sur cette idée, niant « qu'il existe un mode de raisonnement juridique apte à s'affranchir des considérations de l'arène politique pour rendre un jugement fondé uniquement sur un donné juridique »<sup>2</sup>.

Mon objectif est d'évaluer si la variante CLS de l'argument sur l'impossibilité que des règles de droit déterminent entièrement un litige, qui est beaucoup plus ambitieuse que les versions des positivistes et de Dworkin, peut être associée à une théorie de la légitimité de l'interprétation. Je défendrai que oui, et je me tournerai vers une autre école dite critique du droit pour trouver les éléments essentiels à la construction d'une telle théorie<sup>3</sup> : la théorie pluraliste critique du droit qui offre une nouvelle définition du droit conférant un rôle prépondérant aux citoyens<sup>4</sup> et à leurs perspectives. Selon elle, le droit est avant tout un procédé pour penser la

---

<sup>2</sup> Françoise Michaut et al., *Le mouvement des Critical Legal Studies : de la modernité à la postmodernité en théorie du droit* (Presses de l'Université Laval, 2014), ci-après Michaut, p.35.

<sup>3</sup> Les deux sont plus un ensemble de théories regroupées sous une étiquette et présentant une ressemblance de famille que des théories unifiées. À l'intérieur même des mouvements des ont lieu de vifs débats. Si je fais référence aux mouvements en général en introduction pour situer mon travail, les chapitres suivants portent sur des auteurs particuliers de ces mouvements.

<sup>4</sup> J'ai choisi de référer dans ce texte soit aux citoyens d'un État de droit, soit aux individus qui composent une société, plutôt qu'à des « sujets » de droit ou des « justiciables », pour refléter le choix des pluralistes critiques, et de Dworkin dans une certaine mesure, de prendre au sérieux les perspectives communautaires sur le droit et la capacité de toute personne à avoir une réflexion proprement juridique. Les termes que j'évite signalent à mon avis l'opinion



conduite humaine et lui attribuer un sens, qui dépend des capacités créatrices des citoyens : chaque règle est alors la cause d'une pluralité d'ordres juridiques concurrents. Toutefois, les pluralistes n'ont pas développé de positions sur la légitimité de l'interprétation qui justifierait leur conclusion que toute interprétation citoyenne doit être prise au sérieux.

Doubler l'argument sur l'indétermination du droit d'une conception claire des critères qui permettraient de juger de la légitimité d'une interprétation donnée est une façon de prendre acte d'une critique qui fut adressée aux CLS par des penseurs souhaitant mobiliser le droit pour faire avancer une cause considérée progressiste: ceux-ci les accusèrent de développer des hypothèses qui condamnaient à la paralysie et à l'inaction<sup>5</sup>. La seconde théorie vers laquelle je me tourne pour enrichir les positions CLS fut aussi fustigée à quelques reprises pour des raisons similaires; certains estiment que son manque de rigueur conceptuelle risque de mener à la confusion théorique et donc, encore, à l'immobilisme<sup>6</sup>. Cependant, les lacunes des deux mouvements me semblent complémentaires, ce qui me porte à croire qu'une lecture conjointe de leurs thèses centrales serait féconde. Le premier offre des études pertinentes de l'opération quotidienne du droit étatique<sup>7</sup>, bien qu'elles mènent souvent à rejeter en bloc l'idée même d'un phénomène juridique. Inversement, le second reconnaît l'importance du phénomène juridique, mais peine à articuler des observations précises sur son fonctionnement. L'objectif de ce mémoire est d'explorer cette complémentarité qui semble prometteuse.

---

que le droit et la justice sont hors la personne et doivent lui être conférés par un tiers.

<sup>5</sup> Voir par exemple Robin West, *Narrative, Authority, and Law* (University of Michigan Press, 1993), ci-après West 1993, p.147.

<sup>6</sup> Voir par exemple Alan Freeman, "The Politics of Truth: On Sugarman's Legality, Ideology and the State," *American Bar Foundation Research Journal* 11, no. 4 (1986), ci-après Freeman, p.839.

<sup>7</sup> L'expression « droit étatique » identifie les institutions légales comme les tribunaux et les greffes, les acteurs légaux comme les avocats, les huissiers et les juges, et les règles qui sont promulguées par les assemblées législatives et les institutions de l'État, afin de les distinguer des autres formes de droit qu'étudient les pluralistes : voir par exemple Sally Engle Merry, "Legal Pluralism," *Law and Society Review* 22 (1988), ci-après Merry, p.875.

Ce travail mènera, je l'espère, à deux conclusions. Premièrement, la théorie du pluralisme juridique radical qui se développe dans les facultés de droit canadiennes et américaines se fonde implicitement sur les positions CLS sur l'interprétation du droit. L'argument selon lequel il est faux que les juges ne font qu'appliquer le droit, et la position pluraliste critique selon laquelle le droit n'est du droit que s'il est appliqué par des individus réellement engagés à vivre d'après leur propre interprétation de celui-ci, se rejoignent. La théorie de l'interprétation CLS permet de comprendre comment le droit conçu de manière pluraliste critique peut se manifester.

Deuxièmement, une bonne compréhension de cette connexion permet d'enrichir les critiques offertes par les deux mouvements et de les rendre pertinentes pour les juristes étudiant le droit de l'État. Dans la mesure où il peut décrire le phénomène juridique étatique, le pluralisme critique pourrait offrir des solutions aux problèmes que les CLS identifient dans le fonctionnement de celui-ci. Cette mise-en-rapport des deux écoles critiques me permet ainsi en deuxième lieu de définir les modalités d'une interprétation qui serait considérée légitime dans une théorie pluraliste. Elle permet d'imaginer comment deux individus qui cherchaient à l'origine des résolutions opposées d'un problème peuvent établir un barème commun pour évaluer la justesse de l'analyse du juge chargé de trancher leur litige, tout en reconnaissant que ce dernier n'était pas contraint de décider dans un sens ou dans l'autre.

Cette étude accepte la thèse CLS de l'indétermination du droit, mais dépasse le simple constat que celle-ci prive le juge de la légitimité qu'on lui attribue habituellement. En effet, si elle peut être invoquée avec succès contre une conception positiviste ou dworkinienne du droit, elle ne menace pas la conception pluraliste du droit. Au contraire, elle renforce les observations des pluralistes sur l'importance que les communautés et les individus jouent pour donner leur sens et leur vie aux normes juridiques, leur conférant ainsi un caractère réellement juridique.

J'emprunterai donc des thèses centrales des deux mouvements pour transcender chacun d'eux en mobilisant leurs arguments de manière à les rendre compréhensibles pour une personne travaillant de l'intérieur du système juridique étatique que les deux attaquent.

Le projet de s'inspirer des CLS pour réévaluer le potentiel du droit étatique peut surprendre, ceux-ci ayant défendu, pour la plupart, l'inutilité du droit et sa tendance à limiter les possibilités de réformes. Mais ces critiques du système judiciaire et de ceux qui croient en son efficacité prennent le plus souvent la forme de propositions éthiques ou politiques portant, par exemple, sur la valeur à long terme des compromis idéologiques plutôt que sur la nature du droit. Certains CLS, comme Mark Tushnet qui sera brièvement présenté au premier chapitre, considèrent que les tentatives d'utiliser le droit pour faire avancer une cause sociale devraient être abandonnées puisque cette stratégie ne permet que des victoires modestes et temporaires<sup>8</sup>; d'autres, comme Richard Delgado, père de la théorie raciale critique en droit, leur répondent que ces humbles victoires peuvent avoir un impact gigantesque sur la vie de ceux et celles qui parviennent à les obtenir<sup>9</sup>. L'explication qu'offre le CLS Roberto Unger pour comprendre ce point d'achoppement me semble la meilleure : ces débats sont surtout causés par l'absence d'une compréhension adéquate et solidement défendue des possibilités de réforme<sup>10</sup>. En attendant une méthode pour évaluer les chances de succès des changements proposés, qu'ils soient limités ou exhaustifs, les théoriciens inspirés par le mouvement CLS partageant une conception assez similaire de la nature du droit et des possibilités qu'ils offrent aux citoyens d'un pays se retrouvent à débattre de sa valeur dans des contextes précis. Ils opposent des opinions portant moins sur le droit que sur la

---

<sup>8</sup> Mark Tushnet, "An Essay on Rights," *Texas Law Review* 62, no. 8 (1984), ci-après Tushnet, p.1371.

<sup>9</sup> Richard Delgado, "The Ethereal Scholar: Does Critical Legal Studies Have What Minorities Want," *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 22 (1987), ci-après Delgado, pp.307-308.

<sup>10</sup> Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement* (Harvard University Press, 1986), ci-après Unger 1986, p.22.

révolution ou le paysage politique américain<sup>11</sup>.

Derrière ces débats se cache le consensus que la condition humaine peut être améliorée et qu'une bonne compréhension du phénomène juridique nous aidera à nous positionner sur son rôle dans ce projet. En d'autres termes, la capacité du droit à influencer la distribution des richesses et des souffrances dans une société plane sur les travaux qui le décrivent. Elle peut mener à la conclusion que les systèmes légaux occidentaux doivent être rejetés en bloc comme à celle qu'ils doivent être modifiés légèrement. Je n'ai toutefois pas de réponse à offrir à la question portant sur la valeur des compromis ou leurs éventuels effets sur l'obtention de gains politiques plus significatifs à long terme, ni à celle concernant la probabilité qu'une émancipation intellectuelle conduise à une émancipation hors de la pauvreté matérielle ou de la violence. Mon objectif n'est pas d'identifier les modifications du système juridique les plus à même d'assurer la vie bonne et je ne développerai pas mon étude en ces termes, bien que les débats à propos du travail des CLS invitent à le faire.

Mais ces débats opposent aussi différentes conceptions *de la théorie*, des occasions et des dangers qui lui sont propres, car les positions CLS concernent aussi la capacité des travaux académiques à influencer le monde qu'ils prétendent décrire. Plusieurs ont noté et critiqué la tendance des CLS à accorder un rôle prédominant aux constructions intellectuelles dans le maintien d'un statu quo matériel<sup>12</sup>. La juriste américaine Robin West, entre autres, les a accusés de minimiser les effets de leur théorie sur le développement du droit et d'ignorer la possibilité bien

---

<sup>11</sup> Delgado dira, « It smacks of paternalism to assert that the possibility of revolution later outweighs the certainty of heat now, unless there is evidence for that possibility. The Crits do not offer such evidence. » Delgado, *op cit*, p.308. Tushnet défendra sa position en référence à la situation particulière des États-Unis: « If the critiques are culturally bound, however, there is nothing odd about saying that rights in Poland are a good thing, while rights in the United States are not. They are, after all, different cultures. » Tushnet, *op cit*, p.1382.

<sup>12</sup> Voir par exemple Delgado, *op cit*, p.308; voir aussi Dawn H Currie, "Feminist Encounters with Postmodernism: Exploring the Impasse of Debates on Patriarchy and Law," *Canadian Journal of Women and the Law* 5 (1992), ci-après Currie, p.81, qui porte sur la technique de la déconstruction plutôt que les CLS.

réelle que leurs encouragements aux juristes de gauche à abandonner toute tentative de réforme soient la cause première d'une dérive du droit vers l'analyse économique<sup>13</sup>.

Mon mémoire s'inscrit plutôt dans cette veine. Il est motivé par une vision du rôle et des possibilités de la théorie. Mon analyse découle du parti pris que la critique d'un phénomène devrait permettre une meilleure compréhension de celui-ci, apte à l'améliorer. La remise en question de paradigmes importants de la pratique du droit étatique ne devrait pas empêcher les projets qui ont une prise sur ce dernier. Ce projet dépend ultimement de la conception que je me fais de la critique, inspirée des écrits de pluralistes juridiques et de sociologues de droit qui ont répondu aux CLS. Je fais mienne la position de Austin Sarat et Susan Silbey, respectivement juriste et sociologue du droit, sur son rôle:

Criticism arises from both a greater commitment to and a greater distance from one's tradition. To be critical bespeaks a desire to be faithful to a tradition by refusing to accept its imperfections. ... However, fidelity also requires more than unmasking and debunking; it demands a willingness to construct anew. <sup>14</sup>

Ce second acte de reconstruction est particulièrement pertinent lorsque la critique à l'origine marginalisée est acceptée et vient à remplacer, au moins dans certains cercles, l'orthodoxie qu'elle remettait en question<sup>15</sup>. Si elle avait avant, sous forme purement négative, le pouvoir d'importuner, elle se retrouve sans effet quand elle n'est considérée que par des convaincus.

Ma position n'est pas qu'une critique doit mener à des projets de réforme réalistes pour

---

<sup>13</sup> Robin West, *Re-Imagining Justice : Progressive Interpretations of Formal Equality, Rights, and the Rule of Law* (Ashgate, 2003), ci-après West 2003, pp.88-91.

<sup>14</sup> Susan S Silbey et Austin Sarat, "Critical Traditions in Law and Society Research," *Law and Society Review* (1987), ci-après Silbey et Sarat, p.172.

<sup>15</sup> *Ibid*, p.166. Bien que je traite des CLS dans cette introduction, le même commentaire pourrait être dirigé envers les pluralistes, comme le souligne le juriste canadien Jean-Guy Belley dans son article au titre évocateur « Le pluralisme juridique comme orthodoxie de la science du droit, » *Canadian Journal of Law and Society/La Revue Canadienne Droit et Société* 26, no. 2 (2011), ci-après Belley.

avoir une valeur, mais simplement qu'il est souhaitable d'en tirer des enseignements lorsque possible. La connexion entre le mouvement CLS et le mouvement pluraliste critique démontre que les intuitions du premier peuvent être mobilisées si elles sont alliées à une nouvelle conception du droit et cette piste mérite d'être suivie. Bien que je n'aie pu le défendre que brièvement, je crois que même les critiques du droit les plus pessimistes considèrent que leurs travaux devraient permettre le développement d'un programme d'action. En l'occurrence, le mouvement pluraliste critique contient en germe un tel projet qui repose sur l'un des arguments clés du mouvement CLS et je me propose de le réaliser.

### Plan

Ce mémoire se divise en trois chapitres. Le premier présente l'argument de Duncan Kennedy sur l'indétermination du droit en plus de contraster trois réactions CLS à cet argument : celle de Kennedy lui-même, celle de Mark Tushnet et celle de Roberto Unger. En bref, alors que Kennedy propose que les juges reconnaissent qu'ils possèdent le pouvoir de travailler le droit pour le rendre compatible avec certaines préférences politiques car une telle posture est plus honnête, Tushnet attire l'attention sur l'impact de cette suggestion sur les personnes qui souhaitent mobiliser le droit : l'intégrité du juge n'a rien pour rassurer un individu qui souhaite obtenir une décision en sa faveur. Je crois que pour cette raison, entre autres, Tushnet encourage les militants à cesser de recourir au droit. Unger, toutefois, offre une troisième façon de penser la réaction des juristes : il exhorte le développement d'une variété de commentaires doctrinaux interprétant les règles de l'État à la lumière d'une diversité de préférences politiques et de définitions de la vie bonne. Cette avenue me semble importante car elle laisse entrevoir la possibilité d'une analyse juridique productive, capable d'être exploitée pour tirer profit du droit. Comme je l'expliquerai, ce choix de

Kennedy de se restreindre à considérer le travail doctrinal du juge découle d'une posture réaliste qui insiste sur l'aspect autoritaire du droit et qui reconnaît le poids des conséquences concrètes de la doctrine. Unger nous apporte plutôt sur le terrain de ceux qui accordent de l'importance à la vie quotidienne du droit et à sa portée symbolique. C'est sur ce terrain que je développerai une connexion entre le travail négatif de déstabilisation du droit des CLS et le travail positif de construction d'une nouvelle conception du droit des pluralistes. Le chapitre 1 introduit aussi le mouvement du pluralisme juridique critique qui étudie les rapports que les « sujets » du droit entretiennent avec les textes et les concepts de droit officiel et donne préséance à cet attachement dans la définition du phénomène juridique. Si Unger suggère que les juristes fassent un travail de doctrine explicitement orienté par des idéaux moraux tout en demeurant humbles face aux diverses possibilités interprétatives, les pluralistes critiques argumentent plutôt qu'il est dans la nature du droit de mener à une multiplicité de lectures contradictoires.

Puisqu'il est associé à la sociologie du droit et s'attarde à décrire le fonctionnement du droit « dans l'ombre » des tribunaux ou du droit officiel<sup>16</sup>, le pluralisme juridique produit un discours qui peut facilement être ignoré par ceux qui œuvrent entièrement en ces endroits. Il propose néanmoins des thèses qui peuvent être conçues comme des contributions au débat philosophique sur la définition du droit; celles-ci ont donc nécessairement une prise sur la conceptualisation du droit de l'État et sont dès lors pertinentes pour aider à comprendre les problèmes liés à la légitimité de l'interprétation. Ces thèses doivent toutefois être travaillées pour y trouver des standards permettant de décider de la légitimité ou de l'illégitimité d'une interprétation juridique donnée. Pour ce faire, j'associerai au chapitre deux les paradigmes de la

---

<sup>16</sup> J'emprunte l'expression à Marc Galanter, qui parle de l'importance des résolutions de litiges potentiellement légaux qui prennent place « in the shadow of the law » dans Marc Galanter, "Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law," *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 13, no. 19 (1981), ci-après Galanter, p.2.

théorie pluraliste critique à la théorie de Dworkin, qui se démarque fortement du trio CLS introduit au premier chapitre, puisque l'une de ses conclusions les plus contestées est que les principes politiques d'une communauté sont ultimement tous réconciliables et que le droit est en conséquence un tout cohérent. Il est néanmoins considéré dans mon analyse, car il présente une défense étayée de l'idée que les principes politiques qui permettent de discriminer entre diverses interprétations juridiques sont du droit au même titre que les lois et les décisions des tribunaux. À cette défense se surimpose celle du droit des individus à obtenir le fruit d'un travail juridique de fond semblable à celui décrit par Kennedy. Ainsi, Dworkin permet d'associer Unger et les pluralistes à l'idée que les citoyens ont *droit* à une résolution de leur litige qui tient compte de certains principes politiques. En effet, les pluralistes critiques reconnaissent au même titre que Dworkin que le droit lie réellement les individus dans la mesure où une lecture convaincante du passé est nécessaire pour mettre en branle l'action collective future. Contrairement aux CLS qui n'accordent pas de valeur à la tentative de s'ancrer dans le passé par des règles, de donner à celles-ci une résonance contemporaine, les pluralistes considèrent que cet acte confère une plus grande puissance aux engagements d'aujourd'hui. Les pluralistes priorisent toutefois la pertinence actuelle des règles et soutiennent que toute communauté est divisée entre diverses définitions du bien.

Enfin, j'explorerai dans mon troisième chapitre cette conception pluraliste de la légitimité d'une interprétation innovante, inspirée du paradigme pluraliste que le droit n'existe que dans la mesure où il est accepté par des groupes qui y voient un sens et une valeur. Je défendrai d'abord que contrairement aux conclusions de certains des pluralistes critiques eux-mêmes et de certains de leurs lecteurs, le potentiel créateur de chaque individu ne serait pas respecté si les juges exprimaient leur regret de devoir rejeter une interprétation du droit dans un jugement. La définition



pluraliste du droit empêche à mon sens de conclure que le règlement d'un conflit juridique pourrait se faire par un professionnel du droit. Au contraire, elle semble faire des modes alternatifs de résolution de conflits les pratiques les plus aptes à mener à une interprétation légitime du droit, soit une interprétation voulue et choisie par ceux qui auraient à vivre cette application conciliatrice de la règle. Ces lieux sont plus en mesure que des cadres formels d'assurer la création d'interprétations réellement communes.

En résumé, mon projet s'articule à partir de Kennedy et d'Unger qui ont tous deux tenté de mobiliser certaines positions de l'école CLS pour recommander un programme « réformiste » aux juristes. Mais, plutôt que d'accepter la prescription de Kennedy aux juges ou la forme de doctrine qu'Unger propose, avouant avant même de la présenter qu'elle ne serait d'aucune utilité devant un tribunal, je tenterai de développer une nouvelle conception de l'interprétation créatrice susceptible d'être exigée par un citoyen ordinaire. En soulignant la parenté intellectuelle du pluralisme critique avec le mouvement CLS, j'espère démontrer qu'il est apte à fournir des critères permettant de reconnaître une interprétation juridique non seulement honnête, mais considérée comme légitime, et donc capable aussi d'être exposée comme étant *illégitime*, par les individus subissant les décisions officielles.

## Chapitre 1 – Deux mouvements critiques

### A. Introduction

Le mouvement CLS regroupe plusieurs penseurs ayant développé des théories distinctes, mais connexes, dans les années 1980 aux États-Unis. Dans ce chapitre, je commencerai par résumer l'argument qu'offre l'un de ses fondateurs, Duncan Kennedy, sur la phénoménologie de l'interprétation juridique. Cette section me servira à expliquer la façon dont les CLS en général conçoivent l'acte d'interpréter une loi. Je présenterai aussi dans la même section la réaction de Kennedy face à cette situation, soit sa prescription que les juges reconnaissent de bonne foi que leur rôle est principalement de travailler le droit, à la façon d'un matériau, plutôt que de l'appliquer comme la première phrase d'un syllogisme capable de produire une seule conclusion par ensemble de faits. Je montrerai ensuite l'impact de cette approche sur les juristes et les citoyens en me reportant à l'œuvre de Mark Tushnet, un autre penseur CLS. Cette deuxième section résumera du même coup les arguments qui seraient opposés à une tentative (comme la mienne) de continuer à réfléchir au droit étatique une fois son indétermination acceptée. Enfin, je présenterai dans la troisième section une troisième position, celle de Roberto Unger qui cherche à établir un programme d'action.

Je mobilise Unger pour démontrer que l'indétermination du droit n'implique pas que l'ensemble du phénomène juridique est corrompu ou inutilisable s'il n'est pas accompagné d'une conception claire et sans équivoque de la vie bonne, comme le suggère Tushnet. Au contraire, Unger souligne que le travail de réflexion de ceux qui ne sont pas juges a une valeur dans la mesure où il est développé par des individus qui reconnaissent que différentes définitions de la vie bonne peuvent être rattachées au droit de l'État. En proposant qu'il est possible pour tous les juristes

d'interpréter le droit en fonction de leurs idéaux, Unger rappelle que le droit n'est pas uniquement un phénomène autoritaire, mais aussi un phénomène argumentatif et symbolique. Toutefois, comme je l'expliquerai au fil de ma présentation, ni Kennedy ni Unger ne suggèrent de solutions aptes à contraindre un juge à décider en un sens plutôt qu'en un autre. La forme de doctrine qu'Unger recommande d'écrire n'en est pas vraiment une dans la mesure où lui-même ne la considère pas comme une source potentielle de droit officiel<sup>17</sup>. Pour que les intuitions des CLS sur le rapport entre la règle et diverses aspirations puissent servir à former une théorie de la légitimité de l'interprétation, elles doivent être alliées à une définition de la nature du droit qui inclurait la doctrine d'Unger. Je propose de trouver cette nouvelle définition chez les pluralistes juridiques critiques, dont je présente le travail en fin de chapitre.

## B. Les Critical Legal Studies

### *B.1 – Le travail du matériau juridique*

Commençons par étudier la réponse de Duncan Kennedy au formalisme légal, que Kennedy décrit comme une tentative de transformer un processus de prise de décision multifactoriel en algorithme pouvant être suivi machinalement<sup>18</sup>. Si les conflits de valeurs et d'ambitions entre citoyens sont mieux résolus en considérant tous les éléments nécessaires à leur

---

<sup>17</sup> La doctrine est définie comme l'« ensemble des ouvrages dans lesquels les auteurs expliquent et interprètent le droit » et l'« opinion d'un ou de plusieurs auteurs sur une question de droit » dans Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (Wilson & Lafleur, 2015). Le type de texte suggéré par Unger est donc de la doctrine. Toutefois, l'expression renvoie aussi dans le milieu aux textes qui font autorité dans un domaine de droit et qui sont traités ainsi par les tribunaux d'un pays. Ce ne sont ainsi pas toutes les opinions et interprétations qui sont traitées de manière égale, et l'expression « doctrine » sert à distinguer les opinions fiables de celles qui appartiennent plutôt au milieu académique. En ce sens, les textes que suggèrent Unger ne constitueraient pas de la doctrine.

<sup>18</sup> Duncan Kennedy, "Legal Formality," *The Journal of Legal Studies* 2, no. 2 (1973), ci-après Kennedy 1973, p.358.

compréhension<sup>19</sup>, cette façon de procéder semble imprévisible. Il est alors jugé préférable de la réduire à un mécanisme d'application de règles<sup>20</sup>. Puisque ces règles indiquent quels faits justifient leur invocation, il est cru qu'elles génèrent des résultats facilement anticipables<sup>21</sup>. Le formalisme légal est le fruit d'un système qui donne aux législateurs le rôle d'arbitrer à distance et à l'avance des différends complexes en émettant des règles universelles et faciles d'application capables, dans la plupart des cas, de les résoudre; les juges quant à eux ont la tâche de trancher les conflits en se reportant uniquement à ces règles simples<sup>22</sup>. Il semble ainsi apte à assurer la justice dans un État libéral<sup>23</sup>, les compromis du premier ordre étant laissés aux assemblées législatives qui le convertissent en directives claires auxquelles les citoyens prévoyants peuvent se fier<sup>24</sup>.

Cependant, cette transformation serait impossible. Dans deux articles présentant des observations sur la réalité judiciaire<sup>25</sup>, Kennedy défend que les juges sont effectivement contraints par les règles de droit, qui fixent leur propre sens et le contexte dans lequel elles doivent être appliquées, mais aussi libres de se défaire d'elles par un certain travail de rhétorique et d'argumentation juridique<sup>26</sup>. « Le matériau juridique est un facteur déterminant, mais seulement en tant qu'il est combiné au travail d'interprétation, qui n'est pas une activité de connaissance, mais plutôt, consciemment ou inconsciemment, une activité stratégique »<sup>27</sup>. La nécessité de

---

<sup>19</sup> *Ibid*, p.355, 364.

<sup>20</sup> *Ibid*, p.365.

<sup>21</sup> *Ibid*, p.359.

<sup>22</sup> *Ibid*.

<sup>23</sup> *Ibid*, p.362-63, 365.

<sup>24</sup> *Ibid*, p.368, 374.

<sup>25</sup> Dans Duncan Kennedy, "Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology," *Journal of Legal Education* 36 (1986), ci-après Kennedy 1986, p.536, il dira tenter de décrire « what it feels like from the inside ».

<sup>26</sup> *Ibid*, p.527.

<sup>27</sup> Duncan Kennedy, « Une alternative phénoménologique de gauche à la théorie de l'interprétation juridique Hart/Kelsen, » *Jurisprudence: Revue critique* 1 (2010), trad. Vincent Forray et Alexandre Guigue, ci-après Kennedy 2010, p.29-30.

travailler le matériau juridique constitue la contrainte, mais le seul fait que cette option soit disponible offre la liberté de prendre des décisions qui pourraient paraître discrétionnaires. Le droit applicable à une situation se présente toujours au juge sous une forme particulière, qui paraît exiger un résultat plutôt qu'un autre<sup>28</sup>. Toutefois, cette forme peut être remodelée : cet acte risque simplement d'affecter la légitimité du juge face à ses pairs ou une Cour d'appel, alors que le choix de le prendre tel qu'il semble déjà être formé n'entraîne pas ce coût<sup>29</sup>. La réponse juridique initiale est donc potentiellement seulement provisoire. Une partie du travail du matériau consistera à présenter le droit applicable, composé d'une ou plusieurs règles, de cas illustrant l'application de ces règles ainsi que de principes juridiques et d'arguments de politique générale, comme étant indéterminé<sup>30</sup>.

Kennedy est clair qu'il serait simpliste de traiter cet exercice comme un mensonge ou une fraude: « there is no “value neutral” perspective from which we can assess the “correctness” of a report of immovability », d'une conclusion que le droit est effectivement tel qu'il semble être<sup>31</sup>. En d'autres termes, le champ légal contenant les règles, exemples et principes indiquant comment une situation devrait être régie n'existe pas à l'extérieur d'un tel travail, le résultat dans sa forme provisoire ayant été façonné lui aussi, seulement de manière préliminaire et préreflexive<sup>32</sup>. Par ailleurs, une interprétation n'est ni vraie, ni fausse; elle relève plutôt de l'habile ou du malhabile et encore, cette appréciation ne peut être offerte que par une personne ayant suffisamment d'expérience comme juriste<sup>33</sup>. Une conclusion préliminaire qui semble impossible à tordre dans

---

<sup>28</sup> *Ibid*, pp.24-25.

<sup>29</sup> Kennedy 1986, *op cit*, p.529.

<sup>30</sup> Kennedy 2010, *op cit*, p.24.

<sup>31</sup> Kennedy 1986, *op cit*, p. 547.

<sup>32</sup> Kennedy 2010, *op cit*, pp.25-26.

<sup>33</sup> Kennedy 1986, *op cit*, p. 547.

une direction nouvelle tire cette solidité autant d'une « essence » que des limitations de temps ou de talent de l'interprète<sup>34</sup>. Ceci n'indique pas que le droit est fondamentalement indéterminé : le juge est en mesure de façonner le donné juridique de manière à refléter ses préférences politiques, mais la forme finale de son argumentaire, et même ses préférences politiques, n'ont de sens qu'en relation avec le matériau d'origine et sont donc aussi influencés par celui-ci<sup>35</sup>. Mais « [q]uant à savoir s'il y a une bonne réponse au sens d'une réponse vraie et connaissable comme telle, CLS adopte la position de Kant sur la « chose en soi »<sup>36</sup> : si le concept peut être pensé, on ne peut en faire l'expérience.

Ultimement, Kennedy estime que les juges doivent développer une méthode se situant entre l'application automatique de la règle et la considération de tous les facteurs pertinents à une situation donnée<sup>37</sup>. Il souligne néanmoins être insatisfait de la technique dite proprement juridique qui consisterait à réfléchir aux institutions créées par les législatures et arbitrer les litiges à la lumière des objectifs qui ont mené à leur instauration<sup>38</sup>. Des années plus tard, Kennedy répétera que la posture du juge qui accepte la tâche de plier le matériau juridique d'après sa conception personnelle de la justice est plus éthique et donc plus légitime, que celle du juge qui se persuade que ce travail est impossible ou qui se limite à l'entreprendre sans égards à ses convictions profondes<sup>39</sup>. Cette conclusion peut être lue en conjonction avec une autre de ses recommandations, adressée cette fois aux facultés de droit, les invitant à varier la composition sexuelle, raciale et socio-économique de leur corps étudiant et, en conséquence, des barreaux américains<sup>40</sup>; un tel

---

<sup>34</sup> Kennedy 2010, *op cit*, p.26.

<sup>35</sup> *Ibid*, p.25.

<sup>36</sup> *Ibid*, p.32.

<sup>37</sup> Kennedy 1973, *op cit*, p.398.

<sup>38</sup> *Ibid*, p.396.

<sup>39</sup> Kennedy 2010, *op cit*, p.27.

<sup>40</sup> Duncan Kennedy, "Legal Education and the Reproduction of Hierarchy," *Journal of Legal Education* 32

changement mènerait éventuellement à une diversification dans les rangs des juges et à un possible changement dans l'orientation générale du droit, pour l'instant stabilisé par le fait que les magistrats partagent pour la plupart une mentalité centriste<sup>41</sup>. Elle rejoint alors un second argument des CLS selon lequel une idéologie libérale hégémonique vient artificiellement limiter les interprétations qui sont acceptées et donc limiter le sens des prescriptions juridiques. Ce dogme serait transmis aux juristes dès leur formation, les facultés servant de lieux d'acculturation à certaines notions sur le rapport entre économie, société et droit<sup>42</sup>. Ainsi, « [l]a coutume, plutôt que la raison, réduit les choix et suggère le résultat »<sup>43</sup>.

En somme, comme le résume Unger, les auteurs du mouvement s'en prennent d'abord et avant tout à l'image que le droit se fait de lui-même, à sa tentative de se définir en opposition à la lutte idéologique ouverte et manifeste<sup>44</sup>. Ils soulignent l'imperfection et même l'impossibilité d'une telle réduction du politique au strictement légal<sup>45</sup>, démontrant que les règles et les doctrines permettent des arguments et de conclusions différentes selon les interprètes et souvent contradictoires<sup>46</sup>. Puisqu'il est toujours envisageable de travailler le matériau juridique, tout juriste doit se référer plus ou moins secrètement à une conception de la vie bonne s'il souhaite éviter de se perdre dans un méandre argumentatif stérile<sup>47</sup>. Ce propos prend appui sur l'expérience vécue, celle du juge imaginée par Kennedy, ou celle des juristes, que décrit Unger: « every thoughtful law student or lawyer has had the disquieting sense of being able to argue too well or too easily

---

(1982), ci-après Kennedy 1982, p.615.

<sup>41</sup> Kennedy 2010, *op cit*, p.30.

<sup>42</sup> Kennedy 1982, *op cit*, p.595.

<sup>43</sup> Michaut, *op cit*, p.114.

<sup>44</sup> Unger 1986, *op cit*, p.9.

<sup>45</sup> Voir la première partie de Kennedy 1973, *op cit*.

<sup>46</sup> Michaut, *op cit*, p.110.

<sup>47</sup> Unger 1986, *op cit*, p.18.

for too many conflicting solutions »<sup>48</sup>. Comme l'indique Kennedy, cette indétermination vient saper une partie de la légitimité de l'État libéral qui promet l'arbitrage prévisible de ces conflits ouverts.

### *B.2 – Indétermination et « trashing »*

Deux avenues se présentent au juriste qui accepte que le droit fonctionne effectivement ainsi. D'une part, la restriction artificielle des sens possibles des règles peut sembler inévitable. Plusieurs auteurs CLS tiendront compte du rapport étroit qui existe entre le droit tel qu'il est pratiqué aux États-Unis et le libéralisme et concluront que cet outil ne peut que servir à justifier l'ordre social libéral et sa protection des plus forts et des plus fortunés<sup>49</sup>. Le droit empêcherait d'imaginer le monde par d'autres prismes que celui de l'individu autonome et d'amener un réel changement social<sup>50</sup>. Ce groupe de penseurs s'engagera donc dans un exercice de « trashing » (démolition ou saccage) visant à retirer au droit l'apparence de cohérence et de certitude qui lui confère sa légitimité. Bien que l'objectif ne soit pas que négatif, les possibilités de reconstruction paraissent distantes<sup>51</sup>. Un travail important est d'abord nécessaire pour se libérer de la croyance implicite que seul un monde libéral est possible.

Il est aussi possible comme Kennedy le suggère de débarrasser le droit de cette étroitesse, qui sert à camoufler son incohérence, en transformant les litiges juridiques en débats teintés politiquement. Néanmoins, même une fois la diversification sociale des juges qu'il encourage

---

<sup>48</sup> *Ibid*, p.7.

<sup>49</sup> Michaut, *op cit*, p.99-100. Voir aussi Tushet 1984 en général.

<sup>50</sup> Voir le résumé des diverses positions aux pp.1350-1356 de Kimberlé Williams Crenshaw, "Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law," *Harvard Law Review* (1988), ci-après Crenshaw.

<sup>51</sup> Michaut, *op cit*, p.71.



accomplie, il demeure que sa suggestion n'augmente que la légitimité des juges face à eux-mêmes. Elle n'explique en rien pourquoi ce sont eux qui sont en position d'infléchir le droit dans une direction ou dans l'autre<sup>52</sup>. Elle peut même avoir l'effet de réduire leur légitimité dans les cas où les personnes qui subissent leurs décisions ne s'entendent pas avec ceux-ci sur la définition du bien et du juste. La possibilité de voir ses ambitions ou ses besoins frustrés par un tribunal au nom de valeurs différentes des nôtres et différentes de celles imposées à nos concitoyens n'est pas rendue acceptable du fait qu'elle est, au moins, honnête.

Mark Tushnet fournit un exemple du type d'analyse qui mène à la conclusion que le « trashing » est l'option la plus viable. Tushnet croit lui aussi que les textes juridiques ne sont pas réellement en mesure de contraindre les tribunaux à décider en faveur d'une personne ou d'une autre, ceux-ci pouvant invoquer des considérations techniques<sup>53</sup> pour rejeter un argument fondé sur le droit d'une personne à obtenir un quelconque résultat<sup>54</sup>. Mais plutôt que d'examiner la situation du juge, Tushnet évalue l'impact de ce pouvoir sur les citoyens et les juristes engagés. À son avis, celui-ci fait des analyses légales et même des décisions judiciaires favorables à une cause des outils politiques qui manquent de fiabilité. Elles ne peuvent assurer une avancée sociale à long terme, seulement des victoires ponctuelles<sup>55</sup>, car celles-ci ne peuvent être reproduites que si le nouveau juge a des inclinaisons morales similaires à celles du premier juge ou s'il voit un intérêt stratégique à l'adopter en l'instance. Sans être nuisibles, les outils juridiques sont ainsi inutiles

---

<sup>52</sup> Kennedy ne mentionne pas le fait que certains juges américains sont élus et que la nomination d'autres suit des impératifs partisans puissants. Dans la mesure où plusieurs juges américains (et tous les juges canadiens) sont nommés, pour la plupart suivant une promesse implicite de simplement appliquer le droit de manière non-partisane, la question mérite toutefois d'être posée.

<sup>53</sup> Comme la mise-en-balance des intérêts ou des droits invoqués.

<sup>54</sup> Tushnet 1984, *op cit*, p.1371.

<sup>55</sup> *Ibid.*

politiquement<sup>56</sup>; encore que certains, comme le droit à la liberté d'expression, aient été particulièrement nocifs pour les mouvements sociaux dans l'histoire américaine<sup>57</sup>.

Pour cette raison, les groupes militants devraient cesser de plaider que les personnes vulnérables qu'ils souhaitent protéger ont des droits qui leur garantissent un certain traitement<sup>58</sup>. Ils gagneraient plutôt à se demander quelles conditions de vie devraient être favorisées sans traduire leurs revendications en langage juridique pouvant être utilisé devant les tribunaux<sup>59</sup>. Des droits qui semblent fondamentaux dans une société ne paraissent ainsi que parce que nous faisons l'erreur de croire que les conditions sociales, technologiques et matérielles de cette société sont aussi fondamentales<sup>60</sup>. En d'autres termes, les droits ne sont que des formulations précises et contingentes d'intérêts plus généraux; la bonne marche à suivre serait de porter attention à ces besoins et non à des méthodes toutes conditionnelles de les satisfaire. Pire encore, concevoir les actions qui permettent de satisfaire des nécessités comme le besoin de sécurité ou de communauté uniquement comme des exercices de droits officiels, assèche l'expérience humaine et la prive de profondeur<sup>61</sup>.

Selon Tushnet, ce constat peut servir de fondement à l'un de deux projets, auquel il croit en alternance suivant les jours<sup>62</sup>. Le premier est de développer une théorie complète et cohérente des intérêts humains capable d'orienter notre jugement de manière certaine lorsque viendrait le

---

<sup>56</sup> *Ibid*, p.1384.

<sup>57</sup> *Ibid*, p.1387.

<sup>58</sup> *Ibid*, p.1382.

<sup>59</sup> *Ibid*, p.1370-1371.

<sup>60</sup> *Ibid*.

<sup>61</sup> *Ibid*, p.1382. L'article de Peter Gabel, "Phenomenology of Rights-Consciousness and the Pact of the Withdrawn Selves," *Texas Law Review* 62 (1983) développe cette inquiétude en détail et explique la façon dont elle complète d'autres positions CLS comme l'indétermination du droit.

<sup>62</sup> *Ibid*, p.1384.

temps d'appliquer des règles<sup>63</sup>. Sous cet angle, le problème du droit est que les prescriptions légales tirent leur sens du contexte dans lequel ils sont invoqués et que ces contextes sont trop variés, les besoins qui sont traduits en droit trop diversifiés, pour que leur sens et leur rôle dans un conflit ouvert demeurent fixes et prévisibles. Le travail d'Habermas serait à première vue capable de déterminer et de hiérarchiser les besoins humains de manière à permettre un traitement efficace et juste de tout type de demande. Toutefois, une telle tâche est peut-être simplement impossible<sup>64</sup>.

Tushnet nomme la seconde option qu'il considère « oppositionnisme » : elle consiste à refuser de fournir un programme positif ou de proposer un plan de la société idéale, mais à se cantonner à rejeter le statu quo et l'idée que les droits, qui ne protègent pourtant par les personnes dans ce qu'elles ont de plus vulnérable, représentent le meilleur des mondes qui nous soit accessible<sup>65</sup>. Une des façons de dénoncer l'incapacité du droit américain à traduire l'expérience humaine et à assurer la justice est de prouver aux juristes et au grand public qu'il est déficient, en exposant aussi souvent que possible ses failles dans des articles universitaires. Une analyse critique révélera qu'un domaine de droit est susceptible d'être régi, selon les auteurs et les décideurs, autant par des règles strictes que par des standards généraux qui autorisent de s'écarter des premières; les seconds par ailleurs, se justifient par leur lien à des idéaux incompatibles (l'altruisme et l'individualisme, par exemple) se manifestant selon les situations dans la rhétorique argumentative. Les acteurs du droit sont donc déchirés les uns les autres, mais aussi en leur for intérieur, entre des conceptions inconciliables de la société, de l'humanité et de la vie bonne<sup>66</sup>.

---

<sup>63</sup> *Ibid*, p.1394-1395.

<sup>64</sup> *Ibid*, pp.1396-1397. Tushnet explique que chaque fois qu'un intérêt humain absolu et fondamental est identifié, par exemple l'intérêt qu'a tout humain à être nourri, il est possible d'identifier une situation, comme une grève de la faim, dans laquelle certains humains choisissent de faire primer d'autres intérêts sur le premier, qui ne serait ainsi pas fondamental.

<sup>65</sup> *Ibid*, p.1398.

<sup>66</sup> Duncan Kennedy, "Form and Substance in Private Law Adjudication," *Harvard Law Review* 89 (1975), ci-après Kennedy 1975, p.1685.

Puisque ces conceptions influencent l'application des règles de droit, celles-ci mèneront à des résultats discordants et le régime de droit sera incapable de garantir quoi que ce soit aux citoyens.

Il faut noter qu'alors que Kennedy pense que les inclinaisons politiques déterminent le droit autant que le droit détermine les inclinaisons politiques, Tushnet considère que le droit n'est même pas susceptible de servir de point de départ ou de facteur structurant dans un débat à caractère idéologique<sup>67</sup>. Il rejette ainsi l'idée de Kennedy que le droit se présente souvent sous une certaine forme si un travail juridique n'est pas accompli et que les contraintes de temps, de ressources et de compétences favorisent l'adoption d'une telle lecture *prima facie*. Non seulement le matériau n'astreint-il pas autant que les formalistes voudraient le croire, il n'offre aucune résistance. Cette conception de l'interprétation est particulièrement à risque de mener à un désinvestissement. Comme l'explique Unger, les CLS qui partagent la position de Tushnet

... would like to believe that it hardly matters who wins and loses in the politics of the state and codifies political triumphs as law. Once the law gets into the hands of the interpreters – so they imply – everything will begin from scratch as if nothing has happened before.<sup>68</sup>

Sans pouvoir débattre longuement de cette différence, je noterai simplement que je me range sur ce point du côté de Kennedy et d'Unger, qui souligne le caractère artificiel de cette lecture du rapport entre le travail interprétatif et le travail législatif : « We cannot, just by saying so, turn a political defeat into a word game »<sup>69</sup>. Par ailleurs, celle-ci n'est pas clé puisque le raisonnement de Tushnet révèle que la réponse de Kennedy encourage aussi un désinvestissement. Les tribunaux continueront de rendre des décisions teintées par les préférences politiques des

---

<sup>67</sup> Tushnet, *op cit*, p.1375.

<sup>68</sup> Roberto Mangabeira Unger, *What Should Legal Analysis Become?* (Verso, 1996), ci-après Unger 1996, pp.121-122.

<sup>69</sup> *Ibid.*

juges, même si ces préférences sont en partie orientées par la règle. La conclusion de Kennedy qu'un juge a une obligation morale de travailler le droit positif à l'aune de sa conception du juste, de manière transparente, ne fournit aucune consolation lorsque vient le temps de penser à la légitimité d'un régime entier dans une perspective systémique. Elle ne sert par ailleurs en rien le citoyen qui peut avoir une définition différente de la justice et qui n'a certes pas l'opportunité de faire un tel exercice pour lui-même. La seule attitude logique semble donc être celle de Tushnet qui encourage les citoyens comme les juristes militants à cesser de tenter de convaincre les tribunaux que leur suggestion de travail du matériau juridique devrait être acceptée alors que l'expérience montre qu'elle l'est rarement<sup>70</sup>.

### *B.3 – Unger et la doctrine déviationniste*

Roberto Unger présente toutefois une troisième option de réponse à la remise en question du formalisme légal, le développement de ce qu'il nomme une doctrine déviationniste. Dans la prochaine section, je résumerai la position d'Unger afin de découvrir les facteurs qui motivent son choix d'encourager la cohabitation d'une multitude d'interprétations du droit rattachées à différents idéaux. J'expliquerai par la suite en quoi mon projet se distingue du sien, qui s'appuie sur une conception beaucoup plus ambitieuse des possibilités qu'offre la doctrine légale.

Selon Unger, le mouvement CLS a pour seconde cible l'objectivisme légal, soit la croyance que le droit contient en germe une architecture politico-sociale particulière, un ordre moral unique, pouvant être identifié par analyse inductive<sup>71</sup>. Le « génie » du droit contemporain est qu'il protège

---

<sup>70</sup> Notons que l'avertissement de Tushnet s'étend même au travail académique qui dépasse pourtant l'application du droit pour suggérer de nouveaux modèles de règles, comme en témoigne son commentaire sur le travail d'un collègue juriste, David A.J. Richards : voir Tushnet 1984, *op cit*, p.1375.

<sup>71</sup> Unger 1986, *op cit*, p.2.

les droits individuels tout en assurant l'existence de conditions de vie qui permettent leur pleine réalisation<sup>72</sup>. L'idée que seul un arrangement institutionnel (le nôtre) peut garantir la coexistence harmonieuse de ces deux éléments menace toutefois l'adaptabilité du droit et, à terme, sa capacité à maintenir cet équilibre. Ainsi, la résolution du problème de la légitimité de l'interprétation offerte par Dworkin, qui invite les juristes à traiter l'ensemble des règles, pratiques et institutions de droit comme servant à exprimer une seule vision morale, serait bien pire, dans ses effets, que le formalisme légal<sup>73</sup>. Elle serait particulièrement populaire car elle produit des arguments juridiques modestes, capables d'être repris immédiatement par des juges et donc susceptibles à court terme de mener le droit dans une direction jugée favorable par ses auteurs, mais aurait l'effet pervers de convaincre ces derniers que les règles ou pratiques qu'ils prenaient pour acquises par choix stratégique doivent en fait être protégées, étant rattachées de manière forte à un idéal qui ne devrait pas être délogé : Unger nomme ce phénomène la fétichisation du droit<sup>74</sup>. Elle causerait de plus l'élimination de règles ou de pratiques qui ont une grande valeur, mais qui sont perçues comme des anomalies puisqu'elles semblent refléter des idéaux divergents<sup>75</sup>.

Ainsi, Unger croit que la coexistence d'une variété d'opinions politiques est bénéfique au droit. Contrairement à Tushnet, il ne considère pas qu'une hiérarchie absolue des besoins humains est nécessaire pour faire œuvre utile du droit; au contraire, cette idée de classification exhaustive serait néfaste et limitative. L'analyse légale doit plutôt permettre d'explorer les différentes formes institutionnelles capables d'assurer l'équilibre entre la protection des droits et celle des conditions

---

<sup>72</sup> Unger 1996, *op cit*, p.26.

<sup>73</sup> Car Unger fustige ce qu'il nomme l'analyse légale rationalisante (« rationalizing ») qu'il décrit, sans l'associer explicitement à Dworkin, comme découlant du précepte selon lequel « Legal analysis has two jobs: to recognize the ideal element embedded in law, and then to improve the law and its received understanding », dans *Ibid*, pp.36-37. Cette description reprend clairement les deux croyances qui motivent selon Dworkin l'approche interprétative au droit : voir Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Belknap, 1986), ci-après Dworkin, p.47.

<sup>74</sup> Unger 1996, *op cit*, p.39-40.

<sup>75</sup> *Ibid*.

de vie qui leur donnent un sens<sup>76</sup>. Elle offrirait alors l'opportunité de repenser par étapes la majeure partie des règles et des institutions d'un régime de droit, pour l'instant préservée de toute remise en question par la méthode préconisée par Dworkin. Mais même cette dernière pourrait être améliorée si les auteurs de doctrine laissaient de côté la prétention qu'ils identifient *la* forme sociale *immanente* dans le droit, reconnaissant plutôt qu'il s'agit d'*une* forme sociale *compatible* avec celui-ci. Cette prise de conscience des juristes les empêcherait de traiter une conception des besoins humains ou de la vie bonne comme étant la seule qui mérite considération. Ainsi, même des changements modestes seraient les bienvenus. La doctrine peut demeurer similaire et évaluer la relation entre des règles et des idéaux, suggérant des réformes des premiers au nom des seconds, dans la mesure où ses auteurs ne commettent pas l'erreur de croire que leurs lectures soient les seules viables<sup>77</sup>. Le développement de cette autre forme d'analyse légale est toutefois limité par un choix stratégique présenté comme inévitable.

Ce mémoire prend appui sur ce rapport particulier qu'entretient Unger avec la multiplicité des discours éthiques, car même si nous laissons de côté la question de l'efficacité, en termes politiques, d'une affirmation aussi forte que celle selon laquelle une classification exhaustive et autoritaire des biens de la vie humaine a été identifiée, l'approche de Tushnet reste problématique. Il n'est pas évident que le modèle de société idéale ainsi découvert trouverait sa pleine expression dans le droit d'un groupe tel qu'il existe déjà. Inviter les juristes à penser que ce dernier mènerait à l'utopie s'il était seulement interprété de la façon correcte peut conduire au fétichisme. Plutôt, le droit souffrirait actuellement du fait qu'un groupe important de gens croit réellement que la combinaison particulière des droits individuels dans leur forme actuelle et du libre marché

---

<sup>76</sup> *Ibid*, p.29.

<sup>77</sup> Ou celle de croire que le commentaire doctrinal soit la meilleure façon de faire évoluer le droit : Unger 1986, *op cit*, p.18.

représente le meilleur que l'on puisse espérer. Unger accorde donc une grande valeur à la diversité de lectures possibles du droit positif d'un groupe. Il ne la traite pas comme un problème à mitiger, mais comme une source d'idées pour redonner sa vigueur au discours juridique.

Si cette perspective ressemble à celle de Kennedy, elle s'en distingue sur un point-clé. Comme l'explique le juriste Jesse Wall, Kennedy et Unger attribuent un rôle différent aux conceptions de la vie bonne. Pour Kennedy, si un métaprincape ne peut être trouvé, l'interprétation doit simplement être réalisée dans un certain désordre<sup>78</sup>. L'absence de métaprinicipes est hasardeuse pour Unger pour une autre raison; spécifiquement, car elle laisse place à un vide qui se menace de se remplir d'une seule vision d'un arrangement social optimal, ce qui limiterait les possibilités de développement du droit<sup>79</sup>. La diversité des modèles en compétition est donc un avantage. Le désordre n'a ni à être éliminé ni à être maximisé jusqu'au chaos : il doit plutôt être entretenu.

En somme, Unger encourage un pluralisme des conceptions du droit évitant le problème de fétichisation, en plus d'être plus à même d'accommoder la multiplicité de croyances des sociétés occidentales contemporaines. Il propose une « approche humble » à l'analyse légale traditionnelle comme point de départ pour réimaginer les institutions du droit. La valeur de ce travail se trouve surtout dans les possibilités qu'il ouvre à long terme : il doit mener non seulement à une réimagination des sens des textes juridiques, mais à une réimagination des principes et des textes juridiques eux-mêmes. La difficulté de concevoir l'utilité de telles réflexions pour des avocats ou des juges n'est pas une barrière au projet, de l'avis d'Unger : les contraintes institutionnelles qui limitent actuellement l'opération du droit n'ont pas à être prises en

---

<sup>78</sup> Jesse Wall, "Raz and Kennedy on Legal Indeterminacy," *Australian Journal of Legal Philosophy* 42 (2017), p.187.

<sup>79</sup> *Ibid*, p.188.



considération par ceux qu'elles n'affectent pas, comme les universitaires<sup>80</sup>. Toutefois, ceci indique que ce travail ne sera d'aucune pertinence pour les individus ou les groupes qui espèrent obtenir un jugement en leur faveur.

Je prends appui sur l'œuvre d'Unger puisque je souhaite développer une théorie qui comme la sienne, prend acte de la malléabilité du matériau juridique en soulignant sa capacité potentielle à libérer les écrits des juristes (et potentiellement, les arguments des citoyens) et à permettre la cohabitation de différentes conceptions de la vie bonne dans un même ordre légal. Je proposerai toutefois une forme alternative de doctrine déviationniste qui serait en mesure de restreindre les interprétations des officiers de l'État. Cette doctrine se distinguerait de celle suggérée par Unger en ce qu'elle serait beaucoup moins ambitieuse, se cantonnant à des interprétations de textes de droit positif qui laisseraient ceux-ci et les institutions de l'État intacts. Je trahis donc en partie son programme: bien qu'une telle approche ne puisse causer l'enracinement de conceptions particulières de la vie bonne, elle pourrait mener à la fétichisation des mêmes règles et des institutions par lesquelles elles sont appliquées. Je m'inspire simplement de la valorisation de la diversité des lectures possibles d'un corpus de normes en me restreignant à une tâche d'envergure moindre: construire une théorie de la légitimité de l'interprétation dans un contexte d'indétermination du droit. Pour ce faire, je devrai allier les positions CLS à une définition de la nature du droit selon laquelle des interprétations suivant certains idéaux peuvent être dues à des citoyens ordinaires. Ces idéaux, incompatibles entre eux, devront à la fois « faire partie » du droit, tout en relevant du citoyen plutôt que de l'officier de l'État. Comme il fut expliqué en introduction, cette définition serait fondamentalement pluraliste, ce qui permettra le développement de doctrines déviationnistes, au pluriel.

---

<sup>80</sup> Unger 1986, *op cit*, p.19.

### C. Le pluralisme juridique

L'école du pluralisme juridique est elle aussi née dans les années 1980. Elle rassemble des auteurs qui sont unis par la conviction que tout champ social, tout segment de société organisé par une activité ou une identité commune, est dans les faits régi par plus d'un ordre normatif, chaque ordre étant alors dit « juridique ». Des anthropologues étudiant la situation légale de peuples colonisés, dont les règles et la procédure légales reflètent à la fois des principes de droit autochtone et des principes tirés du droit étranger qui leur est imposé<sup>81</sup>, considèrent que la greffe d'un système légal à un contexte socioculturel différent de celui qui l'a vu naître<sup>82</sup> mène au pluralisme juridique. D'autres recherches démontrent que dans ces conditions, des pans entiers de population vivent à l'abri des interventions de l'État colonial, s'organisant plutôt par des normes informelles, mais efficaces. Ce pluralisme dit socioscientifique ou classique examine la façon dont les institutions importées entrent en rapport avec les coutumes qui existent déjà ou émergent en réaction à celles-ci<sup>83</sup>.

Ces études mènent ensuite à une remise en question de la définition du droit et de son rapport à l'État. Les relations entre les États des pays occidentaux et les groupes qui leur sont soumis semblent aussi mériter d'être interprétées comme créant des systèmes ou traditions juridiques pluriels<sup>84</sup>, et les travailleurs de l'industrie du textile de New York apparaissent au côté des peuples de Tanzanie dans les revues d'anthropologie du droit<sup>85</sup>. Le pluralisme dit nouveau

---

<sup>81</sup> Merry, *op cit*, p.869.

<sup>82</sup> Voir la définition offerte par M.B. Hooker, dans *Ibid* p.871.

<sup>83</sup> *Ibid*, p.872.

<sup>84</sup> *Ibid*.

<sup>85</sup> Ces deux groupes sont le sujet d'études de l'anthropologue Sally Moore : voir John Griffiths, "What Is Legal Pluralism?," *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 18, no. 24 (1986), ci-après Griffiths, p.30. Il est important de noter que deux décennies plus tard, Griffiths a renoncé à l'idée de traiter toute forme de contrôle social comme du droit, puisqu'alors que le concept de contrôle social est bien défini et peut être étudié, le concept de droit est un terme de juristes qui n'est compréhensible qu'en lien avec leurs préoccupations et activités : voir "The Idea of Sociology of Law and Its Relation to Law and to Sociology," in *Law and Sociology*, ed. Michael Freeman

soutient alors que toute société présente une multiplicité d'ordres juridiques, qui peuvent s'ignorer, se compléter ou se faire concurrence<sup>86</sup>. Selon John Griffiths, auteur de l'un des premiers articles défendant l'approche intitulé « What is Legal Pluralism? », « legal pluralism is a universal feature of social organization »<sup>87</sup>. Ces ordres juridiques régulent des sphères sociales dites semi-autonomes, car elles sont suffisamment isolées pour permettre des procédures et des vocabulaires distincts tout en restant perméables, susceptibles d'être influencées par d'autres ordres juridiques, notamment le droit étatique, qui occupe souvent un rôle prépondérant<sup>88</sup> : « The outside legal system penetrates the field but does not dominate it; there is room for resistance and autonomy »<sup>89</sup>. Les travaux contemporains sur le pluralisme légal considèrent autant le fonctionnement des corps policiers hybrides que la corruption, l'interaction entre l'État et les agences internationales de certification que l'existence de tribunaux informels mis en place par des organisations non gouvernementales<sup>90</sup>.

Les pluralistes juridiques se soucient pour la plupart peu d'identifier la « nature » du droit qu'ils décrivent. Ils préfèrent reconnaître que leurs études ne sont que des prises de vue partielles du phénomène et qu'il convient de respecter les possibilités de variance<sup>91</sup>. Certains œuvrent probablement en se référant à une notion préphilosophique du concept. Toutefois, en insistant sur le fait que certaines caractéristiques ne sont pas nécessaires pour qu'il y ait bien du droit, les

---

(Oxford University Press, 2006).

<sup>86</sup> Merry, *op cit*, p.870; voir aussi Griffiths, *op cit*, p.39.

<sup>87</sup> *Ibid*, p.38.

<sup>88</sup> Merry, *op cit*, p.874.

<sup>89</sup> *Ibid*, p.878.

<sup>90</sup> Voir le volume 45 (2013) du *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*.

<sup>91</sup> Sanne Taekema et Wibren van der Burg, "Towards a Fruitful Cooperation between Legal Philosophy, Legal Sociology and Doctrinal Research: How Legal Interactionism May Bridge Unproductive Oppositions " dans *Law, Society, and Community : Socio-Legal Essays in Honour of Roger Cotterrell*, ed. Roger Cotterrell, Richard Nobles et David Schiff (Routledge, 2017), ci-après Taekema et van der Burg, p.138.

pluralistes présentent des observations au moins négatives sur la nature de celui-ci. Plus précisément, ils s'opposent à deux thèses. Une version faible des pluralismes classique comme nouveau nie que l'État crée des prescriptions cohérentes pour réguler de manière claire et non équivoque un champ social donné<sup>92</sup> et entreprend de démontrer que des normes issues de diverses traditions peuvent régir un même champ social selon la situation ou les personnes impliquées<sup>93</sup>. La présence de coopératives dans un régime de droit par ailleurs capitaliste serait alors un exemple de pluralité juridique<sup>94</sup>. Le pluralisme fort, quant à lui, veut en sus faire mentir l'idée que seul l'État est pourvoyeur de droit<sup>95</sup>, le centralisme légal étant, selon Griffiths, l'« idéologie » dominante dans le domaine<sup>96</sup>. S'en tenir aux divergences dont on peut postuler qu'elles n'existent que parce qu'ils sont tolérés par un gouvernement ne suffit donc pas.

Hassan Abdelhamid offre une seconde classification des pluralismes, accompagnée d'une généalogie différente. Selon lui, ce concept aurait évolué de l'intérieur même du droit occidental, en quatre étapes<sup>97</sup>. Le premier à être accepté dans le monde juridique aurait été le pluralisme des sources, une théorie résultant de la concession que la jurisprudence, la coutume et la doctrine s'ajoutent à la législation pour déterminer le droit<sup>98</sup>. Le second proviendrait d'une variation dans le contenu des lois qui sont adoptées pour créer des régimes d'exception à l'intérieur de domaines conçus comme fondamentaux et tenus pour capables de se développer de manière purement

---

<sup>92</sup> Griffiths, *op cit*, p.3-4.

<sup>93</sup> Brian Z Tamanaha, "The Folly of the "Social Scientific" Concept of Legal Pluralism," *Journal of Law and Society* 20, no. 2 (1993), ci-après Tamanaha 1993, p.202.

<sup>94</sup> Merry, *op cit*, p.878.

<sup>95</sup> Tamanaha 1993, *op cit*, p.203. Notons que le pluralisme fort est aussi nommé pluralisme radical, et le pluralisme faible, pluralisme atténué : Ghislain Otis, « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique, » dans *Méthodologie du pluralisme juridique*, ed. Ghislain Otis (Paris: Éditions Karthala, 2012), p.11.

<sup>96</sup> Griffiths, *op cit*, p.8.

<sup>97</sup> Hassan Abdelhamid, "Les paradigmes postmodernes et la démarche pluraliste dans la recherche juridique," dans *Méthodologie du pluralisme juridique*, ed. Ghislain Otis (Éditions Karthala, 2012), ci-après Abdelhamid, p.150.

<sup>98</sup> *Ibid*, p.151. Notons que cette forme de « pluralisme » est à peine notée comme telle aujourd'hui.

logique, comme le droit des contrats ou le droit de la responsabilité civile. Abdelhamid nomme cette seconde étape la socialisation du droit, puisqu'elle est le fruit d'une tentative de promouvoir la solidarité à l'ère industrielle<sup>99</sup>. Elle a pour effet de mettre fin à l'uniformité des solutions juridiques<sup>100</sup>. La troisième phase daterait de l'apparition d'une variété d'institutions ayant toutes l'ambition de se gouverner elles-mêmes par le droit<sup>101</sup>, toutes reconnues par l'État car constituées en vertu de la liberté d'association<sup>102</sup>. Ces entités injectent de nouvelles normes dans le corpus de textes et des pratiques juridiques admises comme telles par l'État. Ces trois formes de pluralisme sont toutes des formes faibles, car elles provoquent une variation dans le droit étatique. La quatrième variante est le pluralisme fort que j'ai déjà présenté, qui remet en question le centralisme étatique<sup>103</sup>.

La généalogie proposée par Abdelhamid permet de mieux comprendre la pertinence des théories du pluralisme juridique pour une étude portant sur l'indétermination du droit. Elle s'aligne avec la remarque d'Unger que la tâche des juristes semblait bien définie et capable d'être remplie aux États-Unis au XIXe siècle, le pays ayant alors récemment fait le choix d'organiser son droit à autour d'une conception particulière de la vie sociale<sup>104</sup>. Il était alors effectivement possible de développer une doctrine cohérente et systématique, structurée logiquement à partir d'une observation des règles et des institutions centrales de l'État et du marché<sup>105</sup>. L'introduction de

---

<sup>99</sup> *Ibid*, p.152.

<sup>100</sup> *Ibid*.

<sup>101</sup> Abdelhamid mentionne les associations et les corporations privées à titre d'exemple. Les agences administratives et parapubliques seraient plutôt le fruit de la seconde vague de pluralisme, la socialisation du droit.

<sup>102</sup> *Ibid*, p.153.

<sup>103</sup> *Ibid*, p.154.

<sup>104</sup> Unger 1986, *op cit*, pp.5, 11; voir une explication alternative, mais similaire dans Roderick A Macdonald, "L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées," *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 33, no. 1-2 (2002), ci-après Macdonald 2002, p.140.

<sup>105</sup> *Ibid*, p.11.

principes tirés de sources diverses dans le droit a détruit cette équation accidentelle et discrédité la technique qui l'exploitait. Les interprétations de règles sont devenues plus incertaines, plus susceptibles de mener, dans les mains d'une variété de juristes, à des résultats différents. En d'autres termes, le pluralisme toléré ou même provoqué par l'État conduit à la situation décrite par Kennedy. Qu'il découle de la fusion de pratiques de plusieurs groupes qui étaient jusqu'alors relativement homogènes, ou de celles de diverses factions d'un groupe relativement hétérogène, les juristes se retrouvent avec un corpus de règles sans métaprinicipes pour orienter le travail consistant à les interpréter pour les appliquer<sup>106</sup>.

Cette généalogie me permet aussi d'introduire une dernière forme de pluralisme, le pluralisme critique, que j'étudierai dans ce mémoire. Selon le juriste canadien Roderick Macdonald, à qui j'emprunte l'expression, la théorie légale classique tend à définir le droit de manière exclusive, et l'être humain est l'un des éléments écartés du phénomène. Celui-ci est réduit au statut de « sujet de droit »<sup>107</sup>, alors qu'il serait plus exact de reconnaître qu'au contraire

Legal subjects are not just law-obeying or law-abiding. They are law-creating, generating their own legal subjectivity and establishing legal order as a knowledge process for symbolizing inter-subjective conduct as governed by rules<sup>108</sup>.

L'ordre légal est approprié par ceux qui en relèvent, qui y voient un registre de termes pour penser la conduite humaine et lui conférer un sens. Chaque individu confronté à une règle développe une idée de sa justesse et de son impact positif ou négatif sur la société en général. Le rapport que chaque personne entretient avec les normes serait par ailleurs la relation la plus

---

<sup>106</sup> On peut imaginer que ces histoires présentent un passé plus harmonieux qu'il ne l'était, ce qui n'empêche pas d'accepter leur description du moment présente, qui importe plus.

<sup>107</sup> Roderick A Macdonald, "Custom Made—for a Non-Chirographic Critical Legal Pluralism," *Canadian Journal of Law and Society/La Revue Canadienne Droit et Société* 26, no. 2 (2011), ci-après Macdonald, p.310.

<sup>108</sup> *Ibid.*

essentielle dans une société de droit; plus importante que la relation entre les textes et l'autorité qui les édicte ou celle qui les applique. En d'autres termes, la capacité du citoyen à manier le droit comme registre symbolique pour penser sa conduite serait clé : le pluralisme critique doit donc construire sa théorie à partir de la figure du prétendu « sujet » de droit<sup>109</sup>. La version "critique" du pluralisme critique se distingue des autres puisqu'elle cherche à contrer la tendance à réifier le droit des communautés<sup>110</sup>. Les travaux qui en relèvent sont néanmoins utiles pour les pluralistes de tout acabit puisqu'ils permettent de penser l'interaction entre les divers ordres juridiques qui régissent des situations similaires : ceux-ci se « rencontrent » dans les imaginaires des individus qui se sentent interpellés par eux et entreprennent d'y naviguer. Le procédé d'appropriation que décrit Macdonald peut se dérouler à l'occasion de l'application informelle de normes coutumières comme il peut prendre place dans le cadre d'un régime de droit hyperstructuré créé par un État.

Robert Cover est l'un des autres rares théoriciens pluralistes qui conceptualisent les ordres juridiques qui se développent à partir de règles promulguées par l'État, bien qu'il ne se soit jamais accolé cette étiquette<sup>111</sup>. Dans « Nomos and Narrative », il argumente que le sens du droit n'est pas limité à sa capacité à trancher des litiges et orienter des décisions ponctuelles: il doit, pour être significatif, fournir des images du passé et du futur, une histoire pour comprendre le lien les unissant<sup>112</sup>. Cover considère pour cette raison qu'il est erroné de parler de droit: l'on devrait plutôt parler de monde ou d'univers juridique, de *nomos*. Les nombreuses façons de faire sens des

---

<sup>109</sup> Abdelhamid, *op cit*, p.162.

<sup>110</sup> Martha-Marie Kleinhaus et Roderick A Macdonald, "What Is a Critical Legal Pluralism?," *Canadian Journal of Law and Society/La Revue Canadienne Droit et Société* 12, no. 2 (1997), ci-après Kleinhaus et Macdonald, p.31.

<sup>111</sup> Emmanuel Melissaris, "The More the Merrier? A New Take on Legal Pluralism," *Social & Legal Studies* 13, no. 1 (2004), ci-après Melissaris, p.65.

<sup>112</sup> Robert M Cover, "Foreword: Nomos and Narrative," *Harvard Law Review* 97 (1983), ci-après Cover 1983, p.5.

prescriptions d'un groupe ne sont réglementées par aucune autorité<sup>113</sup> : une multiplicité d'interprétations sont donc offertes au quotidien.

Je choisis d'étudier le pluralisme critique car il est le plus à même de permettre le développement d'une théorie de la légitimité de l'interprétation des lois de l'État. Les auteurs qui réfléchissent aux phénomènes relevant de la légalité informelle tendent à laisser de côté les problèmes liés aux textes officiels et aux personnes responsables de leur application. Ils préfèrent offrir des théories alternatives à celles qui analysent uniquement ces derniers. Mais le choix de considérer les institutions de l'État ne ramène certes pas les pluralistes critiques à une conception moniste du droit. Au contraire, leur insistance sur la capacité des individus à s'appropriier et réimaginer les normes, à discuter de leur sens et à réévaluer leur portée, permettrait de dépasser la vision formaliste et technique du droit remise en question par les travaux des CLS.

Ainsi, je fais à nouveau le choix d'utiliser des textes d'auteurs ayant entrepris de se distancier du droit de l'État, pour mieux m'en rapprocher. En l'occurrence, ceci me semble exigé par ma décision initiale de réfléchir à une des thèses des CLS. Simplement souligner l'existence de régimes de droit alternatifs à celui de l'État ne suffit pas à dissoudre le problème que les CLS identifient, ne change rien à leurs arguments que le droit est indéterminé et que seules des influences libérales refoulées lui fournissent stabilité et cohérence. Les CLS considéreraient peut-être qu'étudier et critiquer le fonctionnement interne des multinationales, par exemple, est un travail utile. Néanmoins, puisque le droit étatique est le plus complet, exhaustif et institutionnalisé de tous, le plus insistant quant à sa rationalité et sa capacité à justifier et contraindre la violence de tous les acteurs sociaux, il est légitimé de leur part de s'en tenir à démontrer que le droit *étatique*

---

<sup>113</sup> *Ibid*, pp.17-18.



échoue à remplir la tâche qu'il se donne.

Pour des raisons similaires, il m'apparaît pertinent d'évaluer si le droit étatique peut fonctionner d'une façon qui serait plus qu'honnête, une fois l'argument de l'indétermination accepté. Le respect de normes importantes selon certains individus pourrait certainement contribuer à améliorer la vie de ceux-ci, et il est indéniable qu'un droit informel serait facile à développer dans un petit groupe dont les membres partagent les mêmes valeurs et intérêts et sont unis par la confiance. Mais dans la mesure où un retrait des structures de l'État n'empêcherait pas celles-ci d'opérer efficacement, il est possible de craindre que l'idéal pluraliste ne mène qu'à la création d'un monde agréable dans les marges du droit étatique.

#### D. Conclusion

Mon projet prend pour point de départ deux thèses descriptives: celle de Kennedy selon laquelle le droit peut générer des réponses contradictoires à une même question et celle des pluralistes sur la présence d'éléments d'origines diverses dans un même système juridique. Bien qu'il soit relativement facile de rendre ce dernier plus transparent quant à son mode de fonctionnement, il n'est pas clair qu'il soit possible d'offrir aux citoyens une façon de contraindre le juge dans un tel contexte, ce qui semble condamner à un désinvestissement des institutions de l'État. Les textes d'Unger nous aiguillent toutefois vers une solution; développer une méthode d'interprétation du droit qui tolérerait l'invocation de métaprinipes variés, mais susceptibles d'être considérés comme légitimes ou illégitimes dans des situations précises. Cette méthode permettrait alors d'évaluer la justesse d'une décision donnée.

Ce travail n'est possible que si l'on adopte une théorie de la nature du droit qui accepte que celui-ci est pluriel, plutôt qu'une théorie qui estime que la diversité est une menace à l'existence

même du phénomène<sup>114</sup>. Cette théorie est le pluralisme juridique dans sa forme critique, c'est-à-dire dans une forme qui insiste sur la diversité dans les *nomos* et qui reconnaît donc le rôle que jouent les écrits doctrinaux dans la constitution du droit. Celle-ci permet de rattacher les thèses pluralistes au phénomène de l'interprétation juridique.

---

<sup>114</sup> Ce projet est inspiré en partie par la réponse du juriste Ben Golder aux théoriciennes féministes qui concluent qu'il serait dommageable de renforcer le pouvoir des juristes de définir le sujet « Femme » en s'engageant à réformer le droit pour améliorer les conditions de vie de certaines femmes; il souligne que cette position reproduit le réflexe positiviste de réduire le droit à ses institutions et ses textes. La déconstruction de la notion même de droit permettrait de mieux comprendre les possibilités de réformes féministes, alors que l'acceptation de la définition moderne du phénomène expliquerait le choix de se désengager complètement de celui-ci : voir Ben Golder, "Rethinking the Subject of Postmodern Feminist Legal Theory," *Southern Cross University Law Review* 8 (2004).

## Chapitre 2 – Le concept de droit

### A. Introduction

Il me faut maintenant expliquer comment le pluralisme critique permettrait une forme de doctrine pouvant contraindre les juges. Accepter ses thèses sans plus de travail peut nous ramener directement à la position de Kennedy, selon laquelle il est plus honnête pour ceux-ci d'appliquer le droit en fonction de leurs idéaux. Toutefois, aucune interprétation particulière ne serait alors due à un citoyen. Je dois donc développer une conception pluraliste critique de la nature du droit qui permet d'imaginer que le raisonnement juridique d'une personne ordinaire puisse contraindre un officier de l'État; de la même façon que la règle de droit aurait une prise sur ce dernier si le formalisme juridique décrivait adéquatement son travail. Ceci me mènera à traiter d'un des débats les plus importants en philosophie du droit, celui portant sur la nature du droit.

L'objet de ce deuxième chapitre est de démontrer que les pluralistes critiques identifient certaines caractéristiques fondamentales qui distinguent du vrai droit de phénomènes qui n'en sont pas réellement. Toutefois, bien que plusieurs auteurs se soient attardés à décrire ses grands principes, la position pluraliste forte est marquée par une incapacité à articuler une définition claire du droit qui discrimine de manière raisonnablement certaine entre les phénomènes qui en sont et ceux qui n'en sont pas. Les pluralistes invitent plutôt à considérer qu'il n'existe pas de modèle unique et que diverses manifestations du droit peuvent présenter des caractéristiques contradictoires. Par ailleurs, leurs observations peuvent sembler très détachées des sujets traditionnellement étudiés en philosophie du droit, dont le problème de l'interprétation des règles écrites que je considère.

Pour traduire leurs positions en des termes qui les rendent susceptibles de contribuer à ma

réflexion, j'introduirai l'une des lignes de tension de la philosophie du droit, le clivage fondamental de la jurisprudence analytique, la division entre l'approche positiviste et l'approche de droit naturel (B). Cet aperçu me semble essentiel pour mettre en contexte les positions qui seront étayées et comparées dans les dernières sections du chapitre. Par ailleurs, puisque Macdonald et Cover étudient la vie des normes de l'État, ils peuvent s'en remettre à une définition très conventionnelle pour établir les phénomènes qui seront interprétés. Ensuite, je soulignerai les éléments des théories de Macdonald et Cover qui sont similaires aux idées de Ronald Dworkin (C), qui a étudié en profondeur le problème du rapport entre les règles et les principes moraux d'une communauté. Je présenterai aussi ceux qui s'en distinguent, principalement l'insistance des pluralistes que les principes moraux qui orientent les décisions judiciaires ne peuvent être contrôlés par des juges (E). Enfin, je considérerai comment ces éléments se transposent à l'identification d'une interprétation légitime au troisième chapitre.

## B. Qu'est-ce que le droit?

Avant de modéliser une théorie du droit de l'État selon les pluralistes, je souhaite présenter les grandes lignes d'un débat qui a donné sa forme aux textes que je considère dans ce chapitre, qui oppose les positivistes et les anti-positivistes. Celui-ci concerne l'identification des éléments fondamentaux de la pratique juridique qui semble à cheval entre deux modes de fonctionnement, l'un plus autoritaire, l'autre plus argumentatif. Bien que la réflexion philosophique mène souvent à défendre des arguments ne pouvant être falsifiés, soulever qu'une thèse sur la nature du droit s'éloigne trop des intuitions sur le phénomène ou omet des éléments importants de celui-ci peut servir à la réfuter<sup>115</sup>. Le seul fait qu'il y ait un accord populaire sur une réponse ne suffit pas à

---

<sup>115</sup> Danny Priel, "Jurisprudence and Necessity," *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 20, no. 1

trancher la question<sup>116</sup>, mais il est possible d'opposer à une personne qu'elle développe une théorie qui est complètement hors sujet<sup>117</sup>. Car il existe un consensus que le phénomène ne peut couvrir toutes les facettes de la vie humaine, et que, pour emprunter les mots de Macdonald, « [a]t some point there exists a difference... between law and basket-weaving »<sup>118</sup>.

Du côté des philosophes, plusieurs s'en remettent à la définition de Hart et considèrent que le droit est un ensemble de règles gouvernant plusieurs aspects de la société<sup>119</sup>. D'autres se réfèrent à la définition de Lon Fuller: « Law is the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules »<sup>120</sup>. Les pluralistes citent aussi souvent l'article de Griffiths, qui s'inspire du travail de Sally Moore: « law is the self-regulation of a semi-autonomous social field »<sup>121</sup> – la définition du champ social semi-autonome a déjà été vue, l'important dans ce contexte est l'idée de régulation. Par-delà les divisions, il est donc généralement accepté que l'étiquette « droit » doit couvrir des ensembles de règles ou de normes, au moins relativement ordonnées, devant au moins tenter d'organiser un aspect non négligeable de la vie humaine.

Hart ajoute qu'un système est réellement juridique s'il contient des règles de deux types, primaires et secondaires: si les premières guident la conduite, les secondes déterminent qui peut légitimement créer ou modifier les règles premières, et comment. Ces dernières sont la marque des

---

(2007), ci-après Priel, p.177.

<sup>116</sup> Mark Murphy, "Natural Law Jurisprudence," in *Law and Morality*, ed. Kenneth Einar Himma et Brian Bix (Routledge, 2017), ci-après M. Murphy, p.28.

<sup>117</sup> Fuller utilise une métaphore spatiale pour expliquer la pertinence des divers scénarios hypothétiques invoqués pour considérer la nature du droit dans Lon F. Fuller, *The Morality of Law* (Yale University Press, 1964), ci-après Fuller, p.118: « we take leave of the gravitational field within which the distinction between law and not-law makes sense. »

<sup>118</sup> Macdonald, *op cit*, p.326.

<sup>119</sup> Leslie Green, "Introduction" dans HLA Hart, *The Concept of Law* (Oxford University Press, 2012), ci-après Green, p.xxv.

<sup>120</sup> Fuller, *op cit*, p.106.

<sup>121</sup> Griffiths, *op cit*, p.38. Celle-ci réfère toutefois à des systèmes de réglementation, et non de droit : Tamanaha 1993, *op cit*, p.203.

régimes légaux<sup>122</sup>. Les deux dernières définitions offertes au paragraphe précédent quant à elles insistent moins sur l'importance d'un appareillage spécialisé permettant de différencier ceux qui génèrent ou appliquent le droit de ceux qui y obéissent, mais l'idée d'une telle distinction demeure en germe derrière ces définitions simples. Fuller identifiera de manière célèbre huit caractéristiques internes qui font qu'un système de normes est proprement légal et l'une d'elles est le fait que les officiers fassent effectivement référence aux règles promulguées pour orienter leur jugement et trancher les litiges<sup>123</sup>. Ainsi, sans souligner le rôle-clé de ces personnes, il présume leur existence.

De la même manière, sans mentionner ces structures dans sa courte définition, Griffiths note que l'activité régulatrice « can be regarded as more or less 'legal' according to the degree to which it is differentiated from the rest of the activities of the field and delegated to specialized functionaries »<sup>124</sup>. Enfin, une version plus faible de cette concession à l'appareillage spécialisé de l'État se trouve dans la théorie de Cover. Ce dernier considère que le droit est avant tout une question de sens légal, plutôt que de prescriptions, mais celui-ci n'est à son avis possible que s'il y a réification des normes et des récits auxquels on entreprend de donner vie<sup>125</sup>. Le choix de reléguer l'existence de ces structures secondaires au second plan de sa définition est néanmoins significatif. Il signale l'acceptation potentielle d'ordres normatifs qui, pour appliquer des règles, dépendent d'un certain consensus silencieux et pris pour acquis et non d'un appareillage spécialisé: d'ordres « in which the processes of establishing rules, securing compliance to these rules, and

---

<sup>122</sup> Hart, *op cit*, p.94. Nous aurions aussi pu considérer la définition de Neil MacCormick, selon qui le droit serait un ordre normatif institutionnalisé : Maksymilian Del Mar, "Law as Institutional Normative Order : An Introduction " dans *Law as Institutional Normative Order*, ed. Maksymilian Del Mar (Routledge, 2016), ci-après Del Mar.

<sup>123</sup> Fuller, *op cit*, p.39.

<sup>124</sup> Griffiths, *op cit*, p.38.

<sup>125</sup> Cover, *op cit*, p.45.

punishing rulebreakers seem natural and taken for granted »<sup>126</sup>. Alors que Hart estime que cette absence indique que l'ordre normatif en question n'est pas du droit, les pluralistes jugent plutôt qu'il est simplement *moins* du droit – sans expliquer clairement par ailleurs comment il aurait pu n'être carrément pas du droit.

Cette difficulté qu'ont les pluralistes à tracer une ligne entre la simple normativité et le droit est soulignée par plusieurs auteurs et le plus souvent considérée de manière pessimiste<sup>127</sup>, car elle risque confondre toute forme de contrôle social avec le second. Les règles d'étiquette semblent répondre aux critères qu'ils proposent, mais cette inclusion dérange puisqu'elle ne s'aligne pas avec nos intuitions. Le défi qui leur est posé est alors de justifier la pertinence d'une telle ouverture<sup>128</sup>. Je ne tenterai pas de discerner cette ligne de démarcation, parce que j'étudie ici des observations qui se rapportent aux relations qu'entretiennent les citoyens avec les règles de l'État. Celles-ci se trouvent dans tous les échantillons servant à théoriser le phénomène et dépendent d'un appareillage spécialisé.

Cover et Macdonald ont la particularité de soutenir que l'interprétation honnête et engagée serait l'aspect le plus important du fait juridique. Ainsi, pour comprendre la façon dont ils le conçoivent, il m'apparaît plus pertinent d'examiner le débat opposant Hart et Dworkin, que de débiter en analysant plus en profondeur les critiques qui leur sont adressées. Cette querelle est souvent présentée comme portant sur le rapport entre le droit et la moralité: alors que les positivistes soutiennent qu'il n'existe pas de connexion nécessaire entre l'un et l'autre, les tenants du droit naturel jugent que oui<sup>129</sup>. Mais plusieurs positivistes croient qu'il peut y avoir une relation

---

<sup>126</sup> Merry, *op cit*, p.870-871.

<sup>127</sup> Voir par exemple Tamanaha 1993, *op cit*, p.193; Merry, *op cit*, p.871; Abdelhamid, *op cit*, p.167; Galanter, *op cit*, p.18.

<sup>128</sup> Tamanaha 1993, *op cit*, p.199.

<sup>129</sup> Voir M. Murphy, *op cit*, p.23-24. Selon Mark Murphy, l'utilisation du terme « moralité » est erronée, ou

entre le droit et la moralité, si la seconde est incorporée de manière officielle dans les textes juridiques, et plusieurs auteurs qui s'opposent à la perspective positiviste défendent qu'un droit injuste est simplement déficient, et non qu'il ne peut être considéré, de ce seul fait, comme du droit. Articulées ainsi, les deux approches sont compatibles, du moins dans leur lettre<sup>130</sup>. Depuis la publication de *The Concept of Law* en 1961, cette opposition a été reformulée d'une façon qui la rend très utile à ce projet. Dans cette œuvre, H.L.A. Hart affirme que les règles de droit peuvent être étudiées de manière objective, de l'extérieur, mais qu'elles se manifestent différemment lorsqu'on les considère d'un point de vue interne, c'est-à-dire de la perspective de ceux qui participent activement au maintien du régime légal<sup>131</sup>. Quand on l'observe d'un point de vue externe, le droit est un fait social, « a systematic form of social control administered by institutions »<sup>132</sup>. Son existence peut alors être confirmée par la simple constatation que certaines personnes pensent et agissent d'une certaine façon.<sup>133</sup> Un droit existe si une communauté adapte effectivement son comportement en fonction de certaines règles.<sup>134</sup>

Cependant, cette communauté fait plus : elle *accepte* par ailleurs ces règles, et ce facteur joue un rôle secondaire dans l'identification du droit. Pour le dire autrement, selon Hart, « law is a complex social fact which typically has normative significance for those who participate in its practices, significance which is intrinsic to the nature and normal functioning of law »<sup>135</sup>. La

---

du moins anachronique, puisque la tradition du droit naturel remonte à Thomas d'Aquin qui n'aurait pas utilisé un tel terme. Il encourage plutôt l'utilisation de l'expression « raison pratique » (practical reasonableness), comme le suggère Finnis. Celui-ci indique que la tradition de droit naturel considère la relation entre le droit et divers Biens qui permettent et enrichissent la vie humaine : John Finnis, "Natural Law and Legal Reasoning," dans *Law and Morality*, ed. Kenneth Einar Himma et Brian Bix (Routledge, 2017), ci-après Finnis 2017, p.5.

<sup>130</sup> M. Murphy, *op cit*, p.43.

<sup>131</sup> Hart, *op cit*, pp.88-89.

<sup>132</sup> Green, *op cit*, p.xv.

<sup>133</sup> *Ibid*, p.xix.

<sup>134</sup> *Ibid*, p.xx.

<sup>135</sup> Gerald J Postema, "Legal Positivism: Early Foundations," dans *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, ed. Andrei Marmor (Routledge, 2012), ci-après Postema 2012, pp.45-46.



communauté démontre « a willingness to use the [behavioural] regularity as a standard to guide and appraise behaviour, especially to commend conformity and criticize breaches, and to treat such commendation and criticism as appropriate »<sup>136</sup>. Comme le soulignent les pluralistes critiques, le droit sert de répertoire pour représenter et orienter des interactions sociales qui dépassent l'application de textes juridiques dans des institutions officielles. Et le débat entre ceux qui acceptent le positivisme légal et ceux qui le rejettent peut être résumé, de manière schématique, portant sur le point de vue à privilégier. Autrement dit, les camps s'affrontant sur cette question se rallient autour de l'une des deux perspectives, interne ou externe, tout en reconnaissant l'importance de l'autre.

Notons que la rencontre de théories philosophiques et de notions sociologiques fait apparaître d'autres oppositions permettant d'organiser les discours sur le droit. Dans leur étude du rapport entre ces deux disciplines, Taekema and van der Burg développent l'hypothèse que quatre spectres peuvent servir à décrire les phénomènes juridiques<sup>137</sup>. L'un d'eux s'étend entre un pôle où le droit est le produit d'institutions officielles et un autre où il relève uniquement de l'interaction sociale<sup>138</sup>: il se trouve ainsi au cœur du désaccord entre les pluralistes et les positivistes qui vient d'être présenté. Selon ces auteurs, il en rejoindrait deux autres, l'un opposant le droit comme système fermé, cohérent et centralisé et le droit comme pluralité d'ordres, l'autre, les conceptions instrumentales et non instrumentales du droit<sup>139</sup>. Les études qui sont guidées par les concepts relevant d'un pôle seraient pertinentes pour ceux dont les outils théoriques reflètent la position à

---

<sup>136</sup> Green, *op cit*, p.xxi.

<sup>137</sup> Taekema et van der Burg, *op cit*, p.130. Les auteurs soulignent que ces divisions sont utiles, mais grossières : « Of course, our characterization of these four oppositions provides an ideal typical sketch. Many theorists do not fit in and there are many intermediate positions » à la p.131.

<sup>138</sup> *Ibid*, p.130.

<sup>139</sup> *Ibid*, p.131.

l'autre pôle. Bien que la communication soit ardue, une posture « interactionniste » qui reconnaît que les observations produites par les deux ensembles d'appareillages conceptuels sont valides, chaque ensemble permettant des prises de vues partielles sur le phénomène, est envisageable<sup>140</sup>. En d'autres termes, il s'agit de spectres et non de dichotomies.

Malgré les difficultés à accepter cette fusion de perspectives radicalement différentes, elle semble effectivement nécessaire à une compréhension complète du droit. Brian Tamanaha considère qu'il est impossible de concevoir celui-ci comme relevant à la fois d'institutions officielles et de comportement social; je traiterai de son argument à cet effet en profondeur au chapitre trois, mais je peux indiquer dès lors que je crois comme lui que les théoriciens devront ultimement trancher, lorsqu'ils feront face à des problèmes concrets, entre un pôle ou l'autre. J'estime néanmoins que le pluralisme critique, s'il doit permettre de développer une théorie de la légitimité de l'interprétation pouvant être alliée à la phénoménologie du jugement offerte par Kennedy, aura nécessairement un aspect interactionniste, et reconnaîtra à la fois l'existence d'un corpus de règles de l'État et des éléments extrinsèques qui l'influencent. Il accorde une priorité conceptuelle à la vie sociale de normes, mais admet que ces normes seront souvent celles promulguées par l'État. Autrement, les théoriciens du droit doivent au moins être capables d'imaginer celui-ci comme partie intégrante de deux phénomènes reliés mais séparés, la justice et l'autorité, quitte à trancher éventuellement et conclure que l'un de ces pôles est le plus important.

Selon les positivistes, bien que ceux qui y obéissent puissent avoir des opinions sur le contenu ou le mérite des règles, celles-ci peuvent être identifiées et étudiées du seul fait de leur origine institutionnelle; en d'autres termes, ce phénomène normatif peut être envisagé de manière

---

<sup>140</sup> *Ibid*, p.132.

strictement descriptive<sup>141</sup>. Une règle de reconnaissance permet de déceler la source du droit dans un groupe; celle-ci demande sobrement quel organisme est admis comme tel par ses membres<sup>142</sup>. Des personnes qui sont soumises à un régime de droit peuvent s'approprier ces règles, leur attribuer une logique ou un objectif, et les invoquer au jour le jour, leur donnant une vie qui dépasse les institutions officielles. Elles peuvent aussi choisir de se priver de tout commentaire et simplement les reconnaître.

Comme l'explique Brian Bix, le positivisme juridique se fonde sur la croyance implicite qu'il est pertinent d'offrir une théorie purement descriptive du droit<sup>143</sup>. Une panoplie d'auteurs suggèrent que des raisons similaires motivent leur choix méthodologique. Pour Julie Dickson, celui-ci est nécessaire du fait qu'un système légal peut subsister et contraindre l'action encore qu'il soit défectueux sur le plan moral<sup>144</sup>. Vu son impact la vie humaine, il est utile de développer des outils analytiques pour appréhender le droit même dans ses formes imparfaites. Selon la philosophe Leslie Green, l'une des contributions importantes de Hart aurait d'ailleurs été de démontrer « that some of the ways law can fail are intimately connected to its nature as a *social* institution » et non une institution *morale*<sup>145</sup>. D'autres invoquent des raisons éthiques. D'après Robin West, une critique efficace du droit positif n'est possible que lorsqu'on se situe à l'extérieur de celui-ci<sup>146</sup>. Une tentative de relier un simple état de fait à une justification morale ne peut que mener à la confusion, qui aura l'effet de légitimer le pouvoir établi<sup>147</sup>. Enfin, dans le même ordre

---

<sup>141</sup> Postema 2012, *op cit*, p.46.

<sup>142</sup> Hart, *op cit*, p.102.

<sup>143</sup> Brian Bix, "On the Dividing Line between Natural Law Theory and Legal Positivism," dans *Law and Morality*, ed. Kenneth Einar Himma et Brian Bix (Routledge, 2017), ci-après Bix, p.51.

<sup>144</sup> Julie Dickson, "Legal Positivism: Contemporary Debates," dans *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, ed. Andrei Marmor (Routledge, 2012), ci-après Dickson, p.57.

<sup>145</sup> Green, *op cit*, p.xxx.

<sup>146</sup> West 1993, *op cit*, pp.175-176.

<sup>147</sup> *Ibid*, p.95.

d'idée, Liam Murphy milite pour que le débat soit tenu de façon plus honnête et porte sur les conséquences humaines de l'adoption du positivisme ou de son rival.<sup>148</sup>

John Finnis, considéré par certains comme l'un des seuls penseurs assumant pleinement la tradition du droit naturel<sup>149</sup>, défend au contraire que la perspective interne est la plus importante, et plus encore, la perspective de la personne qui apprécie la valeur morale du droit<sup>150</sup>. Il est nécessaire d'étudier non seulement des structures et des règles, mais ce qui les motive<sup>151</sup>. Pour lui, toute analyse juridique est une réflexion pratique, qui tient compte des différents biens qui sous-tendent la vie bonne<sup>152</sup>. Ceux-ci ne sont pas choisis, mais s'imposent à la raison<sup>153</sup>. Un régime de droit qui permet à ces finalités de la vie humaine d'influencer le développement des règles est un paradigme de droit, alors qu'un régime technique et déconnecté de ceux qui y obéissent et de leurs besoins demeure du droit, mais est un exemple secondaire, se situant à la périphérie du phénomène<sup>154</sup>.

Ainsi, si les versions faibles des deux approches se distinguent, c'est dans leur esprit; la divergence se manifeste dans le poids relatif que les penseurs de chaque groupe confèrent à l'existence de la perspective interne. Mais de ce désaccord somme toute sommaire en découle un plus difficile à résoudre, qui concerne le rôle à accorder aux facteurs politiques au moment de l'interprétation d'une règle. Selon les antipositivistes, puisque le droit dans sa meilleure expression considérerait les finalités de la vie humaine (ou les principes de moralité qui le justifient dans une

---

<sup>148</sup> Liam Murphy, "Concepts of Law," *Australian Journal of Legal Philosophy* 30 (2005), ci-après L. Murphy, p.9.

<sup>149</sup> M. Murphy, *op cit*, p.21.

<sup>150</sup> Sionaidh Douglas-Scott, *Law after Modernity* (Hart Publisher, 2014), ci-après Douglas-Scott, p.48.

<sup>151</sup> John Finnis, "Natural Law Theory: Its Past and Its Present," dans *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, ed. Andrei Marmor (Routledge, 2012), ci-après Finnis 2012, p.18.

<sup>152</sup> Finnis 2017, *op cit*, p.3-4.

<sup>153</sup> *Ibid.*

<sup>154</sup> M. Murphy, *op cit*, p.33.

communauté donnée), celles-ci font partie du droit au même type que les règles et devraient moduler leur interprétation. Cette dernière est alors créative et téléologique. Le juge ne s'en remet pas simplement à ses préférences politiques, mais considère un corps relativement circonscrit d'idéaux pouvant être déterminés objectivement pour orienter sa décision. Le résultat de toute application d'une règle à une situation de fait tiendrait compte du rapport qu'elle entretient avec ces idéaux. Les positivistes quant à eux estiment que ces principes n'ont un rôle à jouer que s'il est impossible de trancher un litige sans leur faire référence; cette prescription est doublée d'une théorie de l'interprétation qui présente les règles comme étant la plupart du temps déterminées<sup>155</sup>.

La conception anti-positiviste de la décision judiciaire reprend donc en partie celle des CLS, entre autres en ce qu'elle trouve la politisation du droit légitime. Seulement, si ces penseurs admettent que les règles sont plus travaillées qu'appliquées, ils donnent immédiatement un étalon à l'aune duquel évaluer la validité du travail. Les règles ne seraient pas alors indéterminées puisqu'il est possible de justifier de manière raisonnée le choix de privilégier une (ou des) interprétations plutôt que d'autres<sup>156</sup>. Cette légitimité s'explique par des facteurs différents, selon le philosophe que l'on consulte. Pour Finnis, l'essence du débat entre ces deux groupes se résume à une prise de position métaéthique, les tenants du droit naturel défendant qu'il est possible d'avoir connaissance du bon et du mauvais, alors que les positivistes le nient<sup>157</sup>. Ainsi, interpréter une

---

<sup>155</sup> Le débat entre les positivistes et les CLS se joue donc entre autres sur le terrain de la description de l'acte de juger. Une partie de l'œuvre des CSL défend conceptuellement et empiriquement les observations de Kennedy que j'ai simplement résumées au premier chapitre, choisissant de construire un argument à partir de ce constant, et non à la défense de celui-ci. Je ne présente donc cette différence que pour faire sens du débat plus large sur la nature du droit.

<sup>156</sup> Puisque Dworkin considère qu'ultimement, tous les biens de la vie humaine peuvent être réconciliés, dépendant d'une seule valeur unique (voir Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs* (Harvard University Press, 2011)). il conclut qu'il est toujours possible d'identifier une seule interprétation légale qui est la meilleure d'entre toutes celles qui sont plausibles. Finnis, au contraire, insiste que les divers biens qui permettent l'épanouissement humain sont incommensurables, ce qui exige de faire des choix et de favoriser certains biens au détriment d'autres : voir Finnis 2017, *op cit*, 12.

<sup>157</sup> Finnis 2012, *op cit*, p.29.

règle indéterminée de manière à permettre la vie bonne est justifié dans cette perspective<sup>158</sup>.

À mon avis, les théories de Macdonald et Cover se situent dans le corpus traditionnel de philosophie du droit à partir de leur souci pour le point de vue des participants au régime juridique : ils étudient le rapport des « sujets » à des textes ou des concepts présents dans le droit de l'État et au sens qui leur être donné. Pour les raisons mentionnées au premier chapitre, je n'emprunterai pas la voie ouverte par Finnis. Je me tournerai plutôt vers Dworkin, qui croit quant à lui que ce ne sont pas les préférences morales des juges qui dictent le résultat d'un litige, mais les principes légaux et politiques attribuables à la communauté, « a community's putative legal and political practices »<sup>159</sup>. Celui-ci souligne l'importance des règles officielles dans un régime de droit tout en considérant que le travail requis pour en faire sens a plus de valeur qu'elles. Les critiques qui lui sont adressées peuvent donc pour la plupart être dirigées envers les pluralistes. Inversement, les arguments offerts par Dworkin pour défendre l'utilité de sa conception du droit peuvent être invoqués par ces derniers.

Dworkin estime que le droit d'un groupe relève d'un seul ensemble de principes moraux compatibles, ce que Kennedy, Unger et les CLS démentent fortement, mais son raisonnement passe par la communauté et ses croyances. La pratique de suggérer des interprétations de règles capables de convaincre des pairs serait intimement liée à la nature du droit, selon lui. Il y a donc lieu de prendre ses textes comme point de départ pour comprendre la nature du droit selon les

---

<sup>158</sup> Notons que Hart lui-même, en fin de carrière, est arrivé à une conclusion similaire sur la nature du débat. Demander si un juge qui interprète l'expression « juste et équitable » use de sa discrétion pour lui donner un sens précis, c'est demander si le juge peut appréhender objectivement le sens du mot juste. « If moral judgments are objective, then uncertainty-resolving decisions merely apply pre-existing law that refers to moral standards » : Green, *op cit*, p.xlii.

<sup>159</sup> Dickson, *op cit*, p.51. Selon cette conception, le droit est en partie le résultat d'une réflexion quant à ce qu'il doit être. Le travail de Dworkin peut ainsi être considéré comme relevant des théories de droit naturel : voir M. Murphy, *op cit*, p.21. Néanmoins, l'étiquette ne convient qu'en partie, car Dworkin indique décrire le fonctionnement effectif du système de droit américain et du droit plus en général (*Ibid*). Par ailleurs, cette perspective ne permet que l'influence de principes présents de manière positive dans les textes de droit d'une communauté.

pluralistes critiques. Après avoir présenté la pensée de Dworkin, en particulier l'idée qu'une interprétation particulière puisse être due à un individu, je décrirai plus en détail les ressemblances qui rapprochent sa théorie de la théorie pluraliste critique, et les différences qui l'en éloignent.

### C. Dworkin et l'interprétation

Dans *Law's Empire*, Dworkin suggère que le droit est relié de manière fondamentale à l'interprétation et que celle-ci doit être guidée par la notion d'intégrité. Je présenterai ces arguments dans le but de démontrer que pris ensembles, ils exigent des juges qu'ils travaillent le matériau juridique à l'avantage de citoyens. Enfin, dans la section D, je comparerai la théorie dworkinienne et la théorie pluraliste sur trois points afin de montrer comment cette dernière est pertinente au problème de l'interprétation du droit.

#### *C.1 – Interprétation*

D'abord, considérons la nature interprétative du droit. Dworkin partage l'idée de Hart qu'une partie des règles de droit d'un groupe peut être identifiée simplement par convention. Un certain accord quant au critère de différenciation des activités juridiques de celles qui ne le sont pas est à son avis nécessaire à l'existence du phénomène interprétatif qu'il décrit<sup>160</sup>. Certains paradigmes sont indéniables dans toute communauté<sup>161</sup>; pour reprendre un exemple de Hart, le fait que la House of Lords anglaise ait l'autorité de créer des lois. Néanmoins, Dworkin s'oppose à l'idée que le droit lie les personnes qui sont tenues d'y obéir, et donc que les citoyens bénéficient

---

<sup>160</sup> Dworkin, *op cit*, p.91.

<sup>161</sup> *Ibid*, p.88.

de sa protection, seulement lorsque le sens des règles est absolument incontesté.<sup>162</sup> Selon lui, cette conception de l'activité judiciaire ne décrit pas la réalité<sup>163</sup>: les juges ne cessent pas de porter attention à la jurisprudence et aux textes législatifs une fois l'indétermination de ceux-ci établie. Au contraire, la jurisprudence regorge d'arguments quant à la signification à donner à ces sources dans les cas incertains. Paradoxalement, écrit Dworkin, elles sont d'autant plus scrutées lorsqu'elles n'offrent aucune réponse claire<sup>164</sup>. Les juges qui agissent ainsi sont à la recherche du sens large des règles qui, prises dans leur sens strict, ne permettent pas de résoudre la question qu'ils considèrent<sup>165</sup>.

Selon Dworkin, ceci démontre que le droit se caractérise d'abord et avant tout par la coexistence de prescriptions avec une attitude interprétative qui en extirpe de grands principes. Dworkin fournit un exemple de cette attitude en présentant le comportement d'un groupe fictif qui suit des règles de politesse clairement définies<sup>166</sup>. Tant que celles-ci sont vues comme n'étant que des instructions précises dictant quoi faire dans des cas donnés, les possibilités de « commentaires » sur celles-ci sont limitées : on peut s'y conformer ou y résister<sup>167</sup>. Mais avec le temps, les membres du groupe commencent à les scruter avec attention et à proposer des relectures qui invoquent leur esprit, sans aucune aspiration à la rébellion<sup>168</sup>. Elles sont alors tenues comme de simples instanciations de principes plus larges. Les modifications suggérées sont motivées par deux croyances implicites. D'abord, les règles (de politesse) existent pour une raison; elles ont un but qui leur confère de la valeur. Ensuite, prises ensemble, elles doivent permettre d'atteindre ce

---

<sup>162</sup> *Ibid.*, p.114.

<sup>163</sup> *Ibid.*, p.130.

<sup>164</sup> *Ibid.*

<sup>165</sup> *Ibid.*, p.123.

<sup>166</sup> *Ibid.*, p.47.

<sup>167</sup> *Ibid.*, p.48.

<sup>168</sup> *Ibid.*



but, ce qui peut exiger qu'elles soient étendues, modifiées ou abolies en fonction de cet objectif<sup>169</sup>. Selon Dworkin, nous avons des croyances semblables à propos des règles de droit : nous jugeons qu'elles ont un but qui leur accorde leur utilité, que leur esprit doit primer sur leur lettre, et qu'elles peuvent et doivent être altérées ou appliquées différemment si ce n'est pas le cas.

L'interprétation des règles ne peut prendre la forme d'un simple recensement des opinions de divers citoyens sur celle-ci<sup>170</sup>. Une personne qui interprète une pratique imposée par la loi<sup>171</sup> doit considérer si les lectures offertes démontrent que celle-ci a effectivement une valeur, ou si celles-ci sont mauvaises, assignant à la pratique des buts qui ne semblent pas cadrer avec celle-ci ou qui apparaissent répugnants. Il faut ainsi dépasser l'observation des conventions et des justifications les plus populaires et évaluer l'explication qui est fournie. Puis, l'interprète qui est satisfait qu'une pratique a une finalité donnée, qui paraît valable doit ensuite se questionner sur les adaptations à la règle qui sont requises pour lui donner vie<sup>172</sup>. De cette façon, l'interprétation des règles mène à leur modification : peu à peu, « [i]nterpretation folds back into the practice, altering its shape »<sup>173</sup>.

Cette évaluation à la fois objective et subjective peut se penser en deux étapes, bien que les deux soient en réalité similaires<sup>174</sup>. D'abord, l'interprète doit considérer si l'hypothèse qu'il offre cadre avec la pratique ou le texte qu'il prétend analyser, c'est-à-dire si elle est susceptible d'expliquer la majeure partie de ses composantes, à défaut de les expliquer toutes<sup>175</sup>. En faisant

---

<sup>169</sup> *Ibid.*, p.47.

<sup>170</sup> *Ibid.*, p.64.

<sup>171</sup> Comme Dworkin, je me permets de passer de la règle à la pratique qu'elle sert à provoquer chez d'autres. Le fait de se référer à la pratique fait sens non seulement car Dworkin considère que toute interprétation peut (et devrait) faire référence à ce qui motive la pratique du droit en général, mais aussi car dans certains cas un amalgame de règle ne crée qu'une pratique.

<sup>172</sup> Dworkin, *op cit.*, p.65.

<sup>173</sup> *Ibid.*

<sup>174</sup> *Ibid.*, p.231.

<sup>175</sup> *Ibid.*, p.230.

ceci, il doit examiner les actions de tous ceux qui participent à la pratique. De manière plus concrète, le juge qui hérite d'un corpus de règles, de jurisprudence et de doctrine est comme un auteur recevant un livre incomplet, qu'il doit terminer ou à tout le moins prolonger<sup>176</sup>. Il devra créer au moins un segment d'histoire, une application de la règle soutenue par une interprétation de celle-ci, qui est compatible avec ce qui précède. Il est toutefois envisageable qu'il en fasse plus d'une<sup>177</sup>. C'est pourquoi le juge doit en deuxième lieu sélectionner l'interprétation qui fera de l'histoire à laquelle il travaille, la meilleure histoire possible<sup>178</sup>. L'attachement aux pratiques héritées du passé n'est pas là pour lui-même, mais justifié par sa capacité à fournir « a story worth telling »<sup>179</sup>, une vision derrière laquelle une communauté voudrait se rallier. À ce moment, l'interprète est en conversation avec lui-même, puisqu'il cherche une explication de la pratique qu'il est prêt à s'attribuer à lui-même, qui légitime adéquatement, en d'autres termes, son choix de contribuer à la maintenir<sup>180</sup>. Ultiment, chaque individu émet une opinion sur la pratique à laquelle lui et d'autres participent.

Cette vision du droit ne diffère pas radicalement de celle de Hart dans ce qu'elle comprend nécessairement; Dworkin insiste toutefois sur le fait que des systèmes de droit *peuvent* englober plus. Précisément, il défend que « people have legal rights ... that go beyond the explicit extension of political practices conceived as conventions »<sup>181</sup>. Il insiste sur le fait que son débat avec Hart concerne « people's legal rights in the sense we identified as crucial for jurisprudence, not a

---

<sup>176</sup> *Ibid*, p.229.

<sup>177</sup> *Ibid*, p.231.

<sup>178</sup> *Ibid*, p.229.

<sup>179</sup> *Ibid*, p.277.

<sup>180</sup> *Ibid*, p.58. Voir aussi Gerald J Postema, "“Protestant” Interpretation and Social Practices," *Law and Philosophy* 6, no. 3 (1987), ci-après Postema 1987, pour une analyse détaillée de l'impact de cette directive sur la théorie de Dworkin, qui sera résumée au chapitre trois.

<sup>181</sup> Dworkin, *op cit*, p.134.

proposal about how ‘legal’ should be used »<sup>182</sup>. Si un groupe porte moins attention à ses pratiques et est moins inquieté par leur sens, elles peuvent demeurer statiques et faciles à reproduire<sup>183</sup>. L’attitude interprétative est possible sans être nécessaire; mais lorsqu’elle est en dormance, les personnes qui obéissent aux règles et subissent leur application sont privées d’un aspect positif de l’activité juridique et d’une partie des avantages qui devraient leur revenir dans un État de droit. Là est à mon avis l’utilité de scruter les arguments de Dworkin; celui-ci défend que le travail décrit par Kennedy est non seulement possible, mais qu’il doit être entrepris à l’avantage des citoyens.

### *C.2 – Intégrité*

Dworkin ajoute un second élément à sa théorie, l’idée que le droit doit être interprété de manière à le rendre intègre. Ce second aspect est celui qui est problématique pour quiconque se réclame du mouvement CLS, puisqu’il sert à démontrer que malgré la relative indétermination des règles et des pratiques, leur sens peut être fixé de manière définitive.

Selon Dworkin, les interprétations doivent être guidées par des principes qui, ensemble, « provide the best justification of legal practice *as a whole* »<sup>184</sup>. Elles doivent donc cadrer non seulement avec la règle, ou même le domaine de droit duquel elle relève : idéalement, tout le droit d’un groupe servirait à protéger les mêmes principes politiques<sup>185</sup>. L’analyse de Dworkin prend pour point de départ deux constats : d’abord, nous vivons dans une société imparfaite, qui n’est donc pas entièrement juste; ensuite, celle-ci est divisée quant à ses croyances et intérêts<sup>186</sup>. L’intégrité est une valeur-clé dans un tel contexte, car nous attendons du gouvernement, tout

---

<sup>182</sup> *Ibid*, p.135.

<sup>183</sup> *Ibid*, p.49.

<sup>184</sup> *Ibid*, p.152.

<sup>185</sup> *Ibid*, p.254.

<sup>186</sup> *Ibid*, p.164.

comme nous attendons d'une personne ayant des valeurs ou une éthique différente de la nôtre, qu'elle se comporte au moins de manière cohérente<sup>187</sup>. « Integrity becomes a political ideal when we insist that the state act on a single, coherent set of principles even when its citizens are divided about what the right principles of justice and fairness really are »<sup>188</sup>. Si cette demande est acceptée, le droit assurera que les cas similaires seront traités de manière similaire, mais au niveau de principes premiers qui justifient l'existence d'un certain corpus de normes.

Dworkin construit ainsi une théorie du droit qu'il considère plus avantageuse que les autres et qu'il encourage donc les juristes à avaliser. D'abord, l'intégrité est une vertu morale, capable, et peut-être *seule* capable, de garantir aux citoyens une protection contre les décisions arbitraires des officiers publics<sup>189</sup>. La rejeter reviendrait à tolérer l'hypocrisie du régime juridique. Comme l'explique James Boyle, elle représente l'idéal parfait dans un monde pluraliste, puisqu'elle permet de juger les individus ou les groupes sans que la personne n'émettant la critique doive se prononcer sur les questions de fond que soulève le comportement qu'elle dénonce : « moral integrity seems to escape relativism by bringing ethics back home, inside the walls of a particular subject and a particular life-plan »<sup>190</sup>. Dworkin reprend ainsi une conception classique de la suprématie du droit, qui postule qu'elle sert à éviter la corruption ou le favoritisme<sup>191</sup>.

À d'autres moments, Dworkin lie son argument en faveur de l'intégrité à une notion de la nature du droit<sup>192</sup>. Il souligne qu'un compromis politique qui créerait une loi « en damier », qui criminaliserait l'avortement seulement pour les femmes nées durant des années paires, par

---

<sup>187</sup> *Ibid*, p.166.

<sup>188</sup> *Ibid*.

<sup>189</sup> James Boyle, "Anachronism of the Moral Sentiments? Integrity, Postmodernism, and Justice," *Stanford Law Review* (1999), p.504.

<sup>190</sup> *Ibid*, p.494.

<sup>191</sup> *Ibid*, pp.510, 512-513.

<sup>192</sup> *Ibid*, p.504.

exemple, serait problématique, car le droit nous semble exister précisément pour assurer que les individus ne soient pas traités de manière arbitraire<sup>193</sup>. Cette solution est relativement juste envers les groupes d'une société qui croient que l'avortement devrait être puni comme ceux qui croient que non, puisqu'elle leur offre chacun un ensemble de femmes et de fœtus à régler selon leurs valeurs. Elle heurte toutefois notre intuition quant au rôle du droit dans le maintien d'une égalité non seulement purement formelle, mais réelle, entre citoyens<sup>194</sup>. Ainsi, en plus d'être enviable, l'intégrité serait plus fidèle à la nature fondamentale du droit et le mènerait à sa pleine expression. En d'autres termes, s'il semble reconnaître la possibilité d'un système de droit conventionnel, une lecture holistique de *Law's Empire* porte à penser qu'il jugerait un tel système déficient<sup>195</sup>.

Une comparaison avec d'autres conceptions du rôle et du fonctionnement du droit permet de mieux comprendre la position de Dworkin. Par exemple, elle rejoint en partie l'exposé de Lon Fuller sur la nature du droit dans son célèbre *The Morality of Law*. L'entreprise de diriger la conduite humaine par des règles est irréalisable sans réciprocité, celle qui unit des individus qui acceptent de se comporter d'une certaine façon sachant que d'autres feront de même (ou seront tenus de faire de même)<sup>196</sup>, mais aussi celle qui unit les personnes gouvernées à celles qui les dirigent. Sous cette seconde forme, elle découle d'une entente tacite que les règles qui doivent être suivies par les premières seront effectivement appliquées par les secondes<sup>197</sup>. Si le droit se limite

---

<sup>193</sup> Dworkin, *op cit*, pp.178-180.

<sup>194</sup> *Ibid*, pp.184-185.

<sup>195</sup> Un dernier argument me semble circulaire : ayant défendu que le droit entendu comme ensemble de lois et de pratiques devrait, suivant la notion d'intégrité, être interprété de manière à la rendre aussi moralement désirable que possible, Dworkin argumente que le droit comme phénomène global devrait aussi être interprété ainsi, et que l'intégrité est l'interprétation qui fait de la pratique du droit une pratique moralement désirable : *Ibid*, pp.215-216. Liam Murphy considère plutôt que cet aspect de la théorie de Dworkin est arbitraire : voir L. Murphy, *op cit*, p.8.

<sup>196</sup> Fuller, *op cit*, p.21.

<sup>197</sup> *Ibid*, p.40.

à des prescriptions, elle est facile à respecter: il suffit que les responsables agissent de manière raisonnablement diligente et transparente, sans favoritisme ou discrimination. Elle assure alors une certaine constance<sup>198</sup>, mais qui ne sera pas nécessairement égalitaire : le seul fait qu'une norme soit imposée à tous ceux qu'elle couvre ne garantit pas qu'elle traite ces personnes de façon différente des autres et peut-être injuste<sup>199</sup>, comme le révèle l'exemple de la loi sur l'avortement pour les femmes nées les années paires. En exigeant que les règles non seulement évitent de se contredire, mais répondent à des principes moraux similaires, Dworkin donne plus de puissance à la réciprocité<sup>200</sup>. Sa position permet de défendre, par exemple, qu'une société qui place la volonté des adultes au centre de son droit des contrats ne peut omettre d'en tenir compte lorsque vient le temps de régler la vie familiale. Elle procure à la personne censée obéir au droit le pouvoir rhétorique de réclamer plus que le seul respect des règles, mais aussi un standard de justice uniforme. En d'autres termes, Dworkin privilégie cette perspective puisqu'elle reconnaît l'existence d'un droit plus dense, de plus grande valeur pour ceux qui y sont soumis.

Ainsi, Dworkin considère qu'une interprétation téléologique de règles, travaillées à la lumière des principes politiques qui se trouvent en filigrane du droit, est due aux citoyens. Rappelons toutefois que selon lui ce processus mènera toujours à un résultat cohérent avec les décisions prises par d'autres juges, le droit d'un État relevant d'un seul ensemble de principes. Les CLS s'objectent à cette conclusion, et je m'en remets à eux sur ce point, mais l'argument de Dworkin selon lequel tout individu est en droit d'exiger les fruits d'une attitude interprétative en germe dans le concept même de droit est crucial à mon raisonnement. Simplement, je défendrai dans la suite de ce mémoire que les principes politiques d'une communauté sont plus à même de

---

<sup>198</sup> L'exposée de Fuller assume que le droit contraint la plupart du temps.

<sup>199</sup> Green, *op cit*, p.xxxvii

<sup>200</sup> Voir Dworkin, *op cit*, p.219.

contraindre les juges s'ils ne sont pas réifiés et traités comme relevant du droit positif, mais rendus à la communauté dont les membres sont alors les derniers arbitres sur la question.

#### D. La nature du droit selon les pluralistes

Dans cette dernière section, je souhaite étayer le parallèle entre Dworkin et les pluralistes critiques, de manière à identifier les caractéristiques qui sont pertinentes à l'élaboration d'une conception pluraliste de la nature du droit. J'identifie trois correspondances. La première est le rapport au passé. Tous considèrent que celui-ci lie ceux qui cherchent à agir dans le présent, quoique les pluralistes estiment que son sens est inévitablement incertain. Cet aspect de leur théorie permet par ailleurs de la distinguer de celle de Kennedy, qui offre une vision pragmatique et instrumentale du droit. La deuxième correspondance concerne la justification des règles. Pour les pluralistes et pour Dworkin, il est dans la nature de celles-ci d'être manipulées par des individus capables de leur donner divers sens. Toutefois, une conséquence du rapport particulier qu'entretiennent les premiers avec le passé est qu'ils accordent peu de poids aux interprétations officielles qui sont déjà offertes. Mon dernier point porte sur une divergence-clé : alors que Dworkin donne préséance au texte, Cover tente de placer le texte et les différentes finalités auxquelles il est associé sur un pied d'égalité, alors que Macdonald enfin accorde la primauté conceptuelle au sens plus large qui peut en être dégagé.

##### *D.1 – Passé et communauté*

Dworkin défend que le droit sert à reconnaître la valeur relative de l'histoire dans le présent. C'est cet élément qui distinguerait sa théorie de la conception dite pragmatique, selon laquelle les juges cherchent à développer le droit dans une lignée politique en traitant les décisions judiciaires

passées comme de simples entraves au progrès<sup>201</sup>. Les pluralistes aussi pensent que le respect du précédent peut se manifester de façon sincère plutôt qu'uniquement calculatrice. Seulement, ils considèrent que parce que celui-ci nous rattache à une histoire dont le sens est incertain, la pratique du droit et les interprétations offertes seront également incertaines.

Pour Robert Cover, le droit véritablement significatif est un pont qui relie une conception de la réalité à une alternative imaginée<sup>202</sup>. Quant à Macdonald, il écrit dans un article corédigé avec Hoi Kong que l'approche développée par Gerald Postema dans « On the Moral Presence of Our Past » fournit une excellente représentation pluraliste de l'attitude du citoyen face à un régime de droit<sup>203</sup>. Selon Postema aussi, le droit est caractérisé par le fait d'ancrer des justifications dans le passé<sup>204</sup>. Cette attitude ne peut s'expliquer par le seul désir de garder le droit cohérent; puisqu'il serait homogène que l'on priorise les décisions héritées ou les conceptions légales du présent, tant que l'un ou l'autre de ces éléments en est expurgé<sup>205</sup>. Plutôt, nous serions portés à tourner notre regard vers l'arrière, car « our past practice bears the shape of our common life » et « a robust sense of the past is indispensable to individual deliberation about the present or future »<sup>206</sup>. En d'autres termes, en délibérant sur la marche à suivre pour l'avenir, nous attribuons un sens à notre passé, qui contribue de ce fait à façonner notre identité. Comme Cover, Postema présente le va-et-vient entre le passé et le futur comme étant au cœur de toute réflexion morale : « At the core of moral

---

<sup>201</sup> *Ibid*, p.151. Suivant cette vision, ils ne respecteraient les règles que s'ils en tirent un avantage, soit car ils sont d'accord avec le résultat ou car ils croient maintenir ainsi l'illusion que les juges appliquent simplement les lois.

<sup>202</sup> Cover 1983, *op cit*, p.9.

<sup>203</sup> Roderick A Macdonald et Hoi Kong, "Patchwork Law Reform: Your Idea Is Good in Practice, but It Won't Work in Theory," *Osgoode Hall Law Journal* 44 (2006), ci-après Macdonald et Kong, p.23, note de bas de page 36.

<sup>204</sup> Gerald J Postema, "On the Moral Presence of Our Past," *McGill Law Journal* 36, no. 4 (1991), ci-après, Postema 1991, p.1157.

<sup>205</sup> *Ibid*, p.1166.

<sup>206</sup> *Ibid*, p.1170.



agency is a cycle of self-reflective projection and retrospective assessment »<sup>207</sup>. Les deux auteurs considèrent aussi que le passé lie du fait d'engagements personnels. Postema l'affirme explicitement<sup>208</sup> tandis que Cover le sous-entend: par exemple, lorsqu'il écrit que le droit que nous recevons s'est rendu à notre époque car il s'est montré capable de rallier des gens autour d'un idéal commun, d'une image du futur qu'il mettrait au monde. Le droit est donc une façon de se comprendre et de s'orienter face à l'avenir. Nous bénéficions (ou pouvons bénéficier) de son existence et nous adhérons à une représentation de celui-ci plutôt qu'une autre en partie parce que des membres de notre communauté et nous, nous sommes engagés à la suivre.

Postema explique toutefois la valeur du passé d'une manière très différente de Dworkin. Le premier résume adéquatement la position du second ainsi: « The idea is that through binding official decisions to precedent we can regiment an indeterminate present and future by anchoring it to a determinate, because determined, past »<sup>209</sup>. L'analyse de Dworkin trahit en effet l'espoir que les principes moraux invoqués soient suffisamment déterminés pour donner une signification non équivoque à notre histoire politique et légale. En somme, malgré ce que porterait à croire son exemple sur les bonnes manières, Dworkin accorderait peu de valeur au processus de négociation du sens des règles et prioriserait le résultat, un ensemble rationalisé et organisé de principes politiques.

Cette lecture ne s'impose pas d'elle-même. La thèse de Dworkin ne le condamne pas à affirmer que tout groupe est immuable et uniforme, puisqu'il reconnaît que le caractère interprétatif du droit mènera périodiquement à des débats et à une reconsidération des pratiques sous un nouvel angle. De plus, Dworkin pense que les législateurs devraient amender le droit s'ils

---

<sup>207</sup> *Ibid*, p.1171.

<sup>208</sup> *Ibid*, p.1173.

<sup>209</sup> *Ibid*, p.1169.

l'estiment nécessaire pour que justice soit faite. Bien qu'un corpus de règles divisé quant à des questions essentielles soit imparfait, il sera parfois nécessaire d'en tolérer un si une réforme en profondeur ne peut être faite<sup>210</sup>. Ceci sous-entend qu'une modification des principes qui doivent orienter l'interprétation et l'application du droit peut être instaurée par action législative. La possibilité qu'un juge propose une lecture plus convaincante des pratiques juridiques de son pays ou de sa juridiction, menant à une réimagination intégrale de celles-ci, n'est pas non plus exclue, même si l'on comprend Unger de croire qu'un tel événement est hautement improbable dans le schéma dworkinien<sup>211</sup>.

Chez les pluralistes critiques, au contraire, la constante semble être le changement. Postema considère que le passé lie *du fait de* son incertitude, de son caractère évasif, de notre incapacité à le déterminer complètement<sup>212</sup>. Le fait de participer collectivement à le définir est ce qui justifie que nous lui portions allégeance<sup>213</sup>. L'acte d'interpréter le passé et d'examiner son rapport avec le futur provoque « a pattern of action and experience that has some incomplete and maturing meaning »<sup>214</sup>. Ainsi ce n'est pas le sens des institutions légales qui est la constante, mais la pratique de réifier des engagements et la tentation de leur donner un sens. L'activité juridique est notre tradition, son contenu est négociable. En mettant l'accent sur le processus par lequel le passé prend forme, plutôt que sur la forme que le passé apporte au présent, les pluralistes critiques insistent sur l'aspect créateur de l'interprétation plus que ne le fait Dworkin.

---

<sup>210</sup> Dworkin, *op cit*, p.217-218.

<sup>211</sup> Ici, Dworkin rejoint Kennedy: le travail du matériau juridique est limité par l'évaluation que fait le fait de la crédibilité de sa suggestion aux yeux de ses pairs, et les juges savent que le milieu judiciaire est marqué par un certain conservatisme : *Ibid*, p.88. Les juges risquent donc de se tourner en alternance vers deux ou trois explications dominantes, mais néanmoins contradictoires, de la façon décrite par les CLS.

<sup>212</sup> Postema 1987, *op cit*, p.1170.

<sup>213</sup> *Ibid*.

<sup>214</sup> *Ibid*, p.1172.

## D.2 – Règles, mythes et indétermination

Deuxièmement, le point de connexion le plus fort entre la théorie de Dworkin et les théories pluralistes critiques étudiées est leur insistance qu'une règle ou une pratique n'est importante que dans la mesure où elle a un sens qui la dépasse. Nous avons vu ce que Dworkin nomme l'attitude interprétative, à laquelle il donne le rôle de moteur du droit. Du côté des pluralistes, un phénomène similaire est surtout décrit en termes de rapport au mythe. Macdonald, dans un article corédigé avec Martha-Marie Kleinhaus, écrit que « [c]onceptions of personhood, visions of society and treasured myths (grand beliefs about God, country, culture, love, hate, liberty, equality, etc.) plot out schemas of law », c'est-à-dire que ces conceptions morales ou politiques infléchissent le droit<sup>215</sup>. Le rapport inverse se manifeste aussi, et c'est sur celui-ci que Cover préfère insister : « No set of legal institutions or prescriptions exists apart from the narratives that locate it and give it meaning. For every constitution there is an epic, for each decalogue a scripture »<sup>216</sup>. Sous cette forme, le lien entre le texte et sa signification politique semble plus près de celui que décrit Dworkin : des prescriptions existent qui exigent, pour faire sens, d'être jumelées à des explications de leur origine et de leur but.

Dworkin présente le processus de va-et-vient qui a lieu entre une règle ou une pratique et une vision plus large du bien. Il estime que l'on ne peut appréhender le droit sans adopter un point de vue interne, c'est-à-dire sans comprendre comment un participant évaluerait la qualité d'un argument juridique<sup>217</sup>. L'interprétation d'une règle doit prendre compte de son passé et des conventions l'entourant, elle doit « cadrer » avec la pratique, mais elle est en outre tributaire de la capacité de l'interprète à la justifier de manière satisfaisante. En sus, les juges auront des

---

<sup>215</sup> Macdonald et Kleinhaus, *op cit*, p.27.

<sup>216</sup> Cover, *op cit*, p.5.

<sup>217</sup> Dworkin, *op cit*, p.14.

conceptions divergentes du degré de correspondance requis pour qu'une lecture soit considérée légitime, et non de la pure création<sup>218</sup>. Ultimement, sa description est compatible avec l'opinion de Kennedy selon laquelle le matériau juridique est tout aussi contraignant qu'il ne l'est pas. La différence entre les deux ne découle pas de la façon dont ils se représentent l'analyse juridique. Plutôt, la prescription de Dworkin que le matériau soit travaillé de manière à incarner les valeurs d'une communauté sous une forme idéalisée est un non-sens pour Kennedy :

L'affirmation de CLS était, à la Dworkin, que les principes, les politiques juridictionnelles (*policies*), les droits (*rights*) et bien sûr les visions du monde, font partie intégrante des sources du droit couramment mobilisées, mais, contre Dworkin, qu'ils sont irréductiblement en conflit, entre nous, mais aussi au sein de chacun d'entre nous<sup>219</sup>.

Les pluralistes tiennent eux aussi compte à la fois de l'individu et de la communauté dans leur description du rapport au passé. Les pratiques qui sont repensées sont celles du groupe, indéniablement, lorsqu'elles sont provoquées par des règles dont le respect est imposé par l'État, et les interprètes doivent se référer à leurs propres positions morales pour déterminer la justesse de leurs lectures. Les pluralistes se concentrent toutefois sur la seconde phase de l'interprétation chez Dworkin, car seule une explication satisfaisante du sens de la règle pousserait des individus à la respecter et à l'utiliser pour penser le monde. Ce choix de mettre de côté une bonne partie de la contrainte de l'interprétation peut choquer, mais il découle de la reconnaissance du conflit de valeurs dont parle Kennedy. Comme l'énonce Cover, que

The precepts we call law are marked off by social control over their provenance, their mode of articulation, and their effects. But the narratives that create and reveal the patterns of commitment, resistance, and understanding – patterns that constitute the dynamic between precept and material universe – are radically uncontrolled. ... there is a radical dichotomy between the social organization of law as power and the organization of law as meaning<sup>220</sup>.

---

<sup>218</sup> *Ibid*, p.235.

<sup>219</sup> Kennedy 2010, *op cit*, p.31.

<sup>220</sup> Cover, *op cit*, p.17-18.

En d'autres termes, il n'y a aucun mécanisme assurant l'intégrité, la cohérence ou la justesse des interprétations. Alors que les textes de droit positif sont acceptés comme tels seulement s'ils satisfont des tests rigoureux de pedigree, le sens plus large à leur donner n'est soumis à aucune évaluation du genre<sup>221</sup>. Bien que les juges puissent se saisir de mythes politiques à certains moments, ils demeurent que ceux-ci sont hors de leur contrôle et appartiennent à d'autres, capables de les faire évoluer, plus qu'à eux<sup>222</sup>. Cette idée est aussi partagée par Macdonald et Kleinhaus, qui estiment que les définitions de la justice sont plurielles, même au sein d'organisations hiérarchiques et closes<sup>223</sup>. Reconnaître qu'une interprétation est affectée par un idéal moral ou politique qui est invoqué devant des institutions officielles, mais qui n'est pas conçu par celles-ci, revient à reconnaître qu'il n'existe aucune raison de se restreindre aux interprétations offertes par les cours. L'idée qu'une interprétation doive « cadrer » avec d'autres interprétations offertes par les tribunaux n'est plus défendable<sup>224</sup>. Même si les positions des pluralistes rendent cette conclusion inévitable, les positions de Kennedy comme de Dworkin sur les limites de la résistance du matériau juridique permettaient déjà d'entrevoir que dans certaines situations, le précédent ou l'interprétation conventionnelle d'un texte joueraient un rôle quasi nul pour orienter une interprétation donnée.

### *D.3 – Règles et pratiques*

Un élément crucial de la conception pluraliste du droit doit finalement être souligné : les interprétations et les principes qui chez Dworkin dérivent du droit positif d'un groupe auraient

---

<sup>221</sup> *Ibid*, p.18.

<sup>222</sup> *Ibid*.

<sup>223</sup> « Conceptions of justice also are infinitely plural, even within relatively organized institutional settings »: Macdonald et Kleinhaus, *op cit*, p. 32.

<sup>224</sup> Voir Cover, *op cit*, p.46.

d'après elle une préséance conceptuelle sur celui-ci. Selon Cover, les préceptes légaux seraient avant tout des outils de communication: « ... the capacity of law to imbue action with significance is not limited to resistance or disobedience. Law is a resource in signification that enables us to submit, rejoice, struggle, pervert, mock, disgrace, humiliate, or dignify »<sup>225</sup>. Être participant d'un *nomos*, c'est savoir utiliser son registre symbolique pour s'exprimer<sup>226</sup>, c'est connaître ses possibilités créatrices<sup>227</sup>. Cette invocation quotidienne de droit est ce qui lui fournit son sens<sup>228</sup> et fait de lui un moyen de connecter la réalité à un univers normatif donné<sup>229</sup>. Cover présente ainsi le texte et le sens comme relativement égaux en stature.

Macdonald quant à lui prend une autre approche. Son pluralisme critique refuse d'accorder une primauté au texte, à l'explicitation du droit<sup>230</sup>. En effet, le processus qu'est le savoir juridique est selon lui plus important que son produit: « A *critical* legal pluralism rejects the supposition that law is a social fact. Instead, it presumes that knowledge is a *process* of creating and maintaining myths about realities. ... Legal knowledge is the *project* of creating and maintaining self-understandings »<sup>231</sup>. D'après lui, le concept de champ social semi-autonome ne fait que reproduire le modèle de l'État, mais à plus petite échelle. Ainsi, le positivisme est maintenu, l'idée que le droit est cohérent aussi<sup>232</sup>. L'ordre légal conçu comme un ensemble de normes attribuable à une sphère définie prime encore sur l'individu : « Legal subjects still are being subsumed under one (or even several) homogenous labels instead of being allowed to persist as heterogeneous, multiple

---

<sup>225</sup> Cover, *op cit*, p.8.

<sup>226</sup> *Ibid*, p.14.

<sup>227</sup> *Ibid*, p.10.

<sup>228</sup> *Ibid*, pp.7-8.

<sup>229</sup> *Ibid*, p.9.

<sup>230</sup> Macdonald, *op cit*, pp.316-17.

<sup>231</sup> Macdonald et Kleinhaus, *op cit*, p.39, je souligne.

<sup>232</sup> *Ibid*, p.37.

creatures »<sup>233</sup>. Le pluralisme critique qu'il tente de développer doit dépasser le pluralisme sociologique et sa tendance à réifier les communautés et les personnes qui les composent, car une théorie qui fait voir une multiplicité de régimes fermés ne menace en rien la vision positiviste du droit<sup>234</sup>. Le savoir de ces individus et leurs capacités créatrices doivent plutôt servir de point de départ à toute conceptualisation du droit. Lorsque ces éléments priment, les règles et les institutions passent au second plan, n'étant que le produit d'imaginations particulières.

De plus, l'engagement chez Cover suit l'interprétation alors que Macdonald considère que l'adhésion à des normes peut être préréflexif, préinterprétatif. Il cite en exemple le travail des agents de police, syndicats, sociétés par actions, avocats ou notaires qui par leurs choix et leurs gestes quotidiens contribuent à façonner le sens des règles qu'ils appliquent, parfois sans que des changements soient notés<sup>235</sup>. S'il est possible que ces pratiques soient entreprises à des fins stratégiques, afin de faire précédent, il est aussi envisageable qu'elles soient irréfléchies ou qu'elles répondent à des objectifs banals comme l'augmentation de l'efficacité ou la satisfaction de préférences personnelles. Même une interprétation concertée pourrait manquer d'intelligibilité, être difficile à énoncer autrement que par analogie ou exemple<sup>236</sup>. Une directive ne parviendrait pas nécessairement à discerner le but d'une pratique, énoncé en termes moraux ou politiques clairs, mais pourrait se limiter à expliquer comment cette pratique se rattache à d'autres pratiques et augmente leur utilité. L'on pourrait difficilement qualifier un choix d'agir d'une certaine façon qui serait justifié ainsi comme en engagement à vivre une interprétation du droit au sens où Dworkin entend ces mots. Comme le souligne Postema dans un autre texte qui énonce des positions

---

<sup>233</sup> *Ibid*, p.36.

<sup>234</sup> Melissaris, *op cit*, p.35.

<sup>235</sup> Macdonald et Kong, *op cit*, p.41.

<sup>236</sup> Voir Postema 1987, *op cit*, pp.305 et ss.

similaires à celles de Macdonald, le simple fait de savoir comment agir devant une instance juridique particulière démontre une compréhension de l'instance et des règles qui la régissent plus importante que celle nécessaire à l'application de règles; et ce, même si elle n'atteint pas l'abstraction requise pour identifier les grands principes que le droit protégerait<sup>237</sup>.

Cette position de Macdonald encourage l'étude de phénomènes normatifs qui passeraient sinon sous le radar, mais elle permet aussi de lire le droit étatique de manière différente. En d'autres termes, ce choix n'empêche pas de réfléchir au rapport qu'entretiennent des citoyens avec les prescriptions officielles qui leur sont imposées. Au contraire, il révèle qu'un régime de droit ne peut exister sans les capacités créatrices de « ses sujets ». La présence d'un texte, de mots autour desquels ces activités sont exercées n'a aucune valeur spéciale dans l'identification des régimes juridiques<sup>238</sup> : « If law begins with human action and interaction, the most important norms are informal, and formal rules of law are *merely evidence of, but do not themselves function as, operative legal norms* »<sup>239</sup>.

Avant de conclure ce chapitre, je souhaite examiner comment un reproche qui fut souvent fait à Dworkin s'appliquerait aussi aux pluralistes critiques. Les auteurs que je considère développent leurs observations sur le droit à partir d'études de la vie de grands textes centraux à des systèmes juridiques : Cover explore les rapports entretenus avec la Constitution américaine alors que Macdonald énonce une partie des constats que je récupère dans un article portant sur le Code civil du Québec, qui rassemble la majeure partie du droit privé de la province. On conçoit par ailleurs que des concepts juridiques fondamentaux qui régissent le quotidien soient travaillés

---

<sup>237</sup> *Ibid*, pp.302-03.

<sup>238</sup> Elle est au mieux, un outil heuristique méthodologique: Macdonald et Kleinhaus, *op cit*, p.40.

<sup>239</sup> Macdonald, *op cit*, p.324, je souligne.



et interprétés par tous. Par exemple, la plupart des gens sont capables de distinguer les objets qui leur appartiennent de ceux des autres et de reconnaître des actes criminels, démontrant ainsi qu'ils ont une connaissance adéquate de règles légales qui gouvernent la propriété et le crime<sup>240</sup>. Néanmoins, on imagine mal des citoyens revendiquer des lectures de règles administratives pointues, ne serait-ce que parce la majorité des citoyens ignorent leur existence.

Les positivistes accusent Dworkin de décrire un exercice qui complémente l'activité juridique sans en être une, soit la décision de cas difficiles qui ne peuvent être tranchés de façon algorithmique. Puisqu'il se concentre sur les disputes qui se rendent devant les tribunaux, il omet de considérer les exemples d'application ordinaire du droit, comme celles de milliers de conducteurs qui immobilisent leur voiture lorsqu'ils sont face à un panneau « Arrêt »<sup>241</sup>. S'il tenait compte de ces situations, il conclurait que l'incertitude légale n'est pas la norme. Pis encore, Dworkin considère le travail de tribunaux supérieurs qui se prononcent sur des cas complexes en les mettant en relation avec des arguments de politique générale, principalement la Cour suprême américaine<sup>242</sup>. La majorité des juges n'ont toutefois ni le temps ni les moyens de trancher les litiges ainsi, ce que Dworkin ne nie pas<sup>243</sup> : rappelons qu'il défend qu'un système de droit *peut* inclure des principes politiques.

Les pluralistes critiques se limitent-ils, comme Dworkin, à décrire une frange de l'activité juridique? Comme nous venons de le voir, Macdonald croit que les interprétations inconscientes ou irréfléchies sont aussi importantes que celles qui font explicitement appel à des idéaux moraux. Quant aux positions de Cover et de Dworkin, si l'on considère que le droit est un phénomène en

---

<sup>240</sup> L'exemple est tiré de Del Mar, *op cit*, p.6.

<sup>241</sup> Green, *op cit*, p.xxvi.

<sup>242</sup> *Ibid.* Le même argument s'appliquerait pour la Cour suprême canadienne.

<sup>243</sup> Dworkin, *op cit*, p.254.

tension, s'étirant entre la légitimité à un extrême et l'autorité à l'autre, il faut reconnaître que ces deux conceptions du droit se replieront dans la pratique et influenceront, en alternance ou en conjonction, la façon d'appréhender les règles. Certains domaines de droit sembleront devoir être justifiés de manière plus soutenue, ce qui mènera à une prolifération de débats, alors que d'autres seront acceptés facilement. Mais dans la mesure où cette critique m'apparaît juste, je soulignerais que Dworkin, comme les pluralistes à mon avis, présente une théorie qui fait d'un régime juridique dans laquelle les possibilités interprétatives seraient oubliées ou niées, un régime déficient.

#### E. Conclusion

En résumé, les pluralistes critiques et Dworkin estiment que le droit est avant tout un pont entre un passé commun et un futur imaginé, capable d'inspirer un groupe. De ce fait, une interprétation d'une prescription officielle considère autant ses formes révolues que sa forme actuelle, les pratiques qu'elle met en place comme celles auxquelles elle pourrait mener. Les pluralistes se distinguent toutefois de Dworkin, car ils minimisent la contrainte que représente le sens conféré aux règles dans le passé et attribuent un rôle prépondérant au sens qui lui est aujourd'hui accordé, Macdonald allant jusqu'à retirer à la première le statut de norme.

Ces rapprochements entre des positions critiques, qui sont souvent vues comme une radicalisation de la manière de penser le droit,<sup>244</sup> et une théorie antipositiviste plutôt classique, celle de Dworkin, peuvent surprendre, mais Cover comme Macdonald soulignent au fond, simplement, l'importance de la perspective interne. Alors qu'un autre penseur pluraliste, Emmanuel Melissaris, croit que « shifting the focus from strictly defined and hermetically closed *legal systems* to *legal discourses* that are vested with the commitment of their participants »

---

<sup>244</sup> Voir Melissaris, *op cit*, p.58.

entraînera une révolution dans la théorie<sup>245</sup>, ce déplacement mène en terrain connu. La radicalisation annoncée découle surtout du choix de prendre Dworkin au sérieux et de considérer que tous les individus qui entrent en contact avec une règle sont en mesure de l'interpréter et de l'influencer, ce qui fait d'eux des acteurs juridiques au même titre que les professionnels du droit<sup>246</sup>. Ainsi, il est plus que plausible d'imaginer que le pluralisme critique puisse fournir des enseignements qui permettraient de repenser un problème classique de la philosophie du droit, le problème de la légitimité de l'interprétation.

J'insiste sur l'idée d'une théorie de la nature du droit selon les pluralistes qui serait similaire à celle de Dworkin pour distinguer les premiers des CLS. Bien que les deux groupes refusent d'accorder au droit de l'État le caractère fermé et certain qu'on lui attribue souvent, les CLS se cantonnent à déconstruire la position positiviste. Ils pourraient toutefois aussi conclure que phénomène qu'ils décrivent constitue aussi du droit, simplement un droit qui n'est ni clos, ni homogène. Une des raisons de ne pas considérer cette option est la difficulté d'imaginer que le droit conçu comme tel puisse fournir un moyen d'apprécier la légitimité d'une décision judiciaire – mais il convient à mon sens d'évaluer si une telle théorie pourrait exister avant de conclure que le droit doit être abandonné. Ayant analysé la définition pluraliste du droit, nous devrions être en mesure de développer une approche à l'interprétation qui se rattache à celle-ci et qui permet de dépasser la solution de Kennedy.

---

<sup>245</sup> *Ibid.*

<sup>246</sup> Macdonald et Kong, *op cit*, p.22.

## Chapitre 3 – Interprétation et légitimité

### A. Introduction

Je suggère enfin dans ce chapitre une théorie de l'interprétation légitime à la CLS. La première section résume la façon dont Dworkin et les pluralistes critiques répondent au problème de la fermeture du droit (B). Comme nous l'avons vu, les seconds souhaitent remettre en question l'idée que le droit est un phénomène fermé, leurs auteurs considérant que les efforts modernes de le représenter comme tel relèvent plus de l'idéologie que de l'observation<sup>247</sup>. Toutefois, l'idée que le droit doit être au moins partiellement fermé est reliée à l'ambition qu'il dirige effectivement la conduite humaine<sup>248</sup>. L'ouverture du droit qui permet la prise en compte de préférences individuelles ou collectives menace l'utilité des règles dans la mesure où ces facteurs extérieurs pourraient mener à ce que plusieurs réponses soient offertes à la même question, ou aucune réponse<sup>249</sup>. Le critère de distinction qui délimite le droit du non-droit est utile pour le philosophe, mais il l'est certainement aussi pour le citoyen « sujet de droit ».

Je contrasterai d'abord l'approche de Dworkin, qui défend que le droit ouvert sur les principes moraux peut néanmoins demeurer relativement cohérent grâce à l'idée d'intégrité, à celle des pluralistes, qui insistent sur la diversité des valeurs de la communauté (B.1). Bien que ces derniers présentent certains critères pour identifier du non-droit, ceux-ci sont sous leur forme

---

<sup>247</sup> Griffiths, *op cit*, pp.3-4; voir aussi Douglas-Scott, *op cit*, p.46. La théorie kelsenienne qui présente un droit coupé de toute influence sociale ou morale (*Ibid*, p.36) sert alors certainement de repoussoir.

<sup>248</sup> *Ibid*, p.45.

<sup>249</sup> Encore une fois un parallèle avec l'œuvre de Fuller est utile. Selon celui-ci, la conduite humaine ne peut être effectivement guidée par des règles que si des règles sont être énoncées, qui ne peuvent se contredire et qui doivent être compréhensibles (*op cit*, p.39). Si ces deux dernières conditions ne sont pas remplies, la publicité du droit (un troisième critère) ne sert à rien et l'entreprise d'orienter l'action humaine par des règles – que celles-ci soient vues comme des ordres ou des hypothèses, à l'impératif ou au conditionnel – est vouée à l'échec.

actuelle incapables d'orienter la résolution de conflits déterminés (B.2). Cover offre certes une façon de refermer le droit par l'action des juges, les encourageant à prendre au sérieux les conceptions alternatives des raisons d'être des règles qui leur sont présentées, mais comme je l'expliquerai, sa propre définition du rapport entre le droit vécu et le droit interprété de manière autoritaire empêche de considérer que cette solution en est une. Plutôt, le seul critère de reconnaissance qui soit plausible est l'acceptation d'une interprétation d'une règle par une personne ou un groupe, et leur capacité à lui conférer un sens et une valeur. Dans la dernière section, j'offre une redéfinition du rôle du tribunal et du juge qui permettrait de maximiser les opportunités d'interprétations légitimes du droit, celles-ci étant marginalisées et même potentiellement étouffées par les structures actuelles (C). Elle n'est toutefois pas nécessaire : dans les faits, ces interprétations négociées ont déjà lieu dans le système juridique de l'État.

## B. La fermeture du droit

### *B.1 – Dworkin et la communauté comme limite*

L'intégrité chez Dworkin assure à la fois la cohérence du droit et les possibilités de réinterprétation et de débat. Elle permet que le droit s'épande, tout en agissant comme force centripète qui garantit que ce développement sera harmonieux et limité. Évidemment, l'intégrité ne peut jouer un tel rôle que si les textes et pratiques juridiques révèlent qu'il existe dans le droit un ensemble de principes politiques représentant une unique conception de la justice et de l'équité. Alors que Dworkin considère que cela est le cas et que ces principes permettent d'orienter les juges à tout coup vers la bonne interprétation, les pluralistes croient que le droit se compose des multiples sens que lui donnent les citoyens qu'il est censé diriger. Ils acceptent, avec les CLS, que les sociétés sont divisées en groupes aux croyances morales incompatibles, qui luttent pour orienter les

institutions politiques et juridiques dans le sens de leurs convictions. En d'autres termes, ils acceptent que le droit est interprétatif, mais refusent de lui reconnaître l'intégrité que lui attribue Dworkin.

Considérant la pluralité de valeurs et de conceptions du bien qui existent dans les sociétés contemporaines, la position de Dworkin est difficile à défendre. Celui-ci admet que sa théorie peut sembler improbable, mais croit que la résistance rencontrée vient du fait que la notion d'intégrité comme vertu politique plutôt que personnelle repose sur le mythe d'une personnification de l'État ou de la communauté, qui serait métaphysiquement douteuse<sup>250</sup>. Mais le problème est plutôt que personnifiées ou pas, comme l'explique Douglas-Scott, « communities may be transient, nebulous or overlapping (bound but also split by national, regional, ethnic, cultural or occupational ties) »<sup>251</sup>. Une moralité commune, si elle existe, existe certainement dans une forme affaiblie et limitée<sup>252</sup>. La fermeture du droit par la communauté est donc improbable<sup>253</sup>.

Dworkin parvient à contourner ce problème, car, bien qu'il insiste sur l'importance de la communauté et de chaque individu dans la prise de décisions juridiques, sa description du phénomène laisse peu de place à des acteurs communautaires. Comme les CLS, Dworkin note la possibilité que les juristes forment un sous-groupe homogène et relativement conservateur<sup>254</sup>. Malgré ceci, il semble croire que la connexion avec la communauté et ses idéaux est satisfaite dès lors que « judges think about law ... within society, not apart from it »<sup>255</sup>. Tous les éléments moraux et politiques nécessaires à une prise de décision éclairée sont, du fait de son appartenance

---

<sup>250</sup> Dworkin, *op cit*, pp.167 et suivantes.

<sup>251</sup> Douglas-Scott, *op cit*, p.46.

<sup>252</sup> *Ibid*, p.45.

<sup>253</sup> J'emprunte à Douglas-Scott l'idée que Dworkin tente de refermer le droit à l'aide de la communauté, qui organise une partie de ce chapitre.

<sup>254</sup> Dworkin, *op cit*, p.88.

<sup>255</sup> *Ibid*.

à l'ensemble des citoyens soumis au droit, à sa portée. En somme, *Law's Empire* fait état du travail des législateurs et des juges<sup>256</sup>.

Cette dérive de sa théorie vers les institutions officielles s'explique à mon sens par le fait que Dworkin répond principalement à Hart et contredit sa théorie selon laquelle les juges auraient une obligation *morale*, et non *légale*, de donner préséance aux principes juridiques de la communauté lorsque vient le temps de trancher des litiges difficiles. Dworkin défend que de tels discours et réflexions ont une existence proprement légale, en réponse à Hart qui nie la valeur légale de ces discours<sup>257</sup>. Il insiste donc sur leur utilisation par des acteurs indéniablement reliés au système judiciaire, les législateurs et les juges, éduqués pour adopter une certaine perspective. Il demeure que s'il tient uniquement compte des principes politiques qui font partie du droit positif d'un groupe, il laisse de côté tous les autres qui sont présents dans la communauté.

Au contraire, Macdonald et Kong n'approuvent la description que fait Postema du raisonnement juridique que dans la mesure où elle peut s'appliquer non seulement à l'adjudication formelle, mais aussi à l'interaction ordinaire entre officiers de justice ou citoyens<sup>258</sup>. Cover considère dans la même lignée qu'une bonne analyse de droit constitutionnel devrait débiter avec les interprétations de ceux et celles qui ne sont pas officiers de l'État, alors que la plupart des

---

<sup>256</sup> Dworkin considère la position du dissident dans Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Duckworth, 1978). À son avis, puisque le sens des règles de droit est parfois incertain et que dans la pratique, même les tribunaux changent d'avis sur la portée de certains droits, les dissidents aident au développement du droit et sont dans leurs droits lorsqu'ils agissent en fonction de *leur* interprétation d'une règle : p.211-214. Cette présentation est cohérente avec sa description du droit dans *Law's Empire*, et Dworkin y affirme même que « We cannot assume ... that the Constitution is always what the Supreme Court says it is » à la p.211. Toutefois, le chapitre sur la question n'évalue pas si le citoyen dissident a raison en droit dans l'absolu, mais les diverses façons dont son fardeau peut être allégé par les autorités : p.217 et suivant. Bien qu'il accepte qu'une interprétation valide de la Constitution qui contredit la Cour suprême soit possible, il ne considère pas les conséquences d'une telle affirmation sur le droit, seulement sur l'individu qui maintient que cela est le cas, rejetant par ailleurs les théories de droit naturel : p.216.

<sup>257</sup> Dworkin insiste donc surtout que le débat sur le sens à apporter à certaines pratiques (il parle ici de la pratique de respecter la jurisprudence) possède « a distinct legal life » dans les facultés de droit, les revues universitaires, les tribunaux et les décisions judiciaires, bien qu'il prenne source dans des mouvements sociaux et culturels : Dworkin, *op cit*, p.137.

<sup>258</sup> Macdonald et Kong, *op cit*, p.23, note de bas de page 36.

travaux portant sur la question se concentrent sur les écrits des juges des Cours d'appel<sup>259</sup>. Ainsi, la capacité de créer des discours convaincants sur le but et le potentiel des règles de droit ne peut appartenir aux juges; elle appartient de fait à tout individu qui souhaite interpréter une règle ou qui participe à la mettre en œuvre au jour le jour. Par conséquent, la légitimité du droit (donc d'une interprétation juridique) ne peut découler de l'exactitude du raisonnement du juge. Toute la question de la légitimité juridique doit être transférée au niveau de la perspective du citoyen.

### *B.2 – Les solutions pluralistes et le problème des pratiques étatiques*

À première vue, les pluralistes critiques reconnaissent la possibilité que des lois ou des interprétations particulières échouent. Macdonald et Kong considèrent que le droit étatique comme « hypothèse » est légitime dans la mesure où il peut influencer le comportement et les croyances: « A legal rule is legitimate only to the extent that it can capture people's imaginations and make them believe it is worth engaging with and participating in the normative framework proposed »<sup>260</sup>. Une loi qui échouerait à avoir cet effet ne serait pas réellement juridique. De la même façon, Cover croit qu'une interprétation est légitime seulement si certaines personnes souhaitent la suivre et vivre les conséquences de leur prise de position<sup>261</sup>. Ainsi, Cover comme Kong et Macdonald considèrent que le droit est erroné ou déficient si *personne* n'est motivé par son existence.

Ceci n'indique toutefois pas comment il serait possible de discriminer entre une interprétation valide et une interprétation qui ne l'est pas lorsque deux personnes sont influencées différemment par la même règle. Vu la liberté radicale de proposer des théorisations du droit que décrit Cover, aucune explication de l'objectif ou du potentiel du droit de mener vers des futurs

---

<sup>259</sup> Cover, *op cit*, p.25.

<sup>260</sup> Macdonald et Kong, *op cit*, p.22.

<sup>261</sup> Cover, *op cit*, p.44.



imaginés n'est meilleure qu'une autre, du point de vue de son exactitude ou de sa légitimité. Aucun *nomos* construit autour de règles n'est supérieur à un autre *nomos* construit autour des mêmes règles<sup>262</sup>. Ainsi, aucune lecture du droit ne serait fautive, sauf celle que personne n'est réellement prêt à défendre. Il est plausible d'interpréter cette idée générale en harmonie avec les écrits de Kennedy : une règle ou une norme est toujours susceptible d'un certain travail juridique qui mènerait à une multitude d'applications différentes, mais plausibles.

Les pluralistes ne prennent pas tous acte de cette difficulté de la même façon. Pour comprendre les différences entre les positions de Cover et de Macdonald, qui découlent des différences soulignées dans le dernier chapitre, considérons une critique que leur adresse Tamanaha. Ce dernier considère que les pluralistes diluent le phénomène juridique au point de rendre le terme parfaitement inutile pour les théoriciens<sup>263</sup>. Macdonald reconnaît sans ambages que le but de sa redéfinition est de rendre toute prétention à l'existence d'un régime légal à première vue plausible, provoquant ainsi un élargissement et un approfondissement des études de la normativité<sup>264</sup>. Il conclut simplement que la déstabilisation des théoriciens est un bien, non un

---

<sup>262</sup> *Ibid.*

<sup>263</sup> Tamanaha 1993, *op cit*, pp.193, 206. Tamanaha ayant publié bon nombre d'écrits sur le pluralisme depuis la parution de cet article, il convient de résumer l'évolution de sa pensée. En 2000, il écrit que le problème du rapport entre les structures autoritaires et les motifs de comportements est éliminé si l'on prend une approche purement conventionnaliste et que l'on reconnaît que tout ce qu'un groupe considère être du droit, est du droit : voir Brian Z Tamanaha, "A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism," *Journal of Law and Society* 27, no. 2 (2000), pp.313-319. L'erreur des pluralistes n'est pas d'avoir contredit les thèses du centralisme étatique ou d'avoir affirmé que le droit est partout puisque « Legal pluralism exists whenever social actors identify more than one source of 'law' within a social arena » : Brian Z Tamanaha, "Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global," *Sydney Law Review* 30 (2008), p.396. Leur erreur serait d'avoir tenté de construire une définition scientifique du droit : *Ibid.* Bien que je n'aie pas l'opportunité de lui répondre en détail, je considère que sa critique est mal formulée. Les pluralistes n'ont pas tenté de formuler leurs observations en termes de nature du droit, d'où leur choix de référer à des spectres opposant deux pôles. L'argument de Tamanaha sur l'impossibilité de construire un tel spectre ne menace pas le pluralisme, comme nous le verrons, mais se réduit à une affirmation que plus d'un *nomos* peut être construit autour de mêmes règles. Le fait de s'en remettre à ce qui est considéré comme du droit par certains groupes nous ramène à la même conclusion par des chemins détournés et souffre du même problème : cette conception du droit ne permet pas de trancher des litiges qui doivent être conceptualisés comme un schisme qui mène à la création de deux *nomoi* opposés.

<sup>264</sup> Macdonald et Kleinhaus, *op cit*, p.40.

mal. Cover, toutefois, emprunte la méthode identifiée par Tamanaha pour contourner une telle dilution, ce qui mènerait à des impasses théoriques importantes.

Selon Tamanaha, les théories interactionnistes qui font du droit un phénomène pouvant s'inscrire à tout point d'un continuum opposant des schémas comportementaux se développant de façon organique et des directives relevant d'un appareillage spécialisé et clairement identifiable comme source de droit, sont vouées à l'échec<sup>265</sup>. Cette idée de spectre permet de définir le droit avant tout comme des actions et des habitudes, mais qui serait organisées par et autour d'institutions officielles<sup>266</sup>. Le point d'achoppement est l'absence de connexion entre ces deux extrêmes du supposé continuum, ces deux manifestations prétendument complémentaires du droit. Selon Tamanaha, les pluralistes seraient incapables d'expliquer la relation entre ces deux pôles, la façon dont les institutions juridiques peuvent moduler la vie du droit. D'une part, si les mécanismes informels décrits par les pluralistes sociologiques sont responsables du comportement d'un groupe, l'existence même de ces mécanismes vient démontrer que le droit officiel n'influence personne<sup>267</sup>. Les règles de l'État provoqueraient alors seulement les agissements des professionnels<sup>268</sup>. Si, au contraire, ils insistent que les normes de l'État demeurent du droit malgré leur disjonction de la réalité sur le terrain, il est impossible de trouver un équivalent à ces normes dans le droit informel, puisque les normes y sont pour la plupart tacites, inexprimées. Dans un groupe où il existe à la fois des prescriptions et des schémas comportementaux qui ne les respectent pas, il ne peut y avoir de connexion entre ces deux pôles que les pluralistes souhaitent utiliser ensemble pour expliquer le droit<sup>269</sup>. Ceux-ci sont plutôt en compétition pour le titre de phénomène juridique.

---

<sup>265</sup> Tamanaha 1993, *op cit*, p.207.

<sup>266</sup> *Ibid*, p.206.

<sup>267</sup> *Ibid*, p.207.

<sup>268</sup> *Ibid*, p.208.

<sup>269</sup> Ceci peut expliquer que Dworkin se rabatte ultimement sur les édits des tribunaux pour trancher quant

Encore une fois, Macdonald reconnaît que cela est le cas. Il écrit par exemple que le processus par lequel les coutumes sont acceptées puis appliquées par les juges a l'effet de les faire passer d'un système de droit à un autre : « Following enactment, the norm is formally amputated from the practices that gave it content, and the controlling practices are those of the courts charged with interpreting the legislation in question — that is, judicial custom »<sup>270</sup>. Sa conception du droit est donc à peine interactionniste. Un régime juridique contrôlé par un petit nombre d'individus puissants dont les valeurs et le vocabulaire sont entièrement dissociés de la population qu'il prétend régir demeurerait du droit dans la mesure où les dirigeants sont réellement engagés dans leur pratique quotidienne d'application du droit et motivés par le futur que ce droit promet. Si des groupes vivent les mêmes normes que celles qu'interprètent les juges, mais d'une façon différente de ceux-ci, ils règlent pour la plupart leurs problèmes quotidiens sans recours à des structures formelles<sup>271</sup>. Macdonald ne se rend toutefois pas jusqu'à articuler une conception claire d'un critère de légitimité : il se limite à indiquer que l'absence de participation de l'État n'entraîne pas l'illégitimité de la résolution du conflit<sup>272</sup>.

Au contraire, l'article « Nomos and Narrative » de Cover étudie la forme que prend le rapport entre les normes de l'État et le sens qui leur est donné. Il contient par ailleurs une tentative de régler le problème des interprétations contradictoires. Cover commence sa description du droit en soulignant la préséance conceptuelle du sens légal dans tout univers juridique, puis son analyse évolue avec l'introduction de la figure de l'État. Car si la création d'un sens légal n'est possible

---

aux interprétations correctes du droit, malgré son insistance que le droit les dépasse : voir la discussion à la note de bas de page 258.

<sup>270</sup> Macdonald, *op cit*, p.319.

<sup>271</sup> Macdonald 2002, *op cit*, pp.135, 149-150.

<sup>272</sup> *Ibid*, pp.149-150.

que par le médium de la culture, l'État existe pour « tuer » du droit au nom de la paix sociale<sup>273</sup>. Les divers *nomoi* qui sont créés menacent de se scinder à chaque nouvelle interprétation et leurs rencontres, de mener à la confrontation et la violence<sup>274</sup>. Ces mondes fertiles, mais peu organisés doivent être contrôlés, parfois éliminés, par des forces « impériales » incapables de donner elles-mêmes un sens fort aux normes; les forces du droit étatique joueraient ce rôle dans la société américaine<sup>275</sup>. Celles-ci sont nécessaires lorsqu'il y a *trop* de droit dans un champ social donné<sup>276</sup>, ce qui est le cas lorsque deux interprétations opposées d'une règle sont invoquées pour résoudre une même situation conflictuelle. Dans un autre article, « Violence and the Word », Cover maintient que le droit doit être pensé à la lumière de la violence qui permet son maintien et suggère que le martyr revendiquant sa vision du Bien face à la puissance d'un groupe qui tente d'éradiquer cet univers normatif est la figure la plus pertinente pour comprendre l'interprétation juridique<sup>277</sup>. Il est erroné de croire que les tribunaux sont cette figure-clé : « The position that only the state creates law thus confuses the status of interpretation with the status of political domination »<sup>278</sup>.

Le rôle de la violence dans la théorie de Cover est ambigu. D'une part, il semble la distinguer du droit, écrivant par exemple : « I believe that, in the domain of legal meaning, it is force and violence that are problematic »<sup>279</sup>. D'un autre côté, il est raisonnable d'interpréter ses textes comme indiquant que le droit a deux fonctions, l'une centrifuge, l'autre centripète; la violence servirait alors la fonction centripète<sup>280</sup>. La forme que prend l'intervention impériale

---

<sup>273</sup> Cover, *op cit*, p.11.

<sup>274</sup> *Ibid*, p.16.

<sup>275</sup> *Ibid*.

<sup>276</sup> *Ibid*, p.40.

<sup>277</sup> Voir Robert M Cover, "Violence and the Word," *Yale Law Journal* 95 (1986), pp.1603-1604.

<sup>278</sup> Cover, *op cit*, p.43.

<sup>279</sup> *Ibid*, p.25.

<sup>280</sup> Melissaris, *op cit*, p.66.

semble pertinente, puisque Cover fournit un critère pour différencier une intervention violente illégitime d'une intervention violente respectueuse et potentiellement réellement juridique. À son avis, les tribunaux devraient éviter de recourir à des arguments techniques pour résoudre des litiges et accepter que toute décision se rattache à un choix interprétatif teinté par des considérations morales ou politiques<sup>281</sup>. Comme le résume un commentateur de son œuvre, Julien Etxabe, Cover soutient que les références à la hiérarchie juridique ne devraient jamais remplacer les analyses qui considèrent la valeur politique des interprétations suggérées<sup>282</sup>. S'en tenir à des considérations juridictionnelles ne suffit pas, les tribunaux devraient plutôt s'engager à défendre leurs positions en reconnaissant qu'elles relèvent de visions de la vie bonne<sup>283</sup>.

Cover, tout comme Kennedy, encourage ainsi les juristes à développer le droit de manière explicitement politique; selon Etxabe, Cover ajouterait toutefois la nuance qu'une telle attitude ne permettrait d'assurer la justice que s'il existe des groupes prêts à s'opposer aux juges<sup>284</sup>. Ce qui importe n'est pas la décision qui est rendue, mais l'honnêteté du processus judiciaire et l'attention portée à donner un sens fort au droit<sup>285</sup>. La décision doit considérer sérieusement le point de vue de ceux dont la demande est rejetée : « Justice demands, especially from those of us who comment on the *nomos* of the State, that we do not downplay, ignore or omit the perspective of those who suffer its consequences »<sup>286</sup>. Puisque le droit est avant tout une question d'engagement, l'engagement des juges à développer une conception de la vie bonne permettant de justifier leurs interprétations les place dans une situation similaire à celle des personnes qui revendiquent des

---

<sup>281</sup> Cover, *op cit*, p.66.

<sup>282</sup> Julien Etxabe, "The Legal Universe after Robert Cover," *Law and Humanities* 4, no. 1 (2010), ci-après Etxabe, p.138.

<sup>283</sup> Cover, *op cit*, p.66.

<sup>284</sup> Etxabe, *op cit*, p.139. Nous verrons le sens de cette deuxième condition bientôt.

<sup>285</sup> *Ibid.*

<sup>286</sup> *Ibid*, p.140.

lectures particulières du droit<sup>287</sup>. Leurs actes restent teintés de violence, mais ils dépassent celle-ci, car ils contribuent à donner un sens au droit. Bien que l'État soit surtout une force impériale, rien de l'empêche de jouer aussi un rôle dans la création du droit.

Cette solution me semble toutefois insatisfaisante pour plusieurs raisons. D'abord, pour les fins de ce mémoire, elle nous ramène tout droit à la position de Kennedy que nous devons éviter. Ensuite, il n'est pas clair comment cette procédure permettrait de résoudre des litiges. Le critère de distinction entre une réponse juridique et une réponse qui ne l'est pas, entre une interprétation légitime et illégitime, ne peut provenir de l'État, les professionnels du droit ne partageant pas les pratiques et les perceptions des citoyens. Cover écrit que le refus de reconnaître la légitimité des demandes d'une partie dans une confrontation judiciaire, qui est le corollaire inévitable de l'acte de donner raison à l'autre partie, a l'effet de supprimer du droit. Mais comme il l'explique lui-même ailleurs dans son texte, « whichever story the Court chooses, alternative stories still provide normative bases for the growth of distinct constitutional worlds »<sup>288</sup>. Si l'on prend cette idée au sérieux, on comprend mal pourquoi Cover parle de l'acte d'interprétation d'un juge comme un acte de « jurispathie »<sup>289</sup>. Le *nomos* rejeté ne serait pas *de facto* supprimé puisque rien n'indique que plus personne n'y vit. Une défaite devant un tribunal ne serait la mise à mort du droit que si elle avait l'effet d'éliminer le dernier convaincu<sup>290</sup>. La décision respectueuse et empreinte de

---

<sup>287</sup> Cover, *op cit*, p.45.

<sup>288</sup> Cover, *op cit*, p.19.

<sup>289</sup> *Ibid*, p.40.

<sup>290</sup> Cover souligne à certains moments qu'une interprétation doit être réellement défendue (« A community that acquiesces in the injustice of official law has created no law of its own », *op cit*, p.47) et que certains types de protestation, comme la publication d'articles académiques, comptent à peine comme des défenses : *Ibid*. Une répression violente qui mène les derniers convaincus au silence pourrait avoir l'effet d'éliminer une interprétation, des dissidents devant exposer leur résistance ouvertement et publiquement pour contrer le quasi-monopole de l'État sur la violence : *Ibid*, p.52. Mais à d'autres moments, il semble reconnaître que la résistance privée suffit pour entretenir des univers juridiques, comme lorsqu'il écrit, en ouverture de texte, que « The normative universe is held together by the force of interpretive commitments – some small and private, others immense and public » : *op cit*, p.7, je souligne.

bienveillance du juge pourrait malgré ceci n'avoir aucune valeur dans certains univers juridiques qui la considéreraient comme erronée. La création d'un *nomos* entretenu par l'État, qui oriente son exercice des vertus impériales, ne change rien à la conviction des dissidents que ce *nomos* est injuste et menaçant. Ainsi, cette suggestion de mise à mort douce des univers juridiques belliqueux ne serait pas nécessairement efficace.

La collision entre *nomoi* peut cependant prendre d'autres formes que celle de la « jurispathie ». Même si des individus de deux univers différents ne perçoivent que la force, et non le sens, de l'action d'individus d'autres univers, la confrontation sous la menace de la violence affecte le caractère comme le contenu de la rencontre. Elle peut donner un nouveau sens à des revendications qui ne semblaient pas, au moment de leur formulation, susceptibles de devoir être imposées aux autres. Ainsi, en provoquant la réponse violente des cours, les actes de désobéissance civile changent le sens des lois officielles<sup>291</sup>. Inversement, l'État influence les interprétations et encourage celles qui s'alignent avec la sienne, puisque peu d'individus sont prêts à s'opposer directement à la puissance étatique<sup>292</sup>. Melissaris ajoute qu'il est aussi envisageable qu'une confrontation révèle que l'engagement des individus est moins fort qu'il n'apparaissait, ou dirigé vers autre chose que ce qu'un observateur externe aurait cru, révélant qu'un compromis est possible<sup>293</sup>. Il demeure que ces points de contact entre le *nomos* de l'État et celui des dissidents semblent superficiels; les univers juridiques ne peuvent se rencontrer que de façon indirecte. En

---

<sup>291</sup> *Ibid*, p.47.

<sup>292</sup> *Ibid*, p.53.

<sup>293</sup> Melissaris, *op cit*, p.75. Cover fait aussi allusion à cette idée lorsqu'il décrit le cas de l'Université Bob Jones, à la p.51: « Bob Jones University once interpreted its controlling biblical texts to require that no unmarried black person be admitted to the school; but after the power of the state was invoked to deny the University favorable tax status, that interpretation was withdrawn. I do not know the extent to which the state's coercive action caused the interpretive change, but I suspect that the change was at least partly attributable to weakness of commitment in the original interpretive act. That commitment was sufficient to support the violence of racial exclusion only as long as the price of such violence was not hostile treatment by the IRS ».

dernière analyse l'interactionnisme de Cover échouerait donc, puisque les actes qui ont une signification donnée dans un univers juridique peuvent difficilement affecter le contenu normatif d'un autre<sup>294</sup>.

Enfin, cette conclusion est décevante pour une troisième raison. Cover indique au citoyen engagé qu'il peut générer du sens légal plus fort que celui produit par l'État, que ses arguments et ses actions constituent une source de droit au même titre que les écrits des juristes, devant être conçus comme au moins équivalents en stature et en importance au droit prononcé par les juges. Néanmoins, ce pouvoir de créer du droit mènera en fin de compte directement au martyre s'il n'est pas utilisé de manière à émuler les positions de l'État. Le droit n'est jamais « faux », mais il semble se retrouver de ce fait sans conséquence. Comme le note Melissaris, Cover est sur la voie de développer une thèse anarchiste, mais nous offre finalement « an alternative liberal thesis: it is good that all *nomoi* be heard but a certain degree of central regulation has to be maintained »<sup>295</sup>. Malgré tous ses efforts pour redéfinir le droit et valoriser la participation citoyenne à la création du sens légal, Cover se restreint à appuyer les institutions juridiques existantes et à justifier leur nécessité.

Comme je l'expliquerai à la section D.2, ce choix peut découler de la particularité de son sujet d'étude, le droit constitutionnel. Toutefois, puisque Cover parle du droit en général et que je m'inspire de ses écrits pour penser au droit dans un sens large, je pense que ce travail de reconceptualisation exige de considérer si les institutions étatiques peuvent être adaptées pour être réellement respectueuses des capacités créatrices de tous<sup>296</sup>. Le pluralisme critique a l'objectif de

---

<sup>294</sup> Melissaris, *op cit*, p.71.

<sup>295</sup> *Ibid.*

<sup>296</sup> Je partage cet avis avec les critiques des CLS et de ceux qui préconisent la déconstruction du droit comme outil de rébellion. Comme l'explique Currie dans un article sur la théorie légale féministe post-moderne, *op cit*, « the notion of "de-centering" the power of law as being primarily an analytical exercise is misleading. De-centering requires the material redistribution of resources and power »: p.81. Ce commentaire paraît s'appliquer tout autant à



dépasser la vision sociologique du droit qui se limite à un certain positivisme et se cantonne à identifier d'autres systèmes que celui de l'État qui devraient être considérés comme du droit. Il devrait donc permettre d'étudier la possibilité que des ordres légaux distincts communiquent entre eux plutôt que de reprendre l'idée qu'ils sont des silos dont les éléments ne peuvent être compris dans le contexte d'autres systèmes<sup>297</sup>. Toutefois, nous arrivons avec Cover à une description du droit qui nous rend incapables de comparer la valeur de discours contradictoires et qui nous ramène simplement à la vertu de l'ordre, dont il simplement pour nous rappeler le caractère violent. Nous sommes encore plus loin de la notion d'un travail juridique qui serait dû à un citoyen que nous ne l'étions avec Kennedy, puisque toute organisation de type impérial serait a priori bénéfique.

En réaction à ceci, Melissaris nous invite à nous tourner vers Macdonald et Kleinhaus. Il est nécessaire de cesser de faire référence à des communautés entières comme le fait Cover, cette perspective étant un reliquat de la pensée sociologique positiviste qui menace de réifier le droit et de nous faire perdre de vue le fait qu'il est avant toute chose un discours<sup>298</sup>. Nous ne pourrons considérer comment les univers juridiques peuvent se rencontrer et s'influencer que si nous portons attention au caractère discursif du droit : « The only way of approaching a legal discourse and doing justice to it is by having an account of the participants themselves as to what it is that they do when entering that discourse and why »<sup>299</sup>. Seule une compréhension complète du rôle d'une interprétation dans la vie d'un individu qui la défend permettra de comprendre comment le conflit peut être pensé, sans quoi une lecture pluraliste critique ferait simplement de chaque dispute un schisme de plus.

---

l'œuvre des pluralistes dans la mesure où ils ne suggèrent que des redéfinitions de phénomènes existants sans se questionner sur la façon dont celles-ci pourraient orienter des changements institutionnels.

<sup>297</sup> Melissaris, *op cit*, pp.68-69.

<sup>298</sup> *Ibid*, p.74.

<sup>299</sup> *Ibid*, p.75.

Melissaris (comme Unger, rappelons-le) indique que ces réflexions sur les motivations des individus qui s'approprient le droit doivent avoir lieu dans le cadre de recherches universitaires<sup>300</sup>. Cette avenue serait la plus plausible puisqu'il serait impensable qu'une institution de droit de l'État devienne pluraliste<sup>301</sup>. Comme je l'expliquerai dans la prochaine section, ceci me semble inexact. Il est possible de concevoir le litige et l'adjudication comme des contextes où des individus ou des groupes peuvent exprimer leur attachement à certaines façons de procéder.

### C. Tribunal, juge et interprétation

Dans la perspective pluraliste, seule une interprétation à laquelle certains sont prêts à souscrire est valide : le consentement des personnes impliquées semble donc nécessaire. Par ailleurs, prendre Macdonald au sérieux exige de sortir du monde professionnel et de reconnaître les capacités créatrices de chaque citoyen, ce qui nous éloigne du modèle actuel où un juge a le pouvoir de décider du droit qui doit régir un litige. Néanmoins, le tribunal peut être repensé comme étant moins un lieu d'arbitrage qu'un lieu de négociation, où les parties et le juge travaillent le matériau juridique conjointement. Dans cette dernière section, je présenterai d'abord des reconceptualisations du tribunal et du rôle du juge qui permettraient de produire des interprétations légitimes suivant la définition pluraliste du droit (D.1). Comme je l'expliquerai, mon choix de porter mon attention sur le tribunal n'est pas uniquement lié à ma tentative de relier les positions pluralistes aux thèses CLS : elle est justifiée par une lecture consciencieuse de certaines critiques des limites des théories pluralistes. Aussi, bien que ma solution puisse sembler extrême, je montrerai en fin de section qu'elle décrit adéquatement une partie de la procédure judiciaire

---

<sup>300</sup> *Ibid.*

<sup>301</sup> *Ibid.*, p.76.

actuellement en vigueur. Enfin, je considérerai brièvement certains des problèmes que pose ce modèle d'adjudication (D.2).

### *C.1 – Interprétations négociées*

Dans cette section, je commencerai par mieux cerner ce qu'est un tribunal selon les pluralistes critiques, pour ensuite décrire le rôle du juge dans cette instance repensée. Dans « The Supreme Court in a Pluralistic World », Kate Glover considère les positions de plusieurs auteurs pour comprendre la fonction de la Cour suprême du Canada dans un univers marqué par un « ethos » pluraliste<sup>302</sup>. Elle identifie d'abord le rôle de la Cour en *aval* de la création d'interprétations particulières d'une règle d'une manière similaire à Cover et Macdonald : « The meaning of the judgment, its messages, and its effects depend on the diverse capacities and cultures of the legal subjects who receive them »<sup>303</sup>. Ainsi, la Cour est une source de règles qui pourraient donner vie à du droit. Mais Glover considère aussi la fonction de la Cour en *amont* d'un tel jugement : à ce moment, elle est un lieu de rencontre entre différents ordres juridiques<sup>304</sup>.

Cette caractérisation est cohérente avec le portrait que dresse Cover. Elle prend acte de la façon dont une situation donnée en vient à être décidée par un juge dans un système de droit contradictoire, donc au Canada et aux États-Unis. Deux individus ou groupes se retrouvent en conflit, car leurs interprétations d'une règle, que celle-ci soit explicite et sciemment rattachée à une conception de la vie bonne ou simplement le fruit de pratiques irréfléchies, sont incompatibles.

---

<sup>302</sup> Kate Glover, "The Supreme Court in a Pluralistic World: Four Readings of a Reference," *McGill Law Journal* 60, no. 4 (2015), ci-après Glover, p.842. Glover s'en remet à Margaret Davies pour définir un « ethos » pluraliste comme toute remise en question de la séparation prétendue entre le droit et la société, du monopole étatique sur la production de droit et de la croyance que le droit officiel est cohérent et neutre : *Ibid.*

<sup>303</sup> *Ibid.*, p.858.

<sup>304</sup> *Ibid.*, pp.873-74.

Les adversaires présentent des visions du droit qui sont concurrentes. Ces visions se sont probablement cristallisées au moment d'un conflit qui précède leur arrivée à la Cour, mais la Cour demeure le lieu qui marque leur choix de régler ce conflit de manière différente. Une lecture pluraliste plausible est que ces deux personnes ont choisi de se tourner, soit vers un représentant d'un système de droit de l'un des individus qui a une lecture du droit ressemblant à celle de l'État; soit vers un représentant d'un troisième système, différent du leur; ou enfin vers un simple arbitre capable d'imposer ses décisions à défaut de pouvoir les justifier réellement. Ces descriptions reproduisent toutefois le problème identifié précédemment : elles font de toute dispute la création de mondes juridiques opposés et incompatibles. Ceci découle en partie de la théorie de Cover qui donne un nouveau titre aux conflits juridique, présentant ce qu'un positiviste nommerait une absence de droit comme un surplus<sup>305</sup>, mais condamnant de ce fait les parties à un litige à l'isolement. Mais elle découlerait aussi selon Postema d'une faille dans la théorie de Dworkin, donc de certains postulats interprétativistes.

Précisément, Dworkin donnerait une trop grande autonomie à l'interprète du droit, c'est-à-dire, la plupart du temps, au juge. Il aurait raison de souligner que celui-ci étudie une pratique à laquelle plusieurs personnes, en commun, attribuent un sens et non seulement les interprétations des autres<sup>306</sup>. L'activité est publique et collective et le juge doit se demander ce que pensent ceux qui y participent<sup>307</sup>. Toutefois, Dworkin ajoute que tout interprète doit se questionner lui-même sur le sens *qu'il* accorde à la pratique et qui justifie *sa* participation<sup>308</sup>, ce qui selon Postema rendrait l'acte interprétatif purement individuel<sup>309</sup>.

---

<sup>305</sup> Cover, *op cit*, p.41.

<sup>306</sup> Postema 1987, *op cit*, p.287.

<sup>307</sup> *Ibid*, pp.288-289.

<sup>308</sup> *Ibid*, p.287.

<sup>309</sup> *Ibid*, p.289.

Si cette posture permet d'adapter des pratiques héritées du passé pour les rendre cohérentes avec les ambitions des individus qui composent une société à l'heure actuelle, elle menace l'aspect commun des pratiques légales. Ce risque est amplifié du fait que « [t]here is nothing in Dworkin's meta-theory of interpretation of social practices that requires attention to the interpretative activities of fellow participants »<sup>310</sup>. Le seul fait qu'une multitude d'interprétations privées aient toutes le même objet ne garantit en rien qu'elles s'aligneront<sup>311</sup>. La méthode dworkinienne mènerait donc potentiellement à des décisions judiciaires qui ne sont pas suffisamment intersubjectives, ce qui risque de réduire les participants à une pratique commune à des « windowless social monads », des monades sans fenêtre sur un monde commun<sup>312</sup>. Cette critique peut être tempérée; selon Postema lui-même, une interprétation peut uniquement se présenter à un individu qui a participé ou observé la pratique assez longtemps pour la comprendre et qui est donc exposé au point de vue des autres participants<sup>313</sup>. Le fait que Dworkin n'impose pas explicitement la considération d'opinions de tiers n'élimine pas cet aspect de l'activité. On peut se demander si la première étape de sa méthode d'interprétation ne force pas à examiner ce que d'autres juges et parties, dont certains de la même époque, ont décelé de bon dans la pratique. Mais, la critique reste pertinente ce qu'elle souligne les dangers de l'interprétation en solitaire<sup>314</sup>.

Le juriste canadien Jeremy Webber dénonce un problème similaire dans les textes des pluralistes, particulièrement ceux des pluralistes critiques<sup>315</sup>. À son avis, leur choix de donner

---

<sup>310</sup> *Ibid*, p.296.

<sup>311</sup> *Ibid*, p.300.

<sup>312</sup> *Ibid*, p.301.

<sup>313</sup> Postema 1987, *op cit*, pp.313-14.

<sup>314</sup> Elle démontre aussi qu'un des problèmes de la théorie de Dworkin peut être le rôle qu'il donne au juge, le pouvoir qui lui est accordé d'identifier seul les principes moraux de la communauté, la résolution la plus juste et la plus convaincante du litige., problème que nous avons traité en ouverture de chapitre.

<sup>315</sup> Jeremy Webber, "Legal Pluralism and Human Agency," *Osgoode Hall Law Journal* 44, no. 1 (2006), ci-après Webber, p.181.

préséance à la capacité de créer en commun a souvent l'effet d'occulter le fait que le droit est avant tout une question de conflits. Leur description du droit présente une tendance à s'entendre naturellement sur la pratique à adopter qui ne reflète pas le niveau de désaccord auquel tout membre d'un groupe est habituellement exposé<sup>316</sup>. Elle occulte le fait que le droit naît souvent du besoin de développer une règle unique et non équivoque à cause de divergences d'opinions importantes<sup>317</sup>. Les normes juridiques sont généralement explicites, car elles résultent de mécanismes particuliers de résolution de conflits<sup>318</sup>. Selon Webber, « [i]t is the act of defining a common position, in the face of continuing disagreement, that is the essence of law. Now, legal pluralism often tends to soft-pedal this final step because it appears to disconnect society's norms from the ostensibly spontaneous, lived reality of the practice »<sup>319</sup>. Macdonald rappelle que dans une perspective pluraliste, les règles sont négociées plutôt qu'imposées, les décisions, le fruit d'accords entre justiciables<sup>320</sup>, mais il choisit de considérer seulement les règlements hors cours comme exemples de ce type de résolution<sup>321</sup>. Il est pourtant possible de profiter de ce cadre conceptuel pour repenser les institutions étatiques et important de le faire pour les mêmes raisons qu'il convenait d'évaluer comment les écrits de Cover permettent de reconsidérer la forme des tribunaux.

À mon sens, ces critiques nous invitent à imaginer une interprétation officielle qui serait négociée plutôt que cogitée en solitaire<sup>322</sup>. Elles suggèrent une lecture différente, mais néanmoins

---

<sup>316</sup> *Ibid*, p.175.

<sup>317</sup> *Ibid*, p.169.

<sup>318</sup> *Ibid*, p.170.

<sup>319</sup> *Ibid*, p.179.

<sup>320</sup> Macdonald 2002, *op cit*, p.144.

<sup>321</sup> Il cite des recherches effectuées dans des parcs publics d'un quartier multiethnique de Montréal et dans l'espace public plus en général : *Ibid*, p.151.

<sup>322</sup> Comme le souligne Delgado, *op cit*, pp.312-313, les rares suggestions de programmes positifs par des penseurs CLS insistaient sur l'importance de la communauté, la réduction du rôle de la hiérarchie dans le droit et, plus généralement, la « justice », et la mise de l'avant de la collaboration entre groupes et individus. Nous avons vu que

pluraliste, du litige qui est porté devant un tribunal : les deux personnes qui s'adressent à un juge s'apprêtent à développer une vision commune du droit. Dans le système actuel, celle-ci impliquerait vraisemblablement uniquement le juge et une partie. En effet, chaque partie cherche à lui faire reconnaître que sa perspective est la bonne sans inclure la lecture de l'autre. Mais de ce modèle de création en commun de *nomos*, nous pouvons considérer la possibilité de création qui implique seulement (ou surtout) des citoyens. En plus d'être pluraliste, cette suggestion remet de l'avant l'importance de l'interprétation commune des pratiques du droit. Tout individu qui interprète seul les règles auxquelles il donne vie par la pratique peut échouer à prendre en compte des lectures alternatives, étant peut-être isolé ou entouré d'individus du même *nomos* qui ont une perception très similaire du sens de la pratique. Au contraire, les individus qui se retrouvent au tribunal le font pour résoudre des conflits entre *nomoi* et ces moments sont ceux où une interprétation est plus à risque d'être rejetée comme étant illégitime et simplement violente. Une rencontre de plusieurs individus qui doivent s'entendre sur une solution ne pourrait se passer d'un dialogue et d'une confrontation à au moins une autre conception du cas. Si une interprétation résultait de la négociation et du compromis, elle serait alors légitime dans tous les *nomoi* impliqués.

Je m'attarde évidemment à comprendre le tribunal puisqu'il est associé à l'interprétation et à l'application d'une règle par un officier de l'État et que j'étudie les problèmes liés à cet acte. Toutefois, j'espère avoir démontré que ce choix de sujet n'est pas arbitraire, bien qu'il puisse sembler l'être pour le lecteur familier avec les positions pluralistes sur l'absence d'importance des institutions officielles. J'ai choisi d'analyser un moment où un conflit quant à une norme devient

---

Kennedy suggérait de transformer tout débat juridique en débat à caractère ouvert : voir Kennedy 1973. Dans Kennedy 1971, *op cit*, il écrit que « The judge, after all, is there because we feel that force is necessary. Arbitrators are an improvement; mediators even better. But we attain the goal [altruistic justice] only when we surmount our alienation from one another and share ends to such an extent that contingency provides occasions for ingenuity but never for dispute »: p.1771. Comme nous le verrons dans les prochaines sections, la lecture pluraliste que je suggère diffère de celle-ci en ce qu'elle reconnaît l'existence de conflits entre les participants de divers *nomos*.

apparent et est traité comme tel par ceux qu'il implique, car il semble sage d'accepter l'invitation de Webber à porter plus attention à la façon dont les querelles sont réglées et les compromis atteints<sup>323</sup>.

Cependant, dans un système créé pour permettre au droit pluriel de s'exprimer pleinement, le juge n'aurait pas le pouvoir de déterminer quelle interprétation l'emporte. Les parties à un litige doivent accepter une interprétation pour que celle-ci relève du droit selon la définition des pluralistes. S'il est impossible de se fier à la résolution amicale des litiges à tout coup, plusieurs facteurs pourraient mener au consensus. Comme l'explique Webber, si personne ne contrôle réellement le sens du droit et que celui-ci doit être négocié, il est possible qu'un schisme résulte de l'absence d'entente<sup>324</sup> – c'est selon Cover un événement commun dans le monde du droit. Plus plateament, elle pourrait priver les parties d'une résolution. Nous avons vu comment Postema rappelle que le fait de se considérer comme faisant partie d'une communauté encourage la négociation et les tentatives de règlement. Selon lui, les exemples qui représentent le mieux l'opération d'un tel accord dans le désaccord sont ceux de familles ou de mouvements politiques qui négocient en groupe le sens de leurs actions passées et à venir et leur définition d'eux-mêmes<sup>325</sup>.

Webber identifie enfin un autre élément, la convivialité, « the desire to live together peaceably in society », qui contribue certainement à motiver la résolution de litiges<sup>326</sup>. Un travail juridique qui prend la forme de commentaires modestes sur le rôle de la règle dans la vie des individus en conflit pourrait permettre l'obtention d'un compromis, deux interprétations sincères

---

<sup>323</sup> Webber, *op cit*, p.182.

<sup>324</sup> *Ibid*, p.179.

<sup>325</sup> Postema 1987, *op cit*, p.317.

<sup>326</sup> Webber, *op cit*, p.178.



qui n'en sont qu'une. Les interprétations qui seront adoptées de cette façon pourront faire référence à des conceptions de la vie bonne comme elles pourront tirer leur force du caractère pratique de l'entente et reposer sur une définition de la justice seulement partiellement énoncée et comprise, mais elles seraient alors légitimes, ayant été acceptées comme hypothèse, semblant mériter d'être adoptées et vécues. Le juge ne se verrait accorder qu'un rôle minime dans un tel système. Ceci fait sens considérant les paramètres de l'interprétation légitime qui sont offerts ici, qui identifieront par ailleurs certainement des interprétations valides qui ont lieu hors les tribunaux, et hors les situations de conflit.

Ce changement de perspective semble exiger la création de structures inédites, mais plusieurs de celles-ci existent déjà ou sont en voie d'être introduites dans le droit étatique. Par exemple, dans « Le « dialogue » des parties et la vérité plurielle comme nouveau paradigme de la procédure civile québécoise », Catherine Piché argumente que la réforme du Code de procédure civil du Québec (Cpc) qui a mené à l'adoption d'un nouveau Code en 2016 reflète une préférence pour une justice participative, qui tolère la coexistence d'une pluralité de visions de la « vérité » d'une affaire juridique <sup>327</sup>. Selon l'autrice, les changements apportés à la procédure de litige québécoise provoqueront la naissance d'une « ère de négociations *dans un ordre* », plutôt qu'à *l'ombre* d'un ordre<sup>328</sup>. La reconnaissance des limites d'une justice imposée et hiérarchique

---

<sup>327</sup> Catherine Piché, « Le "dialogue" des parties et la vérité plurielle comme nouveau paradigme de la procédure civile québécoise, » *McGill Law Journal* 62, no. 3 (2016), ci-après Piché, p.901. Elle ne traite toutefois pas de vérité plurielle dans l'interprétation du droit, mais semble plutôt avoir à l'esprit la pluralité d'interprétations des faits et des torts des individus impliqués : voir ex p.914, où elle écrit que « [l]e dialogue permet une étendue plus claire des faits et de la preuve, et donc une meilleure application du droit »; aussi, p.918, « Sans vérité plurielle, la Justice serait imparfaite, car incomplète. »; enfin, à la p.919, elle conclut que le nouveau Cpc démontre que « le législateur souhaite rendre l'objectif de vérité prédominant dans le litige ». Dans tous ces extraits, l'autrice considère que le droit et la justice sont uniques; vers la fin de son texte, la vérité semble aussi unique, simplement, elle doit être construite à partir de témoignages pluriels.

<sup>328</sup> *Ibid*, p.906.

permettrait ainsi de dépasser l'opposition entre les ententes à l'amiable et le litige<sup>329</sup>.

Une partie des écrits pluralistes s'attarde déjà à décrire la façon dont des litiges qui pourraient se rendre devant un juge, incluant des accusations criminelles, sont réglés sans aucune intervention de l'État dans le milieu du conflit initial. En sus, plusieurs se règlent à proximité de tribunaux. Ceux-ci servent alors non pas à trancher des litiges, mais à les enregistrer et les documenter, les encadrer, leur donner un nouveau statut, fournir en somme des armes et des tactiques aux personnes qui souhaitent le résoudre en leur faveur. Toutes ces opérations peuvent mener vers la négociation et le règlement à l'amiable<sup>330</sup>. Le travail de Galanter sur ce sujet étudie la myriade de processus qui permettent de résoudre les litiges « à l'ombre du droit », à l'aide des outils et des procédures conçus comme typiquement juridique (un greffe par exemple) mais sans recours à la décision ultime d'un juge. Celle-ci sert uniquement de décor à une majorité de disputes qui pourraient être judiciarisées, mais ne le sont pas<sup>331</sup>.

Si Galanter rappelle que la négociation et l'application de règles sont plus semblables qu'il n'y paraît<sup>332</sup>, les changements considérés par Piché les rapprochent encore plus. Comme le résume l'autrice, depuis la réforme du Cpc le tribunal possède le pouvoir de tenir une conférence de règlement à l'amiable sous la présidence d'un juge, qui a alors une « mission de conciliation »<sup>333</sup>. L'autrice écrit, « on ne peut que souligner à quel point le législateur québécois innove en permettant que les parties puissent recourir à des modes de résolution des différends et des conflits judiciaires et extrajudiciaires à divers moments dans l'instance »<sup>334</sup>. Elle ajoute que ces réformes

---

<sup>329</sup> *Ibid*, p.907.

<sup>330</sup> Galanter, *op cit*, pp.2-3.

<sup>331</sup> *Ibid*, p.6.

<sup>332</sup> *Ibid*, p.9.

<sup>333</sup> L'expression est tirée telle qu'elle de l'art. 161 du *Code de procédure civile du Québec*, RLRQ c C-25.01. Exemple cité dans Piché, *op cit*, p.907.

<sup>334</sup> *Ibid*.

ne découlent de rien de moins qu'une reconceptualisation du rôle du juge : « L'office du juge est considéré comme légitime à travers le regard du justiciable sur sa décision »<sup>335</sup>. Cette vision s'alignerait non seulement avec une redéfinition pluraliste du droit, mais aussi simplement avec ce que Piché nomme les « valeurs dominantes de la société qui incluent l'accès à la justice et la participation du citoyen à la justice par le biais du dialogue »<sup>336</sup>. Même dans le système actuel le juge se verrait déjà attribuer une légitimité minimale selon elle, n'étant capable, après tout, que d'imposer une forme de justice qui prive les individus de leur agentivité.

### *C.2 – Problèmes potentiels*

Selon Melissaris, l'un des avantages du pluralisme critique est son potentiel métajurisprudentiel qui permettrait de comparer la valeur relative des divers systèmes ou discours légaux<sup>337</sup>. Ce potentiel serait toutefois inexploré, les divers théoriciens du mouvement semblant présumer tout phénomène pouvant être qualifié de juridique doit être protégé et respecté<sup>338</sup>. Si, d'une part, j'ai tenté d'exploiter ce potentiel pour chercher une façon de trancher les conflits dans les cas où un surplus d'interprétations juridiques empêche la résolution d'un litige, de l'autre, j'ai reproduit le réflexe des pluralistes d'accepter sans plus de réflexion qu'un phénomène juridique a de la valeur du seul fait de son existence. Mais comme le souligne ce dernier, « The fact that state law prevails violently with its communicative closure does not necessarily say something about the moral merit or demerit of the legal systems, which are excluded »<sup>339</sup>. D'autres formes de

---

<sup>335</sup> *Ibid*, p.914.

<sup>336</sup> *Ibid*.

<sup>337</sup> Melissaris, *op cit*, p.70.

<sup>338</sup> *Ibid*.

<sup>339</sup> *Ibid*.

violence méritent aussi d'être minimisées ou enrayées<sup>340</sup>. Dans cette dernière section, je tenterai donc d'identifier les défauts potentiels d'un régime qui reconnaît que les citoyens déterminent en partie le droit autant que leurs interprétations sont déterminées par celui-ci. Cette étude me mènera à la conclusion que le juge devrait nécessairement accompagner les parties et être considéré comme le représentant d'un troisième *nomos* qui a également un intérêt dans le litige.

La recherche de critères pour évaluer la valeur relative de divers systèmes juridiques touche ce projet de deux façons. D'abord, ceux-ci permettraient d'apprécier le réseau d'institutions de droit de l'État qui appliquent et donc contribuent à donner un sens au droit. Selon Webber, dans sa forme actuelle, le régime de droit officiel offre des structures formelles de résolution de litiges qui se comparent favorablement à d'autres<sup>341</sup>. Même lorsqu'ils sont institutionnalisés et donc faciles à repérer pour les citoyens, les mécanismes informels de résolution de conflit sont marqués par l'inégalité, les acteurs en présence n'ayant pas nécessairement le même talent ou les mêmes ressources pour défendre leurs intérêts, qu'il s'agisse de présenter la situation ou de négocier une entente<sup>342</sup>.

De plus, le sociologue du droit Roger Cotterrell objectait à l'image qu'affectionne Dworkin du citoyen interprétant le droit pour lui-même: « If law is to be understood as interpretation, it is important to recognize clearly in legal theory that lawyers almost entirely monopolize that interpretation »<sup>343</sup>. Si certaines règles de droit s'offrent aux citoyens dans un langage clair,

---

<sup>340</sup> Dans Martha Minow, "Interpreting Rights: An Essay for Robert Cover," *Yale Law Journal* 96 (1987), un essai qu'elle dédit à Cover et dans lequel elle dit tenter de tenir compte de ses observations sur le rôle de la violence dans le maintien du droit (p.1863), la juriste américaine Martha Minow souligne que la violence des ordres privés peut imiter celle des institutions publiques et prendre la même forme (p.1898-1899).

<sup>341</sup> Webber, *op cit*, pp.180.

<sup>342</sup> Notons toutefois que cette égalité est toute relative à l'heure actuelle, surtout lorsque des parties non-représentées par avocat s'opposent à ces parties qui le sont, alors que les arguments présentés doivent être strictement « légaux » et exigent une bonne maîtrise de la technique par laquelle des conflits ouverts sont traduits en conflits d'application de lois.

<sup>343</sup> Roger Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence* (Butterworth, 1989), ci-après Cotterrell, p.178.

plusieurs autres sont formulées en des termes complexes et spécialisés<sup>344</sup>. Même si les critères d'exactitude des interprétations sont assouplis, la seule confrontation à des normes que l'on ne comprend pas, mais que d'autres semblent en mesure de manipuler, peut mener à un sentiment d'aliénation nourri par l'impression qu'il existe bel et bien une expertise en la matière. Il faut noter que l'article de Macdonald et Kong porte sur le Code civil du Québec, écrit en langage relativement simple.

Par ailleurs, les juges étant formés pour considérer les interprétations d'une règle offertes à l'occasion de divers conflits impliquant des acteurs de tous milieux, qui constituent ensemble la jurisprudence, le fait de donner le pouvoir de trancher aux individus concernés pourrait représenter une *réduction* de l'importance des opinions d'autres citoyens dans le litige. Cet aspect de la modification me semble crucial considérant la réflexion à la racine de sa création. Bien que la négociation à deux évite une forme d'isolement, elle en impose une seconde si elle mène à ce que chaque interprétation à deux soit radicalement différente des autres interprétations négociées. L'absence de cohérence n'est pas problématique en lui-même, mais il l'est dans la mesure où il peut encourager des schismes subséquents.

Pour toutes ces raisons, il apparaît que l'identification d'une interprétation valide d'une règle applicable doit se faire à trois, le juge ayant la tâche non pas de suggérer une résolution en particulier, mais de baliser la négociation de celle-ci. L'étude sur la comparaison de la valeur des *nomoi* aurait donc un second objectif : elle évaluerait comment un juge placé dans la position

---

<sup>344</sup> Macdonald 2011, *op cit*, p.307-308, parle de la dérive du texte de loi vers le mantra mystique, ce qui le rend impossible à reconnaître pour le citoyen ordinaire. Dans Marc Hertogh, *Nobody's Law: Legal Consciousness and Legal Alienation in Everyday Life* (Springer, 2018), ci-après Hertogh, inspiré entre autres de l'œuvre de Cotterrell, Marc Hertogh décrit le phénomène de l'aliénation légale et écrit : « When people are listening to the discourse of the law, they are no longer able to identify their voice at all. 'What they hear instead is another voice, one that is illegitimate, foreign, incomprehensible, and distant' », p.14. L'utilisation de langage spécialisé est perçue comme une astuce ou une arnaque légale (« legal trick »), *Ibid*.

d'orienter des règlements peut distinguer des solutions qui seraient nocives pour les individus en question ou la société en général, pour les écarter de la table. L'identification d'un tel critère dépasse le cadre de ce projet, mais notons que la révision judiciaire du caractère raisonnable d'une décision administrative semble fournir un exemple intéressant<sup>345</sup>, ainsi que les règles d'ordre public interdisant certaines clauses<sup>346</sup> ou la création de contrats lésionnaires dans certaines circonstances, dans le Code civil du Québec<sup>347</sup>. Il imiterait peut-être la procédure par laquelle les plaidoyers de culpabilité accompagnés de suggestion de peines, en droit criminel, sont vérifiés par un juge qui doit les considérer avec sérieux, mais les rejeter si « la peine proposée [est] susceptible de déconsidérer l'administration de la justice ou [...] par ailleurs contraire à l'intérêt public<sup>348</sup> », compris comme l'intérêt à maintenir le bon fonctionnement du système de justice pénale et la confiance du public<sup>349</sup>. Cette approche est loin de résoudre la question : ces règles secondaires au sens hartien<sup>350</sup> sont susceptibles, comme les normes du premier ordre dont elles serviraient à encadrer l'existence, de voir leur sens chaudement débattu. Notons toutefois que puisqu'elles intéresseraient l'État plus que les autres parties, les agents de celui-ci pourraient jouer un rôle plus actif dans la détermination de leur sens.

---

<sup>345</sup> Pour un résumé récent de la jurisprudence applicable, voir *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, [2018] 2 RCS 230, 2018 CSC 31.

<sup>346</sup> Voir la liste des articles du *Code civil du Québec*, RLRQ c CCQ-199, ci-après CcQ, auquel un bail de logement ne peut déroger à l'art. 1893 CcQ.

<sup>347</sup> Voir art. 1406 CcQ. Selon Jean-Guy Belley, « Le contrat est, par excellence, le vecteur automobile du nouveau pluralisme juridique » : Belley, *op cit*, p.270.

<sup>348</sup> *R. c. Anthony-Cook*, [2016] 2 RCS 204, 2016 CSC 43, par. 32.

<sup>349</sup> *Ibid*, par. 33. Le juge Moldaver, écrivant pour la Cour, précise que ce seuil est élevé : par. 34.

<sup>350</sup> Puisqu'elles permettent au citoyen de se lier par certaines interprétations du droit, elles confèrent le pouvoir de créer du droit.

#### D. Conclusion

Ultimement, considérer l'existence de telles règles nous mène au problème du droit public. L'exemple des négociations et des plaidoyers de culpabilité en droit criminel illustre les dangers de la négociation : l'aliénation légale et les asymétries en matière de ressources et de pouvoir sont souvent dénoncées dans ce contexte<sup>351</sup>. Quant au droit constitutionnel, on imagine à peine la forme que prendrait sa lecture en collectivité, ce qui explique peut-être le choix de Cover d'accepter l'importance des institutions de l'État. Comme il le souligne, plusieurs groupes qui défendent des interprétations particulières d'articles de la Constitution veulent obtenir plus que le droit de vivre d'après leurs croyances, mais cherchent à imposer leur vision à leurs concitoyens : ces mouvements rédempteurs s'opposent aux mouvements insulaires qui se contentent d'obéir à leur droit de manière isolée<sup>352</sup>. L'obtention de réparations individuelles pour des violations des droits de la personne pourrait suivre le modèle que je propose, mais pas l'annulation de lois jugées inconstitutionnelles par certains<sup>353</sup>.

Par ailleurs, rien dans ce qui fut dit jusqu'à présent ne permet d'éviter que des solutions soient parfois imposées par l'État. Une partie de l'activité des institutions juridiques resterait donc violente, prescrivant des interprétations illégitimes. La reconceptualisation offerte ici donnerait la chance à plus de droit de se développer et plus d'interprétations légitimes d'être créées, mais elle ne garantirait pas un système parfait dans lequel tous les *nomoi* peuvent coexister. Plutôt que de traiter les procédures de négociation et d'entente à l'amiable que certains considéreraient a-juridiques comme la périphérie du phénomène, les pluralistes critiques leur reconnaissent le statut

---

<sup>351</sup> Pour un aperçu des divers aspects du débat, voir l'introduction de Richard L Lippke, *The Ethics of Plea Bargaining* (Oxford University Press, 2011).

<sup>352</sup> Cover, *op cit*, pp.43-44.

<sup>353</sup> Voir, respectivement, les articles 24(1) et 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

de droit et leur confère même le statut de pratique exemple du droit. En conséquence, plutôt que de traiter ces moments comme étant hors le droit, et donc incapables d'être pensés comme des actes interprétatifs, ils leur reconnaissent le statut privilégié d'actes interprétatifs légitimes. Mais les pluralistes font alors face aux mêmes problèmes que Dworkin et les positivistes, en dernière analyse : ils défendent la primauté conceptuelle d'une partie de l'activité juridique en qualifiant une autre partie de celle-ci de nécessaire, mais déficiente.



## Conclusion

Bien qu'ils aient beaucoup en commun avec le mouvement CLS, les pluralistes s'en distinguent par leur choix de prendre acte de la diversité dans le droit officiel pour redéfinir le phénomène juridique, plutôt que de nier qu'il puisse exister dans la forme que Dworkin ou les positivistes lui donnent. Je souhaitais par ce projet étudier l'effet de ce choix sur la thèse de l'indétermination du droit centrale au mouvement CLS. Mon hypothèse était que cette dernière ne condamne pas à considérer que les institutions de l'État ne peuvent être tenues à un certain résultat, ne doivent rien aux citoyens, puisqu'elles ne peuvent leur offrir au mieux que des juges honnêtes, mais indûment puissants<sup>354</sup>. Au contraire, placer la malléabilité des concepts et des prescriptions au cœur de la description du phénomène juridique et traiter la possibilité de remettre en question leur sens non pas comme un défaut, mais comme une source potentielle de réforme, comme Unger nous invite à le faire, donne des conséquences différentes à l'argument de Kennedy. Cette redéfinition fournit l'opportunité d'imaginer des institutions dont le rôle est d'accompagner le travail juridique des citoyens et de baliser leur créativité interprétative, plutôt que d'offrir des jugements autoritaires. Ces institutions proposeraient au citoyen une chance de « refermer » lui-même le droit, d'identifier les éléments relevant des faits, du droit et d'idéaux qui constituent ensemble une résolution légitime du litige, enfin de façonner une interprétation des règles qu'il est prêt à suivre et à défendre.

Si cette conclusion découle d'une remise en question de presque tous les termes du

---

<sup>354</sup> Il faut souligner que les écrits des CLS qui encouragent d'abandonner le droit de l'État ne se basent pas uniquement sur l'argument de l'indétermination. Certains autres arguments ont été présentés dans le premier chapitre de ce mémoire, par exemple l'argument selon lequel certains droits actuellement fermement défendus en Amérique du Nord nuisent à la cause progressiste, ou celui selon lequel les droits réifient et assèchent l'expérience, empêchant le plein épanouissement des êtres humains.

problème initial, le détour par le pluralisme critique offrant une redéfinition plus qu'une solution, elle prend racine dans l'argument CLS sur l'impossibilité de distinguer une interprétation correcte d'une interprétation incorrecte alors que les différends juridiques exigent généralement que ceci soit fait. La référence à une conception claire de la vie bonne est écartée au profit d'une reconnaissance des nombreux facteurs pouvant motiver une interprétation. Le rôle du juge est altéré, l'expression pouvant décrire maintenant autant les individus fournissant le sens des règles que l'officier de justice acceptant le fruit de leur négociation. Mais ce détour nous ramène en un lieu connu, aux méthodes alternatives de résolution de conflit.

Macdonald défend que le pluralisme ne menace pas la suprématie du droit, lui donnant plutôt une vigueur nouvelle<sup>355</sup>. Ce concept-ci est néanmoins lui aussi transformé au fil de la réflexion : « The concern is not with whether, for example, legal officials appeal to some supposedly external standard to legitimate their actions; rather it is with their need to appeal directly to the conceptions of legitimacy and justice held by those in respect of which they purport to exercise their authority »<sup>356</sup>. Une telle conclusion, portée hors du domaine restreint des débats sur la nature du droit, en inquiète plus d'un qui considère les implications politiques de ces définitions. Comme Delgado a opposé aux CLS, comme West a répliqué à Dworkin et aux autres interprétativistes, certaines théories pèchent peut-être par surplus de confiance en la communauté. Certains voient leurs réflexions comme une tentative de transformer un régime juridique imparfait dans sa capacité à assurer la justice en système de règles (ou de méthodes de résolution de conflits) parfaitement populaires<sup>357</sup>. Inversement, de nombreuses études portent sur le sentiment d'être aliénés par le droit partagé par plusieurs groupes sociaux, de l'opération de ses institutions à sa

---

<sup>355</sup> Macdonald et Kleinhaus, *op cit*, p.34.

<sup>356</sup> *Ibid*, note de bas de page 25.

<sup>357</sup> Delgado, *op cit*, pp.317-318, et West 1993, *op cit*,

définition de l'équité ou du Bien. Ceci semble indiquer qu'il est nécessaire pour le maintien de l'État de droit que les professionnels qui y œuvrent travaillent à ce qu'il soit compris et, dans une certaine mesure, accepté par une masse critique d'individus<sup>358</sup>.

Il m'est impossible de conclure qu'un de ces dangers est plus pressant qu'un autre dans le cadre de ce projet. Plutôt, j'ai tenté par le présent mémoire d'imaginer la conciliation des deux aspects de la suprématie du droit dont parle Macdonald, une option qui ne s'offre pas à ceux qui comme Tamanaha s'en remettent au pluralisme sociologique et doivent considérer en alternance les bénéfices d'une intervention étatique et ceux d'une reconnaissance des structures sociales de règlement de conflits<sup>359</sup>. Au lieu de comparer l'opération de deux méthodes de résolution de litiges, j'ai voulu explorer la possibilité qu'une seule tribune serve à rapprocher et amalgamer plusieurs interprétations d'une façon qui semblerait adéquate et légitime à ceux qui les présentent. Comme le souligne Tamanaha, malgré ce qu'en dit Griffiths, les thèses du pluralisme juridique ne sont ni vraies ni fausses : elles proposent simplement des manières alternatives de lire et de penser certains phénomènes<sup>360</sup>. Une théorie, autrement dit, peut uniquement fournir un bon angle d'étude<sup>361</sup> et devrait être retenue si elle fait œuvre utile. En ce sens, j'espère avoir contribué à évaluer si la redéfinition qu'ils suggèrent permet une observation plus exacte ou plus riche du droit, en développant une réponse proprement pluraliste au problème de la légitimité de l'interprétation des juges et en considérant sa pertinence.

---

<sup>358</sup> Voir Hertogh, *op cit*.

<sup>359</sup> Spécifiquement dans Brian Z Tamanaha, "The Rule of Law and Legal Pluralism in Development," dans *Legal Pluralism and Development: Scholars and Practitioners in Dialogue*, ed. Brian Z Tamanaha, Caroline Sage et Michael Woolcock (Cambridge University Press, 2012). aux pp.46-48.

<sup>360</sup> Tamanaha 1993, *op cit*, p.198.

<sup>361</sup> Abdelhamid, *op cit*, p.143.

## Bibliographie

- Abdelhamid, Hassan, « Les paradigmes postmodernes et la démarche pluraliste dans la recherche juridique » dans *Méthodologie du pluralisme juridique*, ed. Ghislain Otis, Éditions Karthala (2012) : 136-172.
- Belley, Jean-Guy, « Le pluralisme juridique comme orthodoxie de la science du droit », *Canadian Journal of Law and Society/La Revue Canadienne Droit et Société* 26, no. 2 (2011): 257-276.
- Bix, Brian, "On the Dividing Line between Natural Law Theory and Legal Positivism" dans *Law and Morality*, ed. Kenneth Einar Himma et Brian Bix, Routledge (2017): 49-60.
- Boyle, James, "Anachronism of the Moral Sentiments? Integrity, Postmodernism, and Justice", *Stanford Law Review* (1999): 493-527.
- Cotterrell, Roger, *The Politics of Jurisprudence*, Butterworth (1989).
- Cover, Robert M, "Foreword: Nomos and Narrative", *Harvard Law Review* 97 (1983): 4-68.
- "Violence and the Word." *Yale Law Journal* 95 (1986): 1601-1629.
- Crenshaw, Kimberlé Williams, "Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law", *Harvard Law Review* (1988): 1331-1387.
- Currie, Dawn H, "Feminist Encounters with Postmodernism: Exploring the Impasse of Debates on Patriarchy and Law", *Canadian Journal of Women and the Law* 5 (1992): 63-86.
- Del Mar, Maksymilian, "Law as Institutional Normative Order : An Introduction" dans *Law as Institutional Normative Order*, ed. Maksymilian Del Mar, Routledge (2016): 1-13.
- Delgado, Richard, "The Ethereal Scholar: Does Critical Legal Studies Have What Minorities Want", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 22 (1987): 301-322.
- Dickson, Julie, "Legal Positivism: Contemporary Debates" dans *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, ed. Andrei Marmor, Routledge (2012): 67-83.
- Douglas-Scott, Sionaidh, *Law after Modernity*, Hart Publisher (2014).
- Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press (2011).
- *Law's Empire*, Belknap (1986).
- *Taking Rights Seriously*, Duckworth (1978).

- Etxabe, Julen, "The Legal Universe after Robert Cover", *Law and Humanities* 4, no. 1 (2010): 115-147.
- Finnis, John, "Natural Law and Legal Reasoning" dans *Law and Morality*, ed. Kenneth Einar Himma et Brian Bix, Routledge (2017): 3-15.
- "Natural Law Theory: Its Past and Its Present" dans *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, ed. Andrei Marmor, Routledge (2012): 16-30.
- Freeman, Alan, "The Politics of Truth: On Sugarman's Legality, Ideology and the State", *American Bar Foundation Research Journal* 11, no. 4 (1986): 829-843.
- Fuller, Lon F, *The Morality of Law*, Yale University Press (1964).
- Gabel, Peter, "Phenomenology of Rights-Consciousness and the Pact of the Withdrawn Selves", *Texas Law Review* 62 (1983): 1563-1599.
- Galanter, Marc, "Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law", *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 13, no. 19 (1981): 1-47.
- Glover, Kate, "The Supreme Court in a Pluralistic World: Four Readings of a Reference", *McGill Law Journal* 60, no. 4 (2015): 839-881.
- Golder, Ben, "Rethinking the Subject of Postmodern Feminist Legal Theory", *Southern Cross University Law Review* 8 (2004): 73-95.
- Green, Leslie, "Introduction" dans H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press (2012): xv-lv.
- Griffiths, John, "The Idea of Sociology of Law and Its Relation to Law and to Sociology" dans *Law and Sociology*, ed. Michael Freeman, Oxford University Press (2006): 49-68.
- "What Is Legal Pluralism?", *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 18, no. 24 (1986): 1-55.
- Hart, H. L. A. *The Concept of Law*, Oxford University Press (2012).
- Hertogh, Marc, *Nobody's Law: Legal Consciousness and Legal Alienation in Everyday Life*, Springer (2018).
- Kennedy, Duncan, "Form and Substance in Private Law Adjudication", *Harvard Law Review* 89 (1975): 1685-1778.
- "Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology", *Journal of Legal Education* 36 (1986): 518-562.
- "Legal Education and the Reproduction of Hierarchy", *Journal of Legal Education* 32 (1982): 591-615.

- "Legal Formality", *The Journal of Legal Studies* 2, no. 2 (1973): 351-398.
- « Une alternative phénoménologique de gauche à la théorie de l'interprétation juridique Hart/Kelsen », trad. Vincent Forray et Alexandre Guigue, *Jurisprudence: Revue critique* 1 (2010): 19-32.
- Kleinhans, Martha-Marie et Roderick A Macdonald, "What Is a Critical Legal Pluralism?", *Canadian Journal of Law and Society/La Revue Canadienne Droit et Société* 12, no. 2 (1997): 25-46.
- Lippke, Richard L, *The Ethics of Plea Bargaining*, Oxford University Press (2011).
- Macdonald, Roderick A, "Custom Made—for a Non-Chirographic Critical Legal Pluralism." *Canadian Journal of Law and Society/La Revue Canadienne Droit et Société* 26, no. 2 (2011): 301-27.
- « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 33, no. 1-2 (2002): 133-52.
- Macdonald, Roderick A et Hoi Kong, "Patchwork Law Reform: Your Idea Is Good in Practice, but It Won't Work in Theory", *Osgoode Hall Law Journal* 44 (2006): 11-52.
- Melissaris, Emmanuel, "The More the Merrier? A New Take on Legal Pluralism", *Social & Legal Studies* 13, no. 1 (2004): 57-79.
- Merry, Sally Engle, "Legal Pluralism", *Law and Society Review* 22 (1988): 869-896.
- Michaut, Françoise *et al*, *Le mouvement des critical legal studies : de la modernité à la postmodernité en théorie du droit*, Presses de l'Université Laval (2014).
- Minow, Martha, "Interpreting Rights: An Essay for Robert Cover", *Yale Law Journal* 96 (1987): 1860-1915.
- Murphy, Liam, "Concepts of Law", *Australian Journal of Legal Philosophy* 30 (2005): 1-19.
- Murphy, Mark, "Natural Law Jurisprudence" dans *Law and Morality*, ed. Kenneth Einar Himma et Brian Bix, Routledge (2017): 21-47.
- Otis, Ghislain, « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique » dans *Méthodologie du pluralisme juridique*, ed. Ghislain Otis, Éditions Karthala (2012) : 9-24.
- Piché, Catherine, « Le « dialogue » des parties et la vérité plurielle comme nouveau paradigme de la procédure civile québécoise », *McGill Law Journal* 62, no. 3 (2016): 901-922.
- Postema, Gerald J, "Legal Positivism: Early Foundations" dans *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, ed. Andrei Marmor, Routledge (2012): 50-66.
- "On the Moral Presence of Our Past", *McGill Law Journal* 36, no. 4 (1991): 1153-1180.

- "“Protestant” Interpretation and Social Practices", *Law and Philosophy* 6, no. 3 (1987): 283-319.
- Priel, Danny, "Jurisprudence and Necessity", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 20, no. 1 (2007): 173-200.
- Reid, Hubert, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5<sup>e</sup> ed, Wilson & Lafleur (2015).
- Silbey, Susan S et Austin Sarat, "Critical Traditions in Law and Society Research", *Law and Society Review* (1987): 165-174.
- Taekema, Sanne et Wibren van der Burg, "Towards a Fruitful Cooperation between Legal Philosophy, Legal Sociology and Doctrinal Research: How Legal Interactionism May Bridge Unproductive Oppositions " dans *Law, Society, and Community : Socio-Legal Essays in Honour of Roger Cotterrell*, ed. Roger Cotterrell, Richard Nobles et David Schiff, Routledge (2017): 129-145.
- Tamanaha, Brian Z, "The Folly of the "Social Scientific" Concept of Legal Pluralism", *Journal of Law and Society* 20, no. 2 (1993): 192-217.
- "The Rule of Law and Legal Pluralism in Development" dans *Legal Pluralism and Development: Scholars and Practitioners in Dialogue*, ed. Brian Z Tamanaha, Caroline Sage et Michael Woolcock, Cambridge University Press (2012): 34-49.
- "Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global", *Sydney Law Review* 30 (2008): 375-411.
- "A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism", *Journal of Law and Society* 27, no. 2 (2000): 296-321.
- Tushnet, Mark, "An Essay on Rights", *Texas Law Review* 62, no. 8 (1984): 1363-1403.
- Unger, Roberto Mangabeira, *The Critical Legal Studies Movement*, Harvard University Press (1986).
- *What Should Legal Analysis Become?*, Verso (1996).
- Wall, Jesse, "Raz and Kennedy on Legal Indeterminacy", *Australian Journal of Legal Philosophy* 42 (2017): 185-203.
- Webber, Jeremy, "Legal Pluralism and Human Agency", *Osgoode Hall Law Journal* 44, no. 1 (2006): 167-198.
- West, Robin, *Narrative, Authority, and Law*, University of Michigan Press (1993).
- *Re-Imagining Justice : Progressive Interpretations of Formal Equality, Rights, and the Rule of Law*, Ashgate (2003).

## Lois

*Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11, arts. 24(1) et 52(1).

*Code civil du Québec*, RLRQ c CCQ-199, arts. 1406, 1893.

*Code de procédure civile du Québec*, RLRQ c C-25.01, art. 161.

## Jurisprudence

*Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, [2018] 2 RCS 230, 2018 CSC 31.

*R. c. Anthony-Cook*, [2016] 2 RCS 204, 2016 CSC 43.