

« *Hart vs. Dworkin* » and its Progeny

Actualité du « combat des chefs » dans la littérature anglo-saxonne

Antoine BAILLEUX*

Introduction

L'histoire de la théorie et de la philosophie du droit¹ est tout entière sillonnée de célèbres controverses opposant de brillants esprits. Nulle d'entre elles n'a cependant atteint la notoriété du duel qui mit aux prises, trente ans durant, Herbert Hart et Ronald Dworkin. Le décès de Hart en 1992 n'a pas mis fin au débat entre le positivisme juridique défendu par ce dernier et la théorie interprétative du droit avancée par son contradicteur. La parution posthume – en 1994 – d'une postface au *Concept de droit* publié par Hart en 1961 a tout au contraire ravivé la controverse². Présentant une ébauche des répliques que Hart s'apprêtait à adresser à Dworkin, la *Postface* – ainsi l'appellerons-nous désormais – a fait couler beaucoup d'encre dans la littérature anglo-saxonne.

La *Postface* a été récemment traduite en langue française par M. van de Kerchove, à l'occasion de la publication d'une nouvelle édition du *Concept de droit*³. S'il est dorénavant accessible au public francophone, ce texte d'une quarantaine de pages n'en demeure pas moins relativement hermétique pour le lecteur ignorant des débats qui en ont accompagné la rédaction et la réception dans sa communauté linguistique d'origine. Déracinée de son contexte intellectuel, la *Postface* perd quelque peu de sa profondeur et de sa saveur. Le présent article s'efforce de remédier à cette carence.

Le lecteur ne saurait pour autant se méprendre sur la portée des pages qui suivent. Celles-ci n'ambitionnent nullement de fournir un compte-rendu exhaustif ni même représentatif des réflexions que suscite aujourd'hui encore, dans la littérature anglo-américaine, le « combat des chefs » entre Hart et Dworkin. Une monographie ne suffirait pas à décrire et analyser ces débats infinis qui, mois après mois, remplissent les colonnes de revues spécialisées outre-Manche et outre-Atlantique.

Cet article s'est donc assigné un objectif – à peine – plus modeste : fournir au lecteur francophone un plan, une carte susceptible de l'orienter dans les controverses qui, sur les traces de Hart et Dworkin, opposent un grand nombre de théoriciens et philosophes du droit

* Aspirant du F.N.R.S., rattaché aux Facultés universitaires Saint-Louis.

¹ Dans cet article, nous prendrons pour synonymes les termes de « philosophie » et de « théorie » du droit.

² Certains auteurs estiment toutefois qu'il est désormais temps d'abandonner ce débat. Cet abandon est justifié tantôt par le fait que la controverse est insoluble (K. CULVER, « Leaving the Hart-Dworkin Debate », *University of Toronto L.J.*, 2001, p.367-398), tantôt par le fait qu'elle a été « gagnée » par les positivistes (B. LEITER, « Beyond the Hart/Dworkin Debate : The Methodology Problem in Jurisprudence », *American Journal of Jurisprudence*, 2003, p.17-51).

³ H.L.A. HART, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, 2^{ème} éd., Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005.

anglo-saxons⁴. Notre regard se concentrera sur les réflexions qui ont émergé postérieurement à la parution de la *Postface*. Bien entendu, nous ne pourrions pour autant faire l'économie de certains *flashes-back*. Les commentaires qu'a suscités la *Postface* ne se comprennent bien souvent qu'à la lumière de théories plus anciennes, intervenues bien plus tôt dans le débat Hart/Dworkin. Inutile de préciser que la carte proposée au lecteur est largement déformée ; elle laisse dans l'ombre des points importants et accorde à d'autres une place qu'ils ne méritent sans doute pas. Elle est également une œuvre de reconstruction qui, comme toute entreprise interprétative, porte l'empreinte de son auteur. Enfin, on rappellera qu'une carte est une invitation au voyage, et non un prétexte pour y renoncer. Des descriptions condensées à l'extrême ne permettront jamais de rendre la substance de théories mûries pendant des années et exposées sur des centaines de pages. Tout au plus auront-elles pour effet d'alléger quelque peu l'anxiété du lecteur désireux d'aborder des continents qui lui sont encore méconnus.

Et déjà, s'impose une première indication sur le domaine couvert par la carte que l'on s'apprête à dresser. Si elle a pris des formes très diverses au fil du temps, la controverse entre Hart et Dworkin peut, semble-t-il, être ramenée à un débat passionné sur un pont aux ânes de la théorie du droit. Derrière les controverses relatives à la place des principes dans le droit ou à la liberté du juge face à des « cas difficiles », c'est en réalité la question des rapports entre droit et morale qui se trouve au cœur du « choc des titans »⁵. A l'origine dissimulée derrière des points d'accrocs plus concrets, cette problématique fondamentale s'est progressivement dépouillée de tout artifice pour apparaître aujourd'hui à l'état brut dans les réflexions des théoriciens du droit contemporains qui poursuivent le débat entre Hart et Dworkin.

Ces discussions sur les rapports entre droit et morale empruntent deux sentiers différents, que l'on explorera tour à tour. Elles portent d'une part sur les conditions de possibilité d'un positivisme *méthodologique* qui, dans la ligne de Hart, s'entend d'une théorie du droit absolument neutre et descriptive. Prétendant bouter les jugements de valeur hors du champ de la « science » du droit, un tel projet continue de s'attirer les critiques de Dworkin et d'un nombre croissant de théoriciens du droit. Le débat entre Hart et Dworkin ne se limite toutefois pas à une discussion méthodologique ou épistémologique. Il porte également sur des thèses *substantielles* relatives à la nature des liens qui unissent la morale à la validité juridique⁶. Alors que les tenants du positivisme juridique récuse la nécessité d'un tel lien, Dworkin – en cela rejoint par les théoriciens du droit naturel tels que Finnis – soutient l'idée que le droit est consubstantiellement lié à la moralité de son contenu.

On notera que ces deux sentiers ne cessent de s'entrecroiser dans les écrits de Hart, de Dworkin et de leurs disciples. C'est qu'ici comme ailleurs, il semble illusoire de vouloir séparer radicalement la forme du fond, et la méthodologie du contenu. Par souci de clarté, on a toutefois pris ici le parti de distinguer clairement ces deux « champs de bataille » en passant

⁴ Cet objectif nous a amené à sacrifier quelque peu à la rigueur scientifique en traduisant systématiquement en français l'ensemble des citations qui ponctuent cet article. La référence indique l'endroit où peut être consulté dans sa langue originale le passage cité. Les extraits des ouvrages de Hart et Dworkin renvoient quant à eux à la traduction française de ces ouvrages.

⁵ « (...) je pense qu'il y a une unité fondamentale dans le débat Hart-Dworkin, qui peut être décrite de manière relativement simple. (...) le débat tourne autour d'une des thématiques les plus profondes de la philosophie du droit, à savoir la relation entre légalité et moralité » (S. SHAPIRO, « The 'Hart-Dworkin' Debate : A Short Guide for the Perplexed », in A. RIPSTEIN (ed.), *Dworkin*, Cambridge, CUP, 2007 (à paraître), disponible sur <http://ssrn.com/abstract=968657>).

⁶ Cette distinction entre positivisme « méthodologique » et « substantiel » est opérée par S. Perry (S. PERRY, « Hart's Methodological Positivism », in J. COLEMAN (ed.), *Hart's Postscript – Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, OUP, 2001, p.311-354, spéc. p.311).

sous silence leurs influences réciproques. Abordant successivement les questions méthodologiques (I) et les questions substantielles (II), on s'attachera d'abord à présenter l'état de la controverse dans les écrits de Hart et Dworkin (A) avant de s'interroger sur ses prolongements chez d'autres théoriciens du droit contemporains (B).

Avant de commencer notre exploration, on voudrait encore formuler deux avertissements préliminaires. D'une part, ce survol de la controverse Hart/Dworkin et de ses prolongements contemporains se veut le plus « neutre » possible. En bon cartographe, on se limitera donc à indiquer les chemins et les courbes de niveau sans en modifier – à tout le moins volontairement – le tracé ou le relief. D'autre part, les pages qui suivent se concentrent sur les critiques émises par Dworkin à l'encontre de la pensée de Hart, et sur les réactions qu'ont suscitées ces critiques dans le camp positiviste. En revanche, les attaques menées par Hart et ses successeurs contre la théorie du « droit intégrité » défendue par Dworkin ne feront pas – comme telles – l'objet d'une analyse approfondie. Il ne faut pas s'en étonner. La controverse entre Hart et Dworkin prend avant tout l'allure d'une grande bataille autour des thèses du positivisme juridique. Les salves tirées contre la théorie du droit intégrité n'ont jamais eu l'impact et l'écho de celles qui, décochées par Dworkin, ont à jamais transformé la théorie positiviste du droit.

I. Le positivisme méthodologique – Quand la théorie s'affranchit de la morale

A. La controverse initiale – Hart vs. Dworkin

Dans la préface à la première édition du *Concept de droit*, Hart décrit son ouvrage comme « un essai en sociologie descriptive »⁷. Il exprime par-là sa volonté de procéder à une simple description du concept de droit, détachée de toute visée normative. Hart entend rendre compte de la « texture » du concept de droit tout en se gardant bien d'en apprécier le bien-fondé et d'en évaluer les manifestations concrètes dans l'un ou l'autre système juridique particulier.

Le label « sociologique » ne reflète toutefois pas au mieux la théorie du droit élaborée par le philosophe anglais. Hart ne cherche pas à donner une description totalement détachée du phénomène juridique, tel le sociologue ou l'anthropologue qui constate et rend compte de l'existence d'un certain nombre de règles auxquelles se soumettent les membres d'une société donnée. Estimant que le positivisme de John Austin et le réalisme d'Alf Ross demeurent prisonniers de cette vision purement externe du droit – les obligations juridiques y sont analysées en termes de prédictions de sanctions –, Hart s'efforce de capturer le point de vue *interne* des personnes soumises au droit. Il tente ainsi de dégager l'aspect psychologique de la règle de droit – qui la distingue d'une simple habitude sociale – en soulignant le sentiment d'obligatorité, l'attitude de réflexion critique que les participants au système juridique ne manquent pas de développer à l'égard de l'obéissance à la règle de droit. Cette prise en compte du point de vue interne de la règle de droit n'a cependant, aux yeux de Hart, aucune incidence sur le caractère neutre et descriptif de son entreprise.

Dans *L'empire du droit*⁸, Ronald Dworkin décoche ses premières flèches contre le projet d'une théorie du droit purement descriptive. S'il s'engage clairement dans la voie d'une

⁷ H. HART, *Le concept de droit*, op. cit., p.12.

⁸ R. DWORKIN, *L'empire du droit*, trad. E. Soubrenie, Paris, PUF, 1994 (éd. orig. 1986).

théorie « interprétative-reconstructive » qui s'avoue explicitement normative, Dworkin n'attaque toutefois pas encore de front la question de la *possibilité* du positivisme méthodologique. Cette question affleure toutefois dans deux objections adressées, l'une directement, l'autre implicitement, à Hart et ses disciples.

La première objection tient à ce que Dworkin appelle le « dard sémantique ». Dworkin qualifie de « sémantiques » les théories qui « (...) supposent que juristes et juges utilisent en général les mêmes critères (bien que ceux-ci soient cachés ou qu'ils passent inaperçus) pour établir dans quel cas les thèses juridiques sont vraies ou fausses ; elles supposent que les juristes parviennent à un accord réel sur les fondements du droit »⁹. Au rang de ces théories dites sémantiques, Dworkin fait figurer le positivisme juridique. Celui-ci postule en effet l'existence de critères *non controversés* qui permettent l'identification des règles de droit, et dont il est possible de rendre compte « objectivement ».

Selon Dworkin, une telle conception du droit et de l'ordre juridique est incapable d'expliquer une partie importante des désaccords qui émaillent la pratique juridique quotidienne. Le philosophe américain explique que ces désaccords ne portent pas toujours sur l'application d'une règle de droit à des « cas limites » (*borderline cases*) – mettant en cause une règle de droit jugée obscure – mais surgissent bien souvent dans des « cas charnières » (*pivotal cases*) lors desquels l'identification même de la règle de droit est controversée. Ces cas charnières posent problème aux positivistes dans la mesure où ils démentent l'existence de critères d'identification du droit à la fois clairs et communément admis au sein de la communauté des juristes : « ainsi, le projet des théories sémantiques, le projet d'exhumer des règles communes à partir de l'étude attentive des paroles et des actes des juristes, serait voué à l'échec »¹⁰. Or, poursuit Dworkin, les positivistes ne peuvent accepter cet échec parce qu'ils sont contaminés par le dard sémantique. Ils estiment en effet que tout véritable désaccord doit reposer sur un accord relatif aux termes du désaccord. Ils en déduisent qu'à peine de conclure qu'il n'y a pas de désaccord en droit – ce que contredit immédiatement l'observation empirique –, il faut admettre qu'il y a un accord sur ce que constitue le droit – à savoir sur les critères de validité juridique – et que les seuls désaccords possibles portent soit sur l'application des règles de droit, soit sur les faits historiques qui ont présidé à l'édiction de celles-ci (par exemple, cette loi a-t-elle bien été adoptée par le Congrès ?). Cependant, termine Dworkin, une telle explication ne coïncide pas avec la pratique, qui témoigne de l'existence de controverses sur les fondements même du droit.

La seconde objection adressée – indirectement – au positivisme méthodologique dans *L'empire du droit* tient à l'impossibilité de ce que Dworkin appelle le « scepticisme extérieur ». Affaibli à ôter le dard sémantique à l'aide de sa théorie de l'interprétation, Dworkin se trouve confronté à l'argument sceptique selon lequel toute interprétation est nécessairement relative et qu'il n'est « pas de réponse juste à des questions de valeur esthétique, morale ou sociale »¹¹. Face à cette objection – qui entraîne l'impossibilité d'un accord en droit si celui-ci est conçu comme interprétation –, Dworkin s'attache à distinguer le scepticisme intérieur du scepticisme extérieur. Le premier constitue en lui-même une entreprise d'interprétation. Le sceptique intérieur soutiendra ainsi que telle peinture n'est pas plus belle que telle autre ou que telle traduction n'est pas meilleure que telle autre car elles sont simplement différentes et incomparables. En soutenant cette position relativiste, le sceptique offre lui-même ce qu'il considère être la meilleure interprétation de ces œuvres d'art. Dworkin accepte – et combat –

⁹ *Ibid.*, p.35.

¹⁰ *Ibid.*, p.46.

¹¹ *Ibid.*, p.86.

cette posture intellectuelle qui, de l'intérieur de l'interprétation, vient contester – arguments à l'appui – l'existence d'une hiérarchie de valeur dans les interprétations. Le scepticisme extérieur, tout au contraire, consiste à affirmer qu'il existe bien des préférences subjectives en matière morale ou artistique, mais que ces préférences ne reflètent pas un fait objectif, inscrit dans le monde « réel ». A l'inverse du scepticisme intérieur, il prétend fonder son relativisme sur un point de vue de Sirius, externe à l'interprétation. Dworkin conteste l'utilité – et en définitive la possibilité – d'une telle position, qui se ramène selon lui à un scepticisme intérieur. Le point de vue extérieur dont elle se réclame n'est en effet qu'un leurre, une vue de l'esprit qui n'ajoute rien au scepticisme intérieur, et par laquelle le sceptique entend échapper à la tâche de justification de sa position. Le sceptique extérieur n'est donc jamais qu'un sceptique intérieur qui s'ignore – ou feint de s'ignorer. Sa position n'est jamais qu'une interprétation qui doit être argumentée pour pouvoir prétendre au titre de la meilleure interprétation.

On est tenté de voir dans ces réflexions une attaque détournée contre le positivisme méthodologique défendu par Hart et ses successeurs. C'est qu'en prétendant donner une définition neutre et descriptive du concept de droit, cette théorie adopte précisément le point de vue de Sirius dénoncé par Dworkin. A suivre celui-ci, le positiviste se fourvoie en espérant échapper à la pratique interprétative. Malgré ses apparences d'objectivité, le point de vue défendu par le positivisme méthodologique se ramène à *une* interprétation parmi d'autres de ce qui constitue le droit : une interprétation qui essaie à sa manière de présenter le droit sous le meilleur jour possible et qui, comme les interprétations concurrentes, est pétrie de jugements de valeur. Dans la foulée, Dworkin invite les positivistes à assumer pleinement ce statut de théorie interprétative. Le positivisme est ainsi rebaptisé « conventionnalisme » et transformé en une théorie interprétative destinée à servir l'idéal des attentes protégées. Dworkin finira toutefois par rejeter ce positivisme reconverti, estimant qu'il propose une moins bonne interprétation de la pratique juridique que sa théorie du « droit intégrité ».

Dans sa *Postface*, Hart répond brièvement à ces critiques. D'une part, il affirme que sa théorie du droit n'est pas touchée par l'argument du dard sémantique. En effet, explique-t-il, l'analyse positiviste du droit ne repose pas sur une analyse sémantique du mot « droit » ou sur l'idée « (...) que, si les critères d'identification du droit n'étaient pas incontestablement fixés, le terme « droit » aurait des *significations* différentes pour des personnes différentes »¹². Hart considère que du fait que sa théorie du droit se veut descriptive il ne découle pas nécessairement qu'elle est une théorie sémantique. Il affirme ainsi qu'« une théorie sémantique du droit est considérée par Dworkin comme une théorie selon laquelle la signification même du mot « droit » fait dépendre le droit de certains critères spécifiques. Mais les propositions juridiques sont typiquement des énoncés relatifs non pas à ce que le terme « droit » signifie, mais à ce que *le droit* est, c'est-à-dire à ce que le droit d'un certain système autorise, oblige ou habilite les gens à faire »¹³. Et d'en conclure que la signification du mot « droit » n'influerait sur le contenu de celui-ci « (...) que si les critères fournis par la règle de reconnaissance d'un système et le besoin d'une telle règle étaient dérivés de la signification du mot « droit ». Mais il n'existe aucune trace d'une telle thèse dans mon ouvrage »¹⁴.

D'autre part, Hart répète que son ambition a été de fournir une théorie du droit à la fois générale – ne se rattachant à aucun ordre juridique particulier – et descriptive – n'impliquant

¹² H. HART, *op. cit.*, p.264.

¹³ *Ibid.*, p.264.

¹⁴ *Ibid.*, p.265.

aucune évaluation normative des phénomènes dont elle rend compte. Il estime à cet égard que la théorie interprétative de Dworkin, en ce qu'elle développe un point de vue moral sur le droit, est une entreprise digne d'intérêt mais radicalement différente de la sienne. Il ne voit dès lors pas pourquoi il devrait y avoir « quelque conflit significatif »¹⁵ entre les deux. Hart s'inscrit toutefois en faux contre l'idée selon laquelle il serait impossible de rendre compte de manière purement descriptive du point de vue interne des participants à un ordre juridique. Plus encore, il estime que Dworkin fait erreur lorsqu'il affirme qu'en débattant de problèmes très généraux de théorie du droit, « (...) même le théoricien du droit faisant œuvre descriptive sera confronté à des questions concernant le sens ou la signification de propositions juridiques qui ne peuvent recevoir de réponse satisfaisante que de la part d'une théorie interprétative et partiellement évaluative »¹⁶. Hart soutient au contraire que « (...) même si les juges et les juristes de tous les systèmes juridiques dont le théoricien du droit faisant œuvre de description générale doit tenir compte résolvaient effectivement eux-mêmes des questions de signification d'une telle manière interprétative et partiellement évaluative, il s'agirait là d'un phénomène que le théoricien (...) devrait enregistrer comme un fait (...). Une description peut encore demeurer une description, même si ce qui est décrit consiste en une évaluation »¹⁷.

Dworkin ne reviendra pas – à notre connaissance – sur l'argument du « dard sémantique ». En revanche, dans des articles postérieurs à la publication de la *Postface*, il détaillera longuement sa position relative au scepticisme externe et à l'impossibilité d'une théorie descriptive du droit. Dans un texte de 1996, préoccupé de philosophie morale bien plus que de droit, Dworkin réitère sa critique du scepticisme extérieur, qu'il rebaptise « archimédéanisme »¹⁸. L'espace manque pour décrire en détail le raisonnement avancé par Dworkin dans cet article devenu célèbre. Le philosophe américain y répète que l'« on ne peut pas grimper en dehors de la morale pour la juger depuis quelque tribunal archimédéen extérieur, pas plus que l'on ne peut grimper hors de la raison elle-même pour l'évaluer du dessus »¹⁹. Il poursuit en considérant que l'archimédéanisme n'est qu'une forme déguisée de scepticisme intérieur, lequel n'est pas une attitude par défaut, mais bien une position morale comme les autres qui doit être justifiée en conséquence. Dworkin conclut en soulignant que l'idée selon laquelle il n'y aurait pas une seule bonne réponse à un « cas difficile » (*hard case*) en droit représente une forme de scepticisme intérieur. Elle doit donc être justifiée et argumentée de la même manière que la thèse inverse – défendue par Dworkin lui-même.

Quelques années plus tard, Dworkin applique sa critique de l'archimédéanisme au positivisme méthodologique²⁰. Dans ce qui prend la forme d'une réplique à la postface de Hart – mais une réplique limitée au positivisme *méthodologique* –, il y dénonce comme chimérique et « archimédéenne » la tentative hartienne de développer une théorie du droit à la fois neutre et philosophique. Dworkin estime qu'à l'instar des notions de liberté, de démocratie ou d'égalité, le concept de droit exprime des valeurs que l'on ne peut espérer décrire en toute neutralité. Toute description du phénomène juridique emporte nécessairement une interprétation – la meilleure possible – des valeurs qui pointent derrière celui-ci. Dworkin

¹⁵ *Ibid.*, p.258.

¹⁶ *Ibid.*, p.261.

¹⁷ *Ibid.*, p.261-262.

¹⁸ R. DWORKIN, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe It », *Philosophy and Public Affairs*, 1996, p.87-139.

¹⁹ *Ibid.*, p.128.

²⁰ R. DWORKIN, « Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2004, p.1-37. D. M. Patterson a tenté de montrer certaines positions adoptées par Dworkin dans cet article sont incompatibles avec sa conception du droit comme intégrité (cf. D. PATTERSON, « Dworkin on the Semantics of Legal and Political Concepts », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2004, p.545-557).

ajoute qu'une théorie descriptive du droit est du reste impossible, dès lors qu'elle ne peut se fonder ni sur des critères sémantiques uniformément partagés, ni sur une sorte d'essence du droit comparable à la composition chimique d'un corps organique, ni sur une étude statistique-empirique qui retracerait l'utilisation du concept de droit à travers les âges et les cultures. Il conclut en faisant observer que la théorie « pseudo-descriptive » de Hart est en réalité tributaire d'une certaine conception – inévitablement normative – de la légalité et qu'on lui rend mieux justice en la considérant comme une théorie interprétative, concurrente à la théorie du « droit intégrité ».

B. Les prolongements du débat – Les échos de la critique dworkinienne

De nombreux juristes et philosophes contemporains se sont penchés sur les objections soulevées par Dworkin pour contester la possibilité d'une théorie du droit purement descriptive. L'argument du « dard sémantique » (1) et la critique de l'« archimédéisme » (2) ont suscité une abondance de commentaires, principalement dans le camp des positivistes. Nous décrivons ici à gros traits quelques-unes de ces réactions.

1. Le débat autour du « dard sémantique »

Le dard sémantique – et la réponse offerte par Hart dans sa *Postface* – provoquera des réactions très dispersées chez les théoriciens du droit anglo-américains. Les uns estimeront à la suite de Hart qu'un tel argument ne s'applique pas à la théorie de ce dernier parce que celle-ci n'est pas une théorie conceptuelle (*i*). Les autres reconnaîtront le potentiel dévastateur du dard sémantique mais s'attacheront à en démontrer le caractère erroné (*ii*). D'autres enfin considéreront l'argument percutant et particulièrement dangereux pour le positivisme méthodologique défendu par Hart (*iii*). Il va de soi que les thèses succinctement présentées ci-dessous ne sont qu'un échantillon des nombreuses réactions suscitées par l'argument du dard sémantique. Elles figurent cependant parmi les réponses les plus détaillées et élaborées à cet argument.

(*i*) T. Endicott s'emploie à montrer que la théorie de Hart n'est pas une théorie sémantique au sens où l'entend Dworkin. Il soutient qu'en outre, une telle théorie est capable d'expliquer les désaccords qui opposent les juristes sur l'identification des règles de droit²¹. Endicott commence par expliquer que les prétentions sémantiques de la théorie de Hart sont extrêmement modestes. S'il donne l'impression d'élucider la signification du mot « droit », Hart n'entend pas en réalité dicter l'usage correct d'un tel terme dans la langue anglaise. Il entend simplement en dégager les traits saillants à partir d'une analyse d'exemples clairs, d'expressions paradigmatiques dans lesquelles chacun s'accorde à déceler la présence du droit. Les prétentions sémantiques de Hart sont donc limitées à ceci qu'il est possible d'identifier des « exemples de droit » qui font – à peu près – l'unanimité. Si certains de ces paradigmes sont susceptibles de changer et d'être remis en cause avec le temps, il n'en résulte pas que tous les attributs traditionnellement attachés au concept de droit – et sur lesquels Hart fonde sa théorie – sont un terreau mouvant, pétri de relativité, et incapable de supporter une construction théorique descriptive.

²¹ T. ENDICOTT, « Herbert Hart and the Semantic Sting », in J. COLEMAN (ed.), *Hart's Postscript – Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, OUP, 2001, p.39-58.

ii) Coleman s'efforce quant à lui de contrer l'argument du dard sémantique en décelant une confusion dans les prémisses de celui-ci²². Dworkin, rappelle-t-il, affirme que les désaccords entre juristes sur les critères d'identification du droit – ou sur les critères de la validité juridique – contredisent le présupposé positiviste selon lequel le droit possède un certain nombre de caractéristiques largement reconnues dans la communauté des juristes. Coleman estime que cette affirmation repose sur une confusion entre le droit tel qu'il se pratique dans une communauté juridique donnée et le concept de droit, universel et abstrait. Or, poursuit-il, les « cas charnières » évoqués par Dworkin illustrent tous des désaccords sur l'identification de règles de droit particulières, propres à un ordre juridique donné. On ne saurait inférer de ces différends ponctuels un désaccord plus profond quant à ce qu'est le Droit, entendu au sens large comme le phénomène juridique. En effet, « supposons par exemple que nous partagions le point de vue selon lequel le droit est un concept contestable en ce sens que, en quelque endroit où il y a du droit, l'identification de celui-ci est toujours un sujet de débat potentiel, et exige une pratique interprétative. Notre désaccord relatif aux critères de la validité juridique dans notre communauté ne nous pose aucun problème dès lors qu'un tel désaccord fait partie de notre conception du droit »²³.

Raz emprunte un autre chemin pour démontrer l'inanité du dard sémantique²⁴. Il affirme que contrairement à ce que présuppose Dworkin, une théorie sémantique ne s'oppose pas à toute forme de désaccord relatif au concept qu'elle entend décrire. Raz commence par recalibrer l'argument développé dans *L'empire du droit*. Si Dworkin fait figurer le positivisme juridique au rang des théories sémantiques, ce n'est pas simplement pour indiquer que celui-ci vise à fournir une explication au mot « droit » – Dworkin considère sa propre théorie comme « sémantique » dans ce sens élargi. En procédant à cette classification, le philosophe américain cherche en réalité à souligner que selon le positivisme juridique, l'usage du mot « droit » obéit à certaines règles communément admises, que ces règles comportent des critères relatifs au bon usage de ce terme, et qu'il est possible d'identifier ces critères de manière descriptive.

Raz s'emploie à démontrer que cette « sémantique critérielle » – qu'il semble reconnaître comme étant au fondement du positivisme méthodologique – n'offre pas de prise au dard sémantique de Dworkin. Sa réfutation s'articule en trois temps. D'abord, il souligne que la sémantique critérielle ne repose pas nécessairement sur une conception individualiste des critères présidant à l'utilisation des mots. Elle entend bien au contraire dégager les critères utilisés dans la communauté en général ; il s'ensuit qu'un désaccord entre deux locuteurs sur l'utilisation d'un même mot ne suffit pas à mettre en doute l'existence même de critères communs régissant l'usage de ce mot. Ensuite, Raz rappelle que les critères définissant l'utilisation de certains concepts sont eux-mêmes formés d'autres concepts dont l'ambiguïté peut faire surgir des conflits entre différents locuteurs : « supposons qu'une condition d'une guerre juste consiste en ce que les mesures utilisées par celui qui la mène soient proportionnées au mal qu'elles contribuent à éviter. L'évaluation de la proportionnalité implique de comparer la gravité de différents maux. S'ensuit-il que la parfaite capacité de comparer la gravité de différents maux est nécessaire à la compréhension du concept de guerre juste ? Pas si l'on s'en tient à la notion de concept telle que nous la partageons »²⁵.

²² J. COLEMAN, *The Practice of Principle*, Oxford, OUP, 2001, p.179-183.

²³ *Ibid.*, p.182.

²⁴ J. RAZ, « Two Views of the Theory of Law – A Partial Comparison », in J. COLEMAN (ed.), *Hart's Postscript*, *op. cit.*, p.1-37.

²⁵ *Ibid.*, p.23.

Dworkin semble donc victime d'une confusion entre les différends relatifs aux concepts qui forment les critères d'utilisation du mot « droit » et les désaccords sur le mot « droit » lui-même. Enfin, Raz estime que Dworkin fait erreur lorsqu'il considère que le concept de droit ne peut être expliqué par les critères régissant l'utilisation de ce concept dès lors que ces critères n'offrent pas toujours au juge une bonne réponse dans la résolution des cas qui lui sont soumis. Dworkin est ici victime d'une nouvelle confusion, entre les critères servant à l'identification du Droit en général, et ceux régissant l'identification du droit en vigueur dans une communauté particulière.

iii) N. Stavropoulos considère pour sa part que le dard sémantique « pique » bel et bien le positivisme juridique²⁶. Prenant le contre-pied d'Endicott, il entreprend de démontrer que la théorie de Hart repose largement sur des considérations sémantiques. Il reconnaît que Hart était bien conscient des obstacles à une définition sémantique classique du mot « droit », qui entendrait en identifier les critères à la fois nécessaires et suffisants. Stavropoulos soutient cependant que ces obstacles – la texture ouverte du langage et l'existence de cas limites, notamment – ont amené Hart à s'engager dans un nouveau type d'analyse sémantique, qui vise à dégager les critères *normalement* nécessaires et suffisants à l'usage du mot droit, mais qui peuvent « s'effacer » dans certaines circonstances. Cette observation est étayée par la place essentielle qu'occupe, dans *Le concept de droit*, l'élucidation d'expressions telles que « ordonner », « donner un ordre », « obéissance », « être obligé », etc. Cet attachement aux mots ne s'accompagne toutefois pas chez Hart d'une ambition de régir leur utilisation. Hart semble bien plutôt s'engager dans une « analyse conceptuelle », qui entend abstraire – moyennant des généralisations et une certaine idéalisation – l'essence du concept de droit à partir de son usage quotidien. Stavropoulos explique, exemples à l'appui, que la théorie hartienne du droit est de part en part déterminée par la conviction qu'il existe une compréhension partagée du terme de droit. Partant, elle ne peut échapper à l'emprise du « dard sémantique ».

2. Le débat autour de « l'archimédéanisme »

De nombreux auteurs ont réagi à la critique de Dworkin selon laquelle c'est en vain que le positivisme méthodologique cherche à appuyer ses observations sur un illusoire point d'Archimède, extérieur au tourbillon interprétatif du droit. Si aujourd'hui tout le monde semble s'accorder sur l'impossibilité d'une véritable neutralité « épistémologique » (i), il s'en faut de beaucoup que le point de vue de Dworkin sur l'impossibilité d'une théorie descriptive du droit emporte l'unanimité. Si certains partagent l'analyse du philosophe du droit américain (ii), d'autres la contestent avec force (iii). Et alors que certains tentent de montrer que sous ses couvertures descriptives, la théorie de Hart est en réalité normative (iv), d'autres livrent un plaidoyer en faveur des vertus politiques du positivisme, s'accordant par-là à en rejeter toute prétention à la neutralité (v).

(i) Plus personne ne semble contester sérieusement l'idée selon laquelle toute entreprise théorique repose en définitive sur un certain parti pris épistémologique. D'une part, comme le rappelle Dickson²⁷, celui qui s'engage dans un processus de théorisation adhère nécessairement à certaines valeurs telles que la clarté, la simplicité, et la cohérence. D'autre part, comme l'affirment notamment Leiter²⁸, Marmor²⁹ et Coleman³⁰, « les évaluations (...) »

²⁶ N. STAVROPOULOS, « Hart's Semantics », in J. COLEMAN (ed.), *Hart's Postscript*, op. cit., p.59-98.

²⁷ J. DICKSON, *Evaluation and Legal Theory*, Oxford, Hart, 2001, p.33.

²⁸ B. LEITER, « Beyond the Hart/Dworkin Debate ... », loc. cit., p.17-51.

sont une composante indispensable et décisive dans la sélection ou la formation de tout concept utilisé dans la description d'aspects des activités humaines tels que le droit ou l'ordre juridique »³¹. Raz détaille et pousse un peu plus loin ce point de vue lorsqu'il explique que « [l]a théorie du droit contribue (...) à une meilleure compréhension de la société. Mais il serait erroné d'en conclure (...) que l'on juge le succès d'une analyse du concept de droit à l'aune de sa fécondité théorique sociologique. Penser ainsi revient à ignorer qu'à l'inverse de concepts tels que « masse » ou « électron », « le droit » est un concept auquel les gens ont recours pour se comprendre eux-mêmes. Nous ne sommes pas libres de choisir un concept qui nous paraît fécond. Une tâche majeure de la théorie du droit est de favoriser notre compréhension de la société en nous aidant à comprendre comment les gens se comprennent. Une telle entreprise conduit à des jugements des valeurs, car de tels jugements sont inévitables lorsque l'on essaie de distinguer ce qui est central et significatif dans la compréhension commune du concept de droit »³².

(ii) Nous ne nous attarderons guère sur les écrits de ceux qui endossent, moyennant parfois quelques amendements, les critiques de Dworkin à l'encontre de l'archimédéisme. Qu'il nous suffise de rappeler que ces auteurs, au nombre desquels figurent Finnis³³, Perry³⁴ et Waldron³⁵, ne se satisfont pas des concessions faites par les positivistes au « normativisme épistémologique ». Ils prétendent que toute théorie du droit repose nécessairement sur des évaluations *morales*. Waldron considère ainsi qu'une théorie descriptive du droit ne peut adéquatement rendre compte du « point de vue interne » des participants au système juridique sans tomber dans une forme de sociologie ou d'histoire de la théorie du droit elle-même³⁶.

iii) Parmi les nombreuses répliques au réquisitoire de Dworkin contre le positivisme méthodologique – qu'il assimile à l'illusion archimédéenne –, une contribution récente de K. Ehrenberg mérite d'être épinglée³⁷. L'espace manque pour décrire la manière dont Ehrenberg conteste la présentation faite par Dworkin de l'archimédéisme. En revanche, on s'arrêtera un bref instant sur sa réfutation de l'idée selon laquelle une théorie du droit ne peut être descriptive dans aucun des sens que l'on attribue généralement à cette épithète. Dworkin estime ainsi que le droit n'offre ni un contenu sémantique univoque, ni une structure comparable à l'ADN d'un corps organique, ni une pratique suffisamment restreinte et uniforme pour pouvoir faire l'objet d'un relevé statistique. Ehrenberg réfute une à une chacune de ces thèses.

²⁹ A. MARMOR, « Legal Positivism : Still Descriptive and Morally Neutral », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, p.683-704.

³⁰ J. COLEMAN, *The Practice....*, *op. cit.*, p.199.

³¹ J. FINNIS, cité par B. LEITER, *loc. cit.*, p.24.

³² J. RAZ, « Authority, Law and Morality », in J. RAZ, *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p.237. Cette affirmation n'est sans doute pas partagée par tous les tenants du positivisme méthodologique, au premier rang desquels Hart et Coleman (cf. sur ce point les vues contrastées de J. DICKSON, *op. cit.*, p.29-49, et de B. LEITER, *loc. cit.*, p.33-38). Raz, du reste, s'estime lui-même plus proche de Finnis et de Dworkin que de Hart sur cette question particulière (cf. J. RAZ, « Two Views... », *loc. cit.*, p.21).

³³ J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, p.13-18.

³⁴ S. PERRY, « Hart's Methodological Positivism », *loc. cit.*, p.311-354.

³⁵ J. WALDRON, « Normative (or Ethical) Positivism », in J. COLEMAN (ed.), *Hart's Postscript*, *op. cit.*, p.411-433.

³⁶ *Ibid.*, p.425.

³⁷ K. EHRENBURG, « Archimede's Ground : a Matter of Methodology », 2007, disponible sur <http://ssrn.com> ; Cf. également avec fruit A. MARMOR, *loc. cit.*, p.683-704 ; D. PATTERSON, « Dworkin on the Semantics of Legal and Political Concepts », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2004, p.545-557.

D'abord, il se réfère aux analyses de O. Simchen et J. Coleman pour contester l'impossibilité d'une théorie descriptive qui se fonderait sur une analyse sémantique du concept de droit³⁸. Embrassant la nouvelle « théorie de la référence » de Putnam, Simchen et Coleman tentent de tracer une nouvelle voie pour le positivisme méthodologique, qui contourne l'objection sémantique de Dworkin³⁹. Ils affirment qu'une théorie du droit sémantique-descriptive peut fort bien s'interroger sur ce qu'est le droit en s'interrogeant sur ce qui caractérise toutes les utilisations du mot « droit » dans la vie ordinaire. Peut-être n'ont-elles aucun point commun en dehors du fait qu'elles constituent une extension du terme « droit », auquel cas il appartiendra à la théorie du droit de dégager les utilisations paradigmatiques de ce terme. Dans la situation inverse, le théoricien s'attellera à l'identification et à l'explication de ces caractéristiques communes.

Contre l'argument selon lequel le droit n'a pas de « structure profonde » ou d'« ADN », Ehrenberg s'appuie sur l'« approche institutionnelle » défendue par Raz et la notion de « fait institutionnel » dégagée par Searle. A la suite de ces deux penseurs, il soutient l'idée que le droit est une pratique institutionnelle qui doit être comprise et analysée dans son contexte. Avec Raz, il affirme ceci : « en reconnaissant le droit comme une institution sociale dont l'impact dépasse largement le cercle de acteurs juridiques et en reconnaissant ses points de contact avec d'autres institutions sociales, nous suggérons l'existence de nouvelles vérités à découvrir et à décrire, des éléments de la pratique dont nous ne sommes pas pleinement informés »⁴⁰. Dans la ligne de Searle, il ajoute : « (...) la reconnaissance du droit comme une pratique continue pointe dans la direction d'une structure profonde d'un genre différent [de l'ADN qui caractérise une espèce], une structure qui implique des actions, des attitudes et des mots. Une description de la manière dont ceux-ci constituent le droit revient à une description de la structure institutionnelle profonde du droit (...) »⁴¹.

Enfin, Ehrenberg conteste l'affirmation selon laquelle le droit est rebelle à toute tentative de généralisation empirique à partir d'une collecte de données statistiques. Dworkin estime en effet que toute théorisation de ce type serait vulnérable au moindre contre-exemple que ne manquerait pas de fournir l'immense réservoir du droit tel qu'il s'est pratiqué à travers les siècles et les civilisations. Ehrenberg réfute ce point de vue en affirmant qu'une généralisation empirique (i) n'exige pas nécessairement une collecte de données substantielles et (ii) n'est pas nécessairement mise en péril par la découverte d'un contre-exemple. D'une part, comme tout participant à la pratique institutionnelle que constitue le droit, le théoricien du droit a déjà un certain nombre d'intuitions – une sorte de préinterprétation que ne renierait pas Dworkin – à l'égard du concept de droit, intuitions qui peuvent aisément être corroborées par l'observation des autres participants. D'autre part, une telle tentative de généralisation empirique consiste en réalité en la recherche d'un « équilibre réflexif » – au sens rawlsien du terme – entre l'observation et l'intuition. Dès lors, la survenance d'un contre-exemple conduit à rectifier cet équilibre plutôt qu'à le remettre radicalement en cause.

iv) On doit à S. Perry d'avoir montré – ou tenté de montrer⁴² – qu'en dépit des apparences, la théorie du droit de Hart elle-même relève davantage d'une entreprise normative que

³⁸ Cf. J. COLEMAN, O. SIMCHEN, « 'Law' », *Legal Theory*, 2003, p.1-41.

³⁹ Pour une discussion critique du raisonnement de Simchen et Coleman, cf. A. HALPIN, « The Methodology of Jurisprudence : Thirty Years Off the Point », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2006, p.67-105, spéc. p.81-84.

⁴⁰ K. EHRENBURG, *loc. cit.*, p.16.

⁴¹ *Ibid.*, p.20.

⁴² Les conclusions de Perry ont notamment été remises en cause par J. Coleman (J. COLEMAN, *The Practice of Principle*, *op. cit.*, p.197-207.

descriptive⁴³. Perry signale l'ambiguïté qui hypothèque d'emblée la réussite du projet de Hart. Celui-ci déclare vouloir faire œuvre descriptive et générale, mais développe une analyse qui s'ancre dans les systèmes juridiques modernes et tente d'élucider les concepts qui y sont véhiculés. Perry croit pouvoir affirmer que l'objectif de Hart n'est pas tant de développer une véritable théorie scientifique, dont la fécondité serait par exemple évaluée à l'aune de sa capacité prédictive. Hart semble bien plutôt décidé à expliquer pour nous-mêmes nos propres catégories et concepts juridiques. En résulte une théorie hybride : « [c]omme dans la tradition herméneutique, Hart cherche à comprendre comment les participants considèrent leur propre comportement, mais il espère parvenir à cette compréhension en adoptant un point de vue extérieur, d'observateur, qui rappelle celui adopté par les théories purement descriptives et explicatives »⁴⁴.

La théorie de Hart se trouve prisonnière de cette contradiction. Attelée à l'analyse des concepts d'obligation, d'autorité et de droit, elle demeure trop descriptive et échoue dans son projet d'élucidation. Perry soutient à cet égard que seule une théorie « interne » – qui adopte le point de vue du participant – est capable de fonder une entreprise de clarification d'un concept. Une théorie externe descriptive ne peut quant à elle que refléter – et non résoudre – les dissensions et les controverses qui grèvent la signification des concepts. Perry considère qu'à cet égard, la pensée de Raz est plus aboutie que celle de Hart. S'il épouse les thèses du positivisme, Raz n'appuie pas pour autant ses affirmations sur un improbable point de vue de Sirius. En cherchant à justifier la prétention du droit à faire autorité, la pensée de Raz s'inscrit dans la ligne des théories interprétatives et entre en concurrence avec la théorie du « droit intégrité » exposée par Dworkin. La théorie de Hart en revanche se cramponne à l'illusion de la neutralité. Enfermée dans un point de vue externe, elle manque sa cible.

v) Certains auteurs abandonnent d'entrée de jeu le point de vue externe et descriptif et plaident en faveur des thèses – substantielles – du positivisme à l'aide d'arguments politiques et éthiques. Ainsi T. Campbell écrit-il que « (...) la croyance dans l'amoralisme (et certainement l'immoralisme) du positivisme juridique est profondément erronée. Car s'il est correct de dire que le positivisme insiste sur l'importance pratique de la distinction entre morale et droit (...), ce[te] position est inspirée par des considérations morales fondamentales sur ce que devraient être le droit et la politique »⁴⁵. L. Murphy va presque aussi loin⁴⁶. S'il estime que la théorie de Hart peut être qualifiée de descriptive, il considère cependant que le concept qu'elle prétend analyser – le droit – est éminemment chargé politiquement. Il en résulte que ses enseignements ne peuvent être étayés par la simple observation. Ils demandent à être défendus en faisant appel à des considérations d'ordre politique et moral.

Ces plaidoyers en faveur des thèses du positivisme juridique se concentrent généralement sur la plus importante d'entre elles, à savoir la séparation du droit et de la morale. A défaut de pouvoir en démontrer la *véracité* en l'éprouvant au contact d'une introuvable essence du droit, les partisans de ce positivisme « militant » défendent la *désirabilité* de cette thèse au moyen d'arguments éthiques et politiques. Se référant aux propos tenus par Hart dans son débat avec L. Fuller⁴⁷, ils épinglent notamment les dangers qui couvent derrière une confusion entre les

⁴³ Cf. e.a. S. PERRY, « Hart's Methodological Positivism », *loc. cit.*, p.311-354.

⁴⁴ *Ibid.*, p.326.

⁴⁵ T. CAMPBELL, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Aldershot, Dartmouth, 1996, p.1.

⁴⁶ L. MURPHY, « The Political Question of the Concept of Law », in J. COLEMAN (ed.), *Hart's Postscript*, *op. cit.*, p.371-409. Cf. également F. SCHAUER, « The Social Construction of the Concept of Law : A Reply to Julie Dickson », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2005, p.493-501.

⁴⁷ Cf. H. HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals », *Harvard Law Review*, 1958, 593-629 ; L. FULLER, « Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart », *Harvard Law Review*, 1958, p.630-672.

sphères de la morale et de la légalité, susceptible d'émousser le sens critique de sujets de droit devenus trop confiants dans l'autorité : « [l]a chose qui est de loin la plus nécessaire pour rendre les gens clairvoyants lorsqu'ils sont en présence de l'abus de pouvoir d'une autorité, c'est qu'ils gardent la conscience de ce que l'assurance de la validité juridique n'est pas décisive quant au problème de l'obéissance, et que, quelle que soit la dimension de l'aura de majesté ou d'autorité que puisse avoir le système officiel, ses exigences doivent finalement être soumises à un examen moral minutieux. Cette conscience de ce qu'il y a, en dehors du système officiel, quelque chose à quoi l'individu doit se référer en dernier ressort pour résoudre ses problèmes d'obéissance, a sûrement plus de chance de se maintenir en vie parmi ceux qui sont habitués à penser que les règles de droit peuvent être iniques, que parmi ceux qui pensent que rien d'inique ne peut jamais avoir le statut de droit »⁴⁸.

*
* *

On l'aura compris, le positivisme méthodologique – en tout cas dans sa version la plus pure – est aujourd'hui attaqué de tous côtés. Si Coleman et Raz ont réussi à démontrer l'innocuité du dard sémantique pour la théorie hartienne du droit, la critique de l'archimédéanisme semble en revanche plus difficile à contrer. Et rares sont aujourd'hui les positivistes disposés à reprendre à leur compte l'« essai en sociologie descriptive » que Hart ambitionnait de réaliser.

II. Le positivisme substantiel – Quand le droit s'affranchit de la morale

A. La controverse initiale – Hart vs. Dworkin

La thèse de la séparabilité du droit et de la morale – dénommée ci-après « thèse de la séparabilité » – est au cœur du désaccord entre Hart et Dworkin⁴⁹. Le premier considère que la légalité d'une règle n'est pas nécessairement liée à la moralité de son contenu. Selon lui le droit est composé de l'union de règles primaires et secondaires : « (...) tandis que les règles primaires se rapportent aux actions que les individus doivent ou non accomplir, [l]es règles secondaires se rapportent toutes aux règles primaires elles-mêmes. Elles déterminent la façon dont les règles primaires peuvent être définitivement identifiées, édictées, abrogées ou modifiées, et le fait de leur violation définitivement établi »⁵⁰.

⁴⁸ H. HART, *op. cit.*, p.228.

⁴⁹ La controverse entre Hart et Dworkin relative au pouvoir discrétionnaire des juges ne sera pas directement abordée ci-dessous. La raison en est que cette controverse apparaît comme un « épiphénomène », qui procède du désaccord fondamental opposant Hart et Dworkin sur les rapports entre droit et morale. Pour quelques réflexions récentes sur la liberté du juge telle que la conçoivent Hart et Dworkin, cf. e.a. K. HIMMA, « Judicial Discretion and the Concept of Law », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1999, p.71-82 ; ID., « Trouble in Law's Empire : Rethinking Dworkin's Third Theory of Law », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2003, p.345-377 ; D. DYZENHAUS, « Positivism's Stagnant Research Programme », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2000, p.703 et s. ; ID., « The Genealogy of Legal Positivism », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2004, p.39-67 ; M. KRAMER, « Dogmas and Distortions : Legal Positivism Defended », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2001, p.673-701.

⁵⁰ H. HART, *op. cit.*, p.113-114.

La « juridicité » de ces règles apparaît totalement indépendante de leur moralité. L'autorité des normes primaires – celles qui confèrent des droits et obligations aux individus – dépend de leur obéissance par la majeure partie de la population qui y est soumise – indépendamment des raisons qui motivent cette obéissance. Dans un système juridique élaboré, la validité de ces règles dépendra en outre de leur conformité aux normes secondaires. Parmi ces règles secondaires, il en est une particulièrement fondamentale, qui fournit les critères d'identification des autres règles de droit. Cette « règle de reconnaissance » – ainsi Hart l'appelle-t-elle – peut être implicite ou explicite, simple ou complexe. Dans les ordres juridiques modernes, elle prend généralement l'apparence de la Constitution nationale. Mais si cette règle fonde la juridicité de toutes les autres normes de droit, comment sa propre autorité s'établit-elle ? Afin d'échapper à un processus de *regressio ad infinitum*, Hart – comme les autres positivistes avant lui – découvre l'origine de la règle de reconnaissance dans un « fait social ». Au fondement de tout système juridique se trouve selon lui « une convergence interdépendante de comportement et d'attitude : une sorte de *convention* ou pratique sociale que l'on pourrait caractériser comme un « accord » entre les autorités sur les critères relatifs à l'appartenance à la catégorie « droit ». Ladite pratique sociale est composée de deux éléments : un comportement convergent et une attitude réflexive critique à l'égard de ce comportement – une acceptation de celui-ci »⁵¹. C'est donc en définitive l'autorité *de facto* de la règle de reconnaissance qui conditionne l'existence de tout système juridique. Dès lors que les autorités s'entendent sur les critères permettant d'identifier les règles de droit, ces règles accèdent à la juridicité⁵².

Très vite, Dworkin s'inscrit en faux contre cette tentative d'explication de la normativité juridique. Dans le « modèles des règles »⁵³, il conteste la valeur explicative de la théorie de Hart. Il fait observer que dans de nombreuses situations, et tout particulièrement dans les « cas difficiles » (*hard cases*), les juristes « (...) font appel à des normes qui ne fonctionnent pas comme des règles mais opèrent différemment, comme des principes (...) »⁵⁴. Ainsi en est-il par exemple du principe selon lequel « nul ne peut tirer profit du mal qu'il a causé ». Contrairement aux « règles » identifiées dans *Le concept de droit*, les « principes » expriment toujours des exigences morales, généralement inspirées par des considérations de justice et d'équité. À l'inverse des règles, qui s'appliquent selon une logique du « tout ou rien », les principes « (...) indique[nt] plutôt une raison d'aller dans un sens, mais non pas de prendre nécessairement une décision particulière »⁵⁵. Les principes se distinguent encore des règles en ce que leur normativité est graduelle, dépendante de leur poids ou de leur importance. Deux principes contradictoires peuvent donc parfaitement s'appliquer à une même affaire, conduisant le juge à opérer un délicat arbitrage.

⁵¹ J. COLEMAN, *The Practice of Principle, op. cit.*, p.75 (souligné dans le texte).

⁵² Il faut ici se garder des malentendus terminologiques. La « thèse du fait social » est commune à tous les positivistes ; elle repose sur l'idée qu'à l'origine du droit se trouve un fait, une pratique sociale. Dans sa version « hartienne », cette thèse prend la forme de ce que Coleman a appelé la « thèse de la conventionnalité », telle qu'elle a été définie plus haut. Selon Hart en effet – et l'écrasante majorité des positivistes après lui – la légalité repose en dernière instance sur un accord, une « convention » entre les autorités sur les critères d'identification du droit. Nous verrons plus loin qu'à cette version « faible » de la thèse de la conventionnalité, certains positivistes ajoutent une version « forte ».

⁵³ R. DWORKIN, « The Model of Rules », *University of Chicago Law Review*, 1967, p.14 et s. Reproduit en langue française dans R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, trad. M-J. Rossignol et F. Limare, coll. Quadrige, Paris, PUF, 1995 (éd. orig.1977), ch.2. Les extraits cités ci-dessous renvoient à cette dernière édition.

⁵⁴ *Ibid.*, p.79.

⁵⁵ *Ibid.*, p.84.

Dworkin reproche à Hart de ne pas rendre compte de l'existence de ces principes. En considérant qu'en dehors des règles, il n'y a rien hormis le pouvoir discrétionnaire du juge, Hart ignore un pan essentiel de la pratique juridique. Or, l'existence de ces principes conduit à remettre en cause les thèses du positivisme juridique: « le positiviste ne peut pas défendre sa théorie de la règle de reconnaissance en se bornant à la décréter ; et si les principes ne peuvent pas être soumis à un test, il doit présenter une autre raison pour laquelle ils ne peuvent être considérés comme du droit. Puisque les principes semblent jouer un rôle dans les argumentations à propos des obligations juridiques (...), un modèle qui inclut ce rôle a d'emblée un avantage sur un qui l'exclut (...) »⁵⁶. Dans le reste de son article, Dworkin s'emploie à démontrer que la théorie de Hart ne peut s'accommoder de la présence des principes dans la pratique juridique. Ceux-ci échappent à tout « test de *pedigree* » fixé *a priori* par une hypothétique règle de reconnaissance. Loin de la théorie du « fait social » et du « modèle des règles », ils rétablissent la morale au cœur et au fondement du droit.

Cette critique pénétrante du positivisme juridique a suscité un nombre important de commentaires, auxquels Dworkin n'a pas manqué de réagir⁵⁷. Certains échos de ces discussions surgiront dans la suite de notre exposé. Pour l'heure, on se contentera de voir dans la critique dworkinienne du « modèle des règles » le point de départ du débat entre Hart et Dworkin sur les relations entre droit et morale. Dans la foulée, il convient maintenant de s'interroger sur la manière dont Hart a répondu sur ce point au philosophe américain. Cette réponse nous permettra ensuite de rentrer de plain-pied dans les débats contemporains sur la place de la morale dans le droit.

Dans sa *Postface*, Hart admet la pertinence de l'objection soulevée par Dworkin et s'accorde avec lui pour observer la présence de nombreux « principes » dans le droit. Il s'explique en ces termes : « je suis certainement de l'avis que les arguments que l'on peut tirer de tels principes non-décisifs constituent un trait important (...) du raisonnement juridique (...). Il faut reconnaître un grand mérite à Dworkin d'avoir montré leur importance et leur rôle (...) et c'était certainement une grave erreur de ma part de ne pas avoir souligné leur force non décisive. Il est certain, cependant, que je n'avais pas l'intention (...) d'affirmer que les systèmes juridiques ne comprennent que des règles du type « tout ou rien » ou quasi-décisives »⁵⁸. Hart adresse ainsi une mise en garde à ceux qui voudraient tracer une ligne stricte entre les règles et les principes. Exemples à l'appui, il montre que les règles sont parfois susceptibles d'une application graduelle, et peuvent entrer en conflit avec des principes.

Le lecteur s'étonnera sans doute de la bonne grâce avec laquelle Hart reconnaît son « erreur » et se range aux côtés de Dworkin. La raison en est vraisemblablement que la pertinence du « modèle des règles » ne constitue pas à ses yeux un pilier central du positivisme juridique. Hart ne considère pas qu'en cédant ce point à son vieil adversaire, il lui offre du même coup la victoire finale. En d'autres termes, le philosophe anglais ne voit pas en quoi la reconnaissance de l'importance des principes dans le droit devrait le conduire à renier l'existence d'une règle de reconnaissance et la thèse de la séparabilité du droit et de la morale. D'une part, estime Hart, certains principes juridiques peuvent être identifiés par leur « *pedigree* » au moyen de la règle de reconnaissance. Ainsi en est-il par exemple du premier amendement à la Constitution américaine, qui fait défense au Congrès de restreindre la liberté d'expression. D'autre part, poursuit-il, une règle de reconnaissance ne fournit pas

⁵⁶ *Ibid.*, p.97.

⁵⁷ Cf.e.a. « Le modèle des règles II », in R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., ch.3, p.109-151.

⁵⁸ H. HART, *Le concept de droit*, op. cit., p.280.

nécessairement des critères de « *pedigree* ». Elle peut également renvoyer à des principes moraux. Rien n'empêche ainsi d'imaginer une règle de reconnaissance établissant que « seules les règles conformes à l'équité sont des normes juridiques ». Allant plus loin encore, Hart considère que dans un système juridique donné, la règle de reconnaissance pourrait fort bien correspondre aux prescrits du « droit intégrité » élaboré par Dworkin. Elle disposerait alors que les règles sont des normes juridiques « (...) si elles figurent dans les principes de la justice, de l'équité ou de la procédure garantissant un juste procès qui apportent l'interprétation la plus constructive de la pratique juridique de la collectivité, ou bien si elles découlent de ces principes »⁵⁹.

En englobant ainsi la théorie interprétative de Dworkin au sein de sa propre théorie, Hart semble mettre un terme à toute possibilité de controverse avec son célèbre contradicteur⁶⁰. Ce faisant, il embrasse les thèses du « positivisme inclusif » défendu de longue date par J. Coleman et W. Waluchow. Selon les partisans de ce positivisme « modéré », aucun lien *nécessaire* n'existe entre le droit et la morale. Cependant, le droit *peut* s'identifier à la morale dès lors que la règle de reconnaissance contient une référence à celle-ci. Ainsi en est-il par exemple dans un système dont la règle de reconnaissance prévoit qu'une loi injuste n'est pas une loi. En interprétant largement la notion de règle de reconnaissance, le positivisme inclusif ne paraît guère offrir de prises à la critique. Sa cohérence sera pourtant mise à rude épreuve, tant par Dworkin et ses disciples que par les tenants d'un positivisme « exclusif » ou « dur ».

B. Les prolongements du débat – Le positivisme inclusif entre deux feux

Le positivisme inclusif est une doctrine constituée de trois thèses. À côté des thèses de la séparabilité et de la conventionnalité, communes à tous les positivistes, il soutient la « thèse de l'incorporation », selon laquelle une règle de reconnaissance *peut* englober un critère moral. Les positivistes exclusifs et les « antipositivistes dworkiniens » empruntent des chemins différents pour démontrer l'incohérence du positivisme modéré. Là où les premiers prétendent que la thèse de la séparabilité exclut la thèse de l'incorporation (1), les seconds soutiennent que la thèse de l'incorporation ne s'accorde pas avec la thèse de la conventionnalité (2).

1. Le positivisme exclusif ou la nécessaire absence de lien entre droit et morale

a) Les thèses du positivisme exclusif

⁵⁹ R. DWORKIN, *L'empire du droit*, op. cit., p.248.

⁶⁰ A la suite de Sartorius, Dworkin avait déjà envisagé – et rejeté – une telle solution au différend qui l'oppose à Hart. Il ne se doutait pas encore que ce dernier accepterait l'idée selon laquelle une règle de reconnaissance peut renvoyer au *contenu* plutôt qu'au *pedigree* des règles de droit : on « (...) pourrait donc dire que la règle sociale de reconnaissance est précisément la règle selon laquelle un principe doit être appliqué comme droit s'il fait partie de la théorie du droit la plus forte, et se voir reconnaître alors le poids que lui donne cette théorie. (...) Mais je ne vois pas comment on peut envisager le problème de cette façon en conservant l'idée que le test de support institutionnel stipule des « critères spécifiques » de « pedigree » plutôt que de « contenu ». (...) Si une théorie du droit doit servir de fondement au devoir du juge, les principes qu'elle expose doivent alors tenter de *justifier* les règles établies en identifiant les préoccupations et les traditions morales et politiques de la communauté qui, selon le juriste qui soutient cette théorie, sous-tendent effectivement ces règles. Ce processus de justification doit mener le juriste très profondément au cœur de la théorie morale et politique, bien au-delà du point où il serait encore exact de dire qu'il existe un « test » de « pedigree » permettant de décider laquelle de deux justifications différentes de nos institutions politiques est supérieure » (R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., p.135-136).

C'est sans conteste J. Raz qui a articulé la défense la plus élaborée du positivisme exclusif⁶¹. A l'inverse de son maître, ce disciple de Hart considère que la règle de reconnaissance ne peut jamais renvoyer à la morale. Selon lui, légalité et moralité doivent nécessairement être séparées sous peine de voir disparaître un trait caractéristique du droit, à savoir sa prétention à l'autorité. Le raisonnement de Raz repose sur une double prémisse : tout système juridique, d'une part, jouit d'une autorité *de facto*, et d'autre part, possède ou prétend posséder une autorité *légitime*. Ce lien constitutif entre l'autorité et le droit n'est pas sans conséquences sur la nature de ce dernier. Raz estime ainsi qu'à l'instar de toute forme d'autorité, le droit – la norme juridique – constitue un « service »⁶² : il donne en effet aux individus qui y sont soumis une raison pour agir qui remplace toutes les autres raisons qui auraient déterminé leur action en l'absence d'une règle de droit. Un exemple permettra de clarifier cette observation : en l'absence de toute règle juridique applicable, je peux hésiter à tuer quelqu'un parce que j'éprouve des difficultés à départager les raisons qui m'en dissuadent – des risques de représailles, par exemple – et les motifs qui m'y encouragent – assouvir un désir de vengeance ou m'emparer de l'argent de ma victime. L'autorité du droit, par l'intermédiaire de la criminalisation de l'homicide, vient donner une raison déterminante qui permet de couper court à mon débat interne.

Cette « thèse de la préemption » – ainsi la dénomme-t-on – s'accompagne de deux autres « thèses ». D'une part, la « thèse de la dépendance », selon laquelle « toute directive d'autorité devrait être fondée, entre autres facteurs, sur les raisons qui s'imposent aux sujets de ces directives et qui portent sur les circonstances couvertes par les directives »⁶³ ; d'autre part, la « thèse de la justification normale », en vertu de laquelle les personnes soumises à une autorité doivent avoir plus de chances de satisfaire les raisons qui s'imposent à elles en suivant les directives issues par cette autorité qu'en tentant de satisfaire elles-mêmes directement ces raisons. Reprenons notre exemple : la thèse de la dépendance exige que l'interdit légal de l'homicide repose – au moins en partie – sur les raisons guidant ma délibération intérieure ; ainsi doit-il être au moins partiellement motivé par le désir d'éviter les « guerres privées » que ne manqueraient pas de susciter des « représailles en chaînes ». Quant à la thèse de la justification normale, elle implique que la prohibition du meurtre soit assortie d'une sorte de « présomption de justesse », qui me permet de penser qu'à m'y conformer, j'ai plus de chance de trouver la « bonne solution » à mon dilemme que si j'opère moi-même une pesée des raisons de mon action.

Ces considérations conduisent Raz à rejeter l'idée selon laquelle l'identification d'une règle de droit *pourrait* dépendre de la moralité de son contenu. Raz estime en effet que pour faire autorité, c'est-à-dire pour donner des raisons préemptives à l'action des individus qui y sont soumis, une règle de droit ne peut se contenter de renvoyer ces individus à leur propre appréciation des raisons de leur action. Selon Raz, un arbitre qui se limiterait à déclarer aux parties qui sont venues le consulter que « la solution au litige est celle qui est la meilleure » ou « la plus juste » ou « la plus équitable », cet arbitre donc, n'aurait en réalité aucune autorité. De même, poursuit-il, une règle de reconnaissance qui ferait dépendre la juridicité

⁶¹ Pour une synthèse éclairante du point de vue positiviste exclusif, cf. A. MARMOR, « Exclusive Legal Positivism », in J. COLEMAN, S. SHAPIRO (eds.), *The Oxford Handbook Of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, OUP, 2002, p.104-124.

⁶² Cette conception de l'autorité comme service a été reformulée – et précisée – par Raz dans un article récent intitulé « The Problem of Authority : Revisiting the Service Conception », *Minnesota Law Review*, 2006, p.1003-1044.

⁶³ J. RAZ, « Authority, Law and Morality », *loc. cit.*, p.198.

des normes de leur conformité à des valeurs morales aboutirait à faire perdre au droit un de ses signes distinctifs, à savoir sa prétention à l'autorité⁶⁴. Dépassant la « thèse du fait social » commune à tous les positivistes⁶⁵, Raz soutient ce qu'il appelle la « thèse des sources » : « un droit est fondé sur des sources si son existence et son contenu peuvent être identifiés uniquement par des faits sociaux, sans avoir recours à un quelconque argument évaluatif »⁶⁶. Raz explique ainsi que la validité d'une taxe dépend non pas de sa moralité mais bien d'un « fait social », en l'occurrence de l'adoption régulière, par l'autorité compétente, d'une norme établissant cette taxe. Chaque norme juridique dérive ainsi sa validité – et son existence – d'une *source* – un jugement judiciaire, un vote du parlement, etc. – conventionnellement établie par la règle de reconnaissance.

À ce réquisitoire contre le positivisme inclusif, K. Himma ajoute des arguments empiriques tirés de la pratique judiciaire⁶⁷. Il fait observer que les thèses défendues par Hart et Coleman se voient infirmées par l'autorité quasi-absolue dont jouissent les juridictions suprêmes des ordres juridiques. Il remarque en effet qu'aucun membre de la communauté des juristes – juge, auteur de doctrine, etc. – n'a le front de considérer comme « non juridique » un verdict de la Cour suprême qui ne remplit pas certains standards moraux consacrés dans la Constitution américaine. Les critiques que suscitent de telles décisions ne vont jamais jusqu'à dénier à celles-ci toute valeur juridique. Himma voit dans cette acceptation inconditionnelle de l'autorité de la Cour suprême un signe du caractère erroné des thèses du positivisme inclusif : le contenu – immoral – de la décision n'affecte en rien la normativité dont elle jouit en vertu du statut de son auteur.

Les tenants du positivisme exclusif ne sont pas pour autant aveugles aux réalités de la pratique juridique. Ils connaissent la place qu'occupent les valeurs morales dans les textes de loi, dans les décisions de justice et dans l'argumentation des plaideurs. Ils soutiennent toutefois que cette proximité du droit et de la morale n'est pas de nature à remettre en cause la « thèse des sources ». D'une part, cette thèse n'est pas incompatible avec des textes juridiques qui renvoient à des standards moraux, tels que l'équité, la justice ou le critère du bon père de famille⁶⁸. Car si de telles règles expriment des préoccupations d'ordre moral, leur validité n'en demeure pas moins totalement indépendante de la légitimité de leur contenu. Du reste, « (...) si la règle renvoyant à la moralité est bel et bien du droit (elle est déterminée par ses sources), la moralité à laquelle elle renvoie n'en est pas pour autant incorporée au droit. La règle s'apparente à une règle de « conflit de lois » établissant une obligation d'appliquer [le

⁶⁴ Pour une argumentation complémentaire mais largement innovante, cf. S. SHAPIRO, « On Hart's Way Out », in J. COLEMAN (ed.), *Hart's Postscript, op. cit.*, p.149-191. Shapiro développe un concept proche de l'autorité « razienne », qu'il appelle la « thèse de la différence pratique » et qu'il estime incompatible avec les thèses défendues par les positivistes inclusifs. Ceux-ci ont évidemment réagi à cette critique. Parmi ces réactions, on épinglera celles de K. HIMMA (« H.L.A. Hart and the Practical Difference Thesis », *Legal Theory*, 2000, p.1-43), de W. WALUCHOW (« Authority and the Practical Difference Thesis », *Legal Theory*, 2000, p.45-81) et de M. KRAMER (« How Moral Principles Can Enter Into the Law », *Legal Theory*, 2000, p.83-108). S. SHAPIRO répond à ces trois auteurs dans un article intitulé « Law, Morality and the Guidance of Conduct », *Legal Theory*, 2000, p.127-170.

⁶⁵ Cf. *supra*.

⁶⁶ J. RAZ, « Authority... », *loc. cit.*, p.195

⁶⁷ K. HIMMA, « Final Authority to Bind With Moral Mistakes : On the Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism », *Law and Philosophy*, 2005, p.1-45.

⁶⁸ Encore que ce second exemple relève moins de la moralité *stricto sensu* de ce que Raz appelle la « moralité sociale ». Celle-ci ne pose en effet pas de problème au positiviste exclusif dès lors qu'elle « (...) est basée sur des sources : les coutumes, habitudes et points de vue partagés d'une communauté » (J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, p.46, note n°7).

droit] d'un système étranger qui demeure indépendant de et extérieur au droit local »⁶⁹. Tout comme le renvoi à une règle de droit étranger ne fait pas de celle-ci une norme de l'ordre juridique national, la référence à une règle morale ne conduit pas à « juridiciser » cette dernière. D'autre part, la thèse des sources n'exclut pas qu'une juridiction puisse recourir à des principes juridiques non écrits dans le cadre de son office. Bien souvent, ces principes ont en effet un « *pedigree* » susceptible d'être identifié par une règle de reconnaissance : « Car ces principes ont généralement été utilisés par les cours et tribunaux pendant un certain laps de temps comme le fondement de leurs décisions. Cette utilisation représente l'existence d'une 'coutume judiciaire', et constitue de ce fait un pedigree social adéquat (...) »⁷⁰. Le positivisme exclusif n'est pas davantage désarçonné par l'existence de certaines décisions de justice qui, indépendamment de toute coutume judiciaire, recourent à des principes moraux. On rappellera qu'à l'inverse de Dworkin, les positivistes reconnaissent volontiers l'existence de lacunes dans le droit, qu'il appartient bien souvent au juge de combler. Dans de telles circonstances, celui-ci se voit attribuer un large pouvoir discrétionnaire qui lui permet de trancher le litige, le cas échéant, en appliquant des principes moraux. Ce recours à des standards moraux n'est donc pas imposé par le droit, mais tout au contraire librement consenti par le juge pour pallier les carences du droit⁷¹.

b) *Les ripostes du positivisme inclusif*

Les tenants du positivisme inclusif adresseront de nombreuses réponses à Raz et à ses disciples. Certains considèrent que leur présentation de la nature du droit cadre mieux avec la réalité. Les règles de reconnaissance de la plupart des systèmes juridiques modernes contiennent en effet une référence à des valeurs morales. W. Waluchow pointe à cet égard la place grandissante qu'occupent aujourd'hui les droits fondamentaux dans les constitutions nationales. Si cette omniprésence de la morale dans le droit n'est pas strictement incompatible avec la « thèse des sources » défendue par les positivistes exclusifs, force est de reconnaître qu'elle s'accommode mieux de la « thèse de l'incorporation » soutenue par les positivistes modérés⁷².

En réponse à K. Himma, M. Kramer soutient en outre que la valeur explicative du positivisme inclusif n'est en rien affectée par l'autorité quasi-absolue dont jouissent les décisions rendues par les juridictions suprêmes⁷³. Kramer fait d'abord observer que l'argumentation de Himma – brièvement résumée ci-dessus – conduit à un scepticisme radical à l'endroit des règles juridiques. A suivre Himma, il faudrait ainsi considérer que seules les normes qui ont été interprétées et appliquées par la Cour suprême – ou par son équivalent dans un ordre juridique étranger – jouissent d'une normativité proprement juridique. Kramer estime que cette conclusion absurde repose sur la prémisse erronée selon laquelle l'existence d'un pouvoir équivaut à l'absence d'une obligation. Du pouvoir quasi illimité de la Cour suprême de « dire le droit », on aurait tort de déduire que les juges du Capitole sont eux-mêmes « legibus

⁶⁹ *Ibid.*, p.46.

⁷⁰ S. SHAPIRO, « The 'Hart-Dworkin' Debate : A Short Guide for the Perplexed », *loc. cit.*, p.20.

⁷¹ Tous les positivistes ne semblent cependant pas s'entendre sur l'étendue du pouvoir discrétionnaire dont jouissent les juges lorsqu'ils recourent à des standards moraux dans des « hard cases ». Sur cette question, cf. *Ibid.*, p.21-2, spéc. note n°39.

⁷² W. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism*, cité par J. COLEMAN, *The Practice of Principle*, *op. cit.*, p.109. Coleman estime pour sa part que « (...) le conflit entre positivistes juridiques exclusifs et inclusifs ne peut être résolu sur des fondements descriptifs, pour la simple raison qu'il ne s'agit pas d'un conflit descriptif. C'est un conflit interprétatif » (*ibid.*, p.109).

⁷³ M. KRAMER, « Of Final Things : Morality as One of the Ultimate Determinants of Legal Validity », *Law and Philosophy*, 2005, p.47-97.

soluti », libres d'inventer le droit dans l'ignorance des textes de loi. Kramer reconnaît que la légalité d'une décision de la Cour suprême n'est pas remise en cause lorsqu'elle méconnaît une exigence morale contenue dans la norme applicable au cas de l'espèce. Un arrêt de la Cour interprétant la « *due process clause* » ne sera pas moins valide du fait que, de l'avis unanime des commentateurs, il viole les exigences minimales de celle-ci. La raison en est, selon Kramer, que la règle de reconnaissance du système juridique américain est composée de normes organisées de manière hiérarchique. Selon cet ordonnancement, la règle établissant que « les décisions de la Cour suprême sont du droit » prime la règle selon laquelle « les normes qui ne respectent pas la *due process clause* ne sont pas du droit ». Cette primauté de la première règle n'a toutefois pas pour effet de faire disparaître la seconde. Celle-ci continue de peser sur tous les sujets de droit, en ce compris les juges de la Cour suprême.

La valeur descriptive des thèses du positivisme inclusif ne suffit toutefois pas à en assurer le bien-fondé. Raz et Shapiro ont en effet soulevé une objection de poids contre la pertinence du positivisme « modéré » en démontrant l'incapacité de ce dernier à rendre compte d'un élément constitutif du droit, à savoir son autorité. Face à cette objection, les positivistes inclusifs opèrent une distinction entre les règles de reconnaissance « de suffisance » et « de nécessité ». Là où les premières font de la moralité une condition *suffisante* de la validité juridique, les secondes la réduisent à une condition *nécessaire*. Tous les positivistes inclusifs s'accordent pour reconnaître que les systèmes juridiques peuvent comporter une règle « de nécessité ». Ils s'efforcent de montrer qu'une telle règle n'est pas strictement incompatible avec la prétention du droit à l'autorité.

Coleman développe à cet égard l'« argument du non-alignement ». Il rappelle que selon Raz, « si, pour identifier le droit ou son contenu, on doit faire appel aux raisons dépendantes que le droit remplace, le droit s'avère incapable d'effectuer la médiation entre les personnes et les raisons, et sa prétention à l'autorité est viciée. La prétention du droit à l'autorité implique, dès lors, que l'on n'ait pas à déterminer l'identité ou le contenu du droit en faisant appel aux raisons dépendantes qui le justifient »⁷⁴. Contrairement à d'autres positivistes inclusifs⁷⁵, Coleman ne remet pas en question – du moins à ce stade – la définition de l'autorité élaborée par Raz. En revanche, il conteste l'idée selon laquelle « une règle de reconnaissance qui autorise la moralité à servir comme condition de la légalité semble exiger que l'on s'interroge sur les raisons dépendantes que le droit remplace ou préempte afin de déterminer le droit ou son contenu ; et cela vici[e] la prétention du droit à l'autorité »⁷⁶. Coleman démontre l'inexactitude de cette affirmation à l'aide d'une illustration. Il imagine une règle de reconnaissance subordonnant la validité juridique au respect de certains standards en matière de justice et d'égalité (la loi doit être appliquée conformément à l'équité, elle doit organiser des voies de recours contre les décisions prises en exécution de celle-ci, etc.). Selon Coleman, si une telle règle de reconnaissance commande d'évaluer la moralité des lois sous un certain angle – en l'occurrence, « processuel » ou « formel » –, il ne s'ensuit pas que cette évaluation conduise nécessairement à interroger les raisons qui ont justifié l'adoption de ces lois. Ainsi

⁷⁴ J. COLEMAN, *The Practice...*, *op. cit.*, p.124.

⁷⁵ Cf. à cet égard le commentaire critique des thèses de W. WALUCHOW par T. DARE, « Wilfrid Waluchow and the Argument From Authority », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1997, p.347-366. Pour une réponse de Waluchow aux critiques de T. Dare, cf. W. WALUCHOW, « Authority and the Practical Difference Thesis », *loc. cit.*, p.45-81. Pour d'autres remises en cause de la conception razienne de l'autorité du droit, cf. M. KRAMER, *In Defence of Legal Positivism : Law Without Trimmings*, Oxford, OUP, 1999, p.92-101 ; H. HURD, « Challenging Authority », *Yale Law Journal*, 1991, p.1611.

⁷⁶ J. COLEMAN, *The Practice...*, *op. cit.*, p.124.

par exemple la règle prohibant l'homicide pourra-t-elle faire l'objet d'une évaluation morale de ce type sans perdre son autorité⁷⁷.

Certains positivistes inclusifs tels que Waluchow estiment que si les systèmes juridiques peuvent comporter une règle « de nécessité », ils ne sauraient en aucun cas contenir une règle « de suffisance ». Celle-ci semble en effet incapable de fonder la prétention du droit à l'autorité. A côté de ces « inclusivistes », les « incorporationnistes » maintiennent au contraire qu'une règle de reconnaissance peut se limiter à conditionner la validité juridique à la seule satisfaction d'un critère moral⁷⁸. Coleman propose une argumentation sophistiquée en soutien de ces « règles de suffisance » à partir d'une réflexion sur la fonction première de la règle de reconnaissance⁷⁹. Il prétend que celle-ci est avant tout, non pas un *outil* servant à l'*identification* des règles de droit – auquel cas, il faudrait effectivement conclure à l'impossibilité d'une règle de reconnaissance « de suffisance » –, mais bien plutôt une *condition d'existence* de tout système juridique, de laquelle découle la *validité* des règles de droit. Contestée notamment par Himma⁸⁰, cette argumentation a cependant ses limites, comme le reconnaît son auteur lui-même. Celui-ci refuse toutefois de renoncer à la thèse de l'incorporation. En dernier recours, il attaque donc la conception de l'autorité défendue par Raz et Shapiro⁸¹. Si Coleman reconnaît que la prétention à l'autorité est une caractéristique constitutive du droit, il estime qu'on ne saurait en déduire que chaque norme juridique particulière doit revêtir une telle autorité. Même si l'on considère que le droit a pour *fonction* de guider la conduite de ceux qui y sont soumis – un point de vue que l'on attribue erronément à Hart, selon Coleman –, il ne s'ensuit pas encore que chaque règle juridique doit contribuer à la satisfaction de cette fonction.

Dans un article récent, R. Kar propose une nouvelle défense du positivisme inclusif – en ce compris de l'incorporationnisme – contre les critiques de Raz et Shapiro⁸². Il reconnaît la pertinence des arguments des positivistes exclusifs mais soutient néanmoins que l'autorité du droit telle que la conçoivent Raz et Shapiro n'est pas incompatible avec la « thèse de l'incorporation », selon laquelle la validité juridique *peut* dépendre du respect de certains critères moraux. S'appuyant sur les travaux de S. Darwall, Kar estime que l'autorité du droit ne se mesure pas seulement à sa capacité à guider des individus *monadiques* dans leurs délibérations morales « internes » – ce qu'il appelle le « point de vue de la première personne ». Elle se manifeste également dans les relations interpersonnelles – ce qu'il appelle le « point de vue de la deuxième personne ». Tout comme la morale, le droit peut en effet conférer un « titre » (*standing*), une position d'autorité à l'égard de quelqu'un, qui autorise à

⁷⁷ B. Leiter conteste l'efficacité de cette défense du positivisme inclusif : cf. B. LEITER, « Realism, Positivism and Conceptual Analysis », *Legal Theory*, 1998, p.541-542.

⁷⁸ M. Kramer propose de distinguer les inclusivistes – qui, comme Waluchow, estiment que la légalité peut être déterminée par une « règle de nécessité » mais non par une « règle de suffisance » –, les incorporationnistes « modérés » – qui, comme lui, estiment que la règle de reconnaissance peut faire de la moralité un critère suffisant de validité, mais uniquement dans les « cas difficiles » – et les incorporationnistes « robustes » ou « extrêmes » – qui, comme Coleman, estiment que la règle de reconnaissance peut toujours englober une « règle de suffisance » (cf. e.a. M. KRAMER, « How Moral Principles Can Enter Into Law, *loc. cit.*, p.83-108). Cette distinction entre incorporationnistes modérés et robustes sera vivement critiquée par Coleman, qui conteste en outre sont étiquette d'incorporationniste « robuste » (cf. J. COLEMAN, « Constraints on the Criteria of Legality », *Legal Theory*, 2000, p.171-183).

⁷⁹ J. COLEMAN, *The Practice...*, *op. cit.*, p.127-133.

⁸⁰ K. HIMMA, « Bringing Hart and Raz to the Table : Coleman's Compatibility Thesis », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2001, p.609-627.

⁸¹ Cf. J. COLEMAN, *The Practice...*, *op. cit.*, p.142-147.

⁸² R.B. KAR, « Hart's Response to Exclusive Legal Positivism », *Georgetown Law Journal*, 2007, p.394-461, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=961643>.

formuler certaines revendications à son encontre. Même lorsqu'il est identifié à l'aide de critères moraux, le droit conserve une autorité distincte à l'égard de cette personne. Il est en effet susceptible de lui donner une raison pour agir, distincte des raisons que lui dicte sa propre délibération morale. Prenons l'exemple de la prohibition de l'homicide dans un ordre juridique dont la règle de reconnaissance – en l'occurrence une « règle de suffisance » – dispose que toute règle conforme à la morale est une règle de droit. Imaginons que j'hésite à commettre un meurtre et que je m'interroge sur la légalité d'un tel acte. Selon Raz et Shapiro, le droit ne me sera d'aucun secours dans ma délibération interne puisqu'il ne sera identifié qu'au terme de celle-ci. Kar soutient toutefois qu'une fois identifiée, la règle de droit emporte un certain nombre de conséquences pratiques, telles que la perspective de poursuites judiciaires ou le risque de sanctions. Elle fait naître une obligation dans mon chef à l'égard de l'Etat. Cette obligation, qui est la marque du droit, témoigne de son autorité distinctive, qui ne se ramène jamais à l'autorité de la règle morale qui la constitue. Kar clôture sa réflexion en tentant de montrer que cette attention renouvelée au « point de vue de la deuxième personne », qui permet de rétablir la compatibilité du positivisme inclusif avec l'autorité du droit, était déjà présente sous forme latente dans la pensée de Hart.

Pour finir, on mentionnera une tentative récente de dépasser la controverse entre les positivismes dur et modéré. Dans un article intitulé « Adieu au débat inclusif-exclusif »⁸³, D. Priel soutient l'idée que la pomme de discorde qui divise les positivistes n'est en réalité qu'une chimère. Priel affirme que les règles de reconnaissance qui incorporent des critères moraux ne « juridicisent » pas pour autant la morale. Il explique ainsi que lorsque le droit se réfère à des concepts tels que l'égalité ou la justice, il renvoie en réalité à des standards juridiques qui n'ont pas nécessairement le même contenu que les valeurs morales qui leur correspondent. On aurait tort de voir dans les termes juridiques à connotation morale autant de portes d'entrée d'une hypothétique moralité objective et immuable dans la sphère du droit. Selon Priel, ces concepts renvoient bien plutôt à la compréhension de certaines exigences éthiques, telle qu'elle se développe dans une société donnée à un moment déterminé de son histoire. Informée par des facteurs contextuels, la morale se trouve ainsi réappropriée par le droit et non simplement greffée à celui-ci. Dès lors, les termes à connotation morale ne sont guère différents des autres mots qui parsèment les textes juridiques. Priel en conclut que faute d'objet, le débat « inclusif-exclusif » doit être déclaré caduc.

2. L'antipositivisme dworkinien ou la nécessaire présence d'un lien entre droit et morale

a) Les attaques de l'antipositivisme

Dworkin s'est employé à remettre en question la validité de la « thèse de la conventionnalité » qui se trouve au cœur du positivisme juridique moderne. Nous avons vu que Coleman définit cette thèse de la façon suivante : « (...) le droit est rendu possible par une convergence interdépendante de comportement et d'attitude : une sorte de *convention* ou de pratique sociale que l'on pourrait caractériser comme un « accord » entre les autorités sur les critères relatifs à l'appartenance à la catégorie « droit ». Ladite pratique sociale est composée de deux éléments : un comportement convergent et une attitude réflexive critique à l'égard de ce comportement – une acceptation de celui-ci »⁸⁴.

⁸³ D. PRIEL, « Farewell to the Exclusive-Inclusive Debate », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2005, p.675-696.

⁸⁴ J. COLEMAN, *The Practice of Principle*, op. cit., p.75. Dans le même sens, cf. H. HART, *Le concept de droit*, op. cit., p.264.

Adressée à tous les positivistes, la critique de Dworkin aboutit à remettre en cause l'existence même d'un fait social – la règle de reconnaissance – au fondement du droit. Déjà dans « le modèle des règles II », le philosophe américain conteste l'idée de Hart selon laquelle toute règle sociale découle de l'existence d'un comportement convergent et d'une attitude réflexive critique à l'égard de ce comportement. Il démontre ainsi de manière convaincante qu'un végétarien exprime une règle lorsqu'il affirme que l'on ne peut pas tuer des animaux pour se nourrir. Et le fait que la majeure partie de la population ne se conforme pas à cette règle ne la rend pas moins valide aux yeux du végétarien. Dworkin en déduit donc qu'il faut limiter la « thèse du fait social » – qui, dans sa version hartienne, correspond à la « thèse de la conventionnalité » – aux seuls cas de « morale conventionnelle », qu'il distingue des situations de « morale convergente ». Selon lui, « une communauté fait preuve d'une morale convergente lorsque ses membres sont d'accord pour affirmer la même règle normative (ou environ la même) mais qu'ils ne prennent pas en compte le fait de cet accord en tant que constituant une part essentielle des motifs d'affirmer cette règle. Une communauté fait preuve d'une morale conventionnelle si ses membres prennent cet accord pour essentiel »⁸⁵. L'obligation de rouler à droite fournit une illustration éclairante des règles conventionnelles. Cette obligation tire uniquement sa normativité du fait de son respect quasi absolu. Elle n'a pas de valeur en soi, et l'on pourrait tout aussi bien décider de rouler à gauche, pour autant que tout le monde se conforme à cette nouvelle règle.

Cette distinction entre pratiques conventionnelles et convergentes – ou entre consensus de convention et de conviction⁸⁶ – met en lumière la façon dont un simple fait social – une convergence de comportement et un point de vue interne sur ce comportement – peut générer une règle. Dans sa *Postface*, Hart s'empressera de saisir la perche que lui tend ainsi Dworkin⁸⁷ pour expliquer comment d'un simple fait peut surgir de la normativité.

Dworkin n'est toutefois pas lui-même convaincu de sa propre trouvaille. Il estime ainsi que la thèse du fait social – ou de la conventionnalité – « (...) ne rend pas compte de manière satisfaisante de la morale conventionnelle. Elle ne convient pas parce qu'elle ne peut pas expliquer le fait que même lorsque les gens considèrent une pratique sociale comme une composante nécessaire parmi les motifs permettant d'affirmer l'existence d'un devoir, ils peuvent encore ne pas être d'accord sur la portée de ce devoir »⁸⁸. Récemment, Dworkin a exprimé son scepticisme en des termes encore plus clairs : « selon moi, il n'y a aucune règle de reconnaissance pleinement partagée : la convention supposée, selon laquelle la Constitution américaine est le droit suprême du pays ou que le Parlement est le législateur suprême en Grande-Bretagne, peut seulement être décrite comme conventionnellement acceptée si l'on ignore le fait que ce que ces formulations abstraites signifient pour certains juristes, en tant que guides pour identifier des propositions juridiques concrètes et vraies, diffère largement de ce qu'elles signifient pour d'autres. De telle sorte que la description hartienne du droit, comme fixé par une règle de reconnaissance conventionnelle, ne peut pas être soutenue pour les systèmes juridiques anglo-saxons, sauf à rendre la convention à ce point abstraite qu'elle devient : le droit doit être identifié par les tests corrects pour identifier le droit. Et dans ce cas, il n'y a plus d'intérêt à appeler cela une *convention* »⁸⁹.

⁸⁵ R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., p.118.

⁸⁶ H. HART, *Le concept de droit*, op. cit., p.273

⁸⁷ *Ibid.*, p.273.

⁸⁸ R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., p.119.

⁸⁹ R. DWORKIN, cité par A. MARMOR, « Legal Conventionalism », in J. COLEMAN (ed.), *Hart's Postscript*, op. cit., p.197.

Si elle touche tous les positivistes, cette critique prend un relief particulier – et plus préoccupant – pour les tenants du positivisme inclusif. C’est que la théorie de l’incorporation défendue par ceux-ci donne du grain à moudre à la critique de Dworkin. Rien d’étonnant dès lors à ce que celui-ci considère qu’à tout prendre, le positivisme exclusif offre une cohérence supérieure aux thèses du positivisme « modérés ».

Dworkin estime que la thèse de l’incorporation est incompatible avec la thèse de la conventionnalité. Son argumentation est aussi simple que percutante. Dans la mesure où les principes moraux sont inévitablement sujets à controverse, ils ne peuvent servir de critères d’identification des règles de droit dès lors que ces critères doivent, en vertu de la thèse de la conventionnalité, faire l’objet d’un accord entre les autorités. Il faut donc en conclure, à rebours des thèses du positivisme inclusif, que la règle de reconnaissance ne peut à la fois reposer sur des pratiques et des attitudes convergentes – comme le requiert la thèse de la conventionnalité – et englober des critères moraux – comme le suggère la thèse de l’incorporation.

Cette remise en cause de la possibilité même d’une règle de reconnaissance – et *a fortiori* d’une règle de reconnaissance englobant un critère de moralité – conduit Dworkin à rejeter celle-ci. Selon le philosophe américain, le droit ne naît pas du *fait*, mais bien de la *morale*. Une morale non pas figée dans une pratique sociale ambiguë, comme le soutiennent les inclusivistes, mais toujours vivante, ouverte à la pratique interprétative qui pétrit le matériau juridique. La pensée de M. Greenberg s’inscrit aujourd’hui dans cette perspective⁹⁰. Reconnaisant sa dette envers l’œuvre de Dworkin, Greenberg soutient que la normativité ne dépend pas seulement de faits ou de pratiques, mais également de faits évaluatifs ou normatifs, qu’il appelle « faits de valeur ». Sa pensée est cependant trop touffue pour pouvoir faire ici l’objet d’une brève description.

2) Les ripostes des positivistes inclusifs et exclusifs

Hart et Coleman, chefs de file du positivisme inclusif, ont rencontré l’objection soulevée par Dworkin. Tous deux considèrent que ce dernier est victime d’une confusion entre l’*identification* de la règle de droit et son *contenu*. Ils reconnaissent volontiers que le contenu d’un standard moral est souvent controversé. Toutefois, poursuit Coleman « il suit difficilement du fait que les juges ne s’accordent pas sur certaines exigences de la morale qu’ils ne s’accordent pas non plus sur la question de savoir si la règle gouvernant leur comportement [la règle de reconnaissance] exige qu’ils résolvent les conflits en déterminant les exigences de la morale »⁹¹. Les autorités peuvent ainsi parfaitement s’entendre sur l’existence d’une règle de reconnaissance conditionnant la légalité d’une norme à sa conformité à l’équité sans pour autant s’accorder dans tous les cas sur ce que requiert l’équité.

Hart rappelle du reste que la règle de reconnaissance permet seulement de réduire, et non de lever toute incertitude sur la détermination du droit. La « texture ouverte » des règles et principes juridiques rend utopique l’ambition d’écarter toute forme d’incertitude dans l’identification du droit. Ce renoncement à la clarté totale ne doit pas pour autant entraîner l’abandon de la thèse de la conventionnalité. Hart ne semble toutefois pas totalement

⁹⁰ M. GREENBERG, « How Facts Make Law », *Legal Theory*, 2004, p.157-198. Pour un commentaire critique, cf. K. HIMMA, « How Much Can a Theory Tell Us about the Nature of Morality : A Response to Mark Greenberg’s ‘How Facts Make Law’ », 2007, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=975997>.

⁹¹ J. COLEMAN, *The Practice...*, *op. cit.*, p.116.

insensible à l'objection soulevée par Dworkin. Se rapprochant significativement de Raz, il admet un peu plus loin que « (...) si la question de savoir si les principes et les valeurs de nature morale ont une existence objective est une question ouverte, il doit en être de même pour la question de savoir si les dispositions prises par un « positivisme tempéré » pour inclure la conformité à ceux-ci parmi les critères d'existence du droit peuvent avoir cet effet, ou plutôt s'ils ne peuvent constituer que des directives enjoignant aux juridictions de *créer* du droit en harmonie avec la morale »⁹². Et Hart de citer Raz à l'appui de cette affirmation.

Ce ralliement – ambigu et ponctuel – aux thèses du positivisme exclusif ne sauve toutefois pas la théorie hartienne de la critique de Dworkin. On l'a dit, celle-ci entraîne une remise en cause complète de la thèse de la conventionnalité et, à travers elle, de la présence même d'une règle de reconnaissance au fondement du droit. Les partisans du positivisme exclusif disposent toutefois de meilleures armes pour contrer la critique dworkinienne. Selon Raz et ses alliés, « les désaccords auxquels Dworkin se réfère ne sont pas des désaccords sur ce qu'*est* la règle de reconnaissance, mais bien plutôt sur ce qu'elle *devrait être*. Cette réponse concède implicitement l'affirmation de Dworkin selon laquelle s'il y a un désaccord relatif aux exigences d'une règle conventionnelle, alors il n'y a pas de convention et donc pas de règle sur cette question (...) »⁹³. Les positivistes exclusifs en déduisent que l'existence d'une controverse sur ce que requiert la règle de reconnaissance dans un cas précis dévoile la présence d'une lacune dans le contenu de la règle de reconnaissance. Dès lors que c'est la convention qui constitue la règle de droit, l'absence de convention sur un point particulier empêche la formation d'une norme juridique susceptible de trancher la controverse.

C'est sans doute A. Marmor qui offrira la version la plus élaborée de cette réponse à la critique dworkinienne⁹⁴. Marmor entreprend de montrer que « l'objection de Dworkin à l'existence d'une règle de reconnaissance (...) est lestée de deux erreurs récurrentes qui sous-tendent sa conception du conventionnalisme. Il a toujours supposé que les conventions manifestent un accord et que, en conséquence de cette base consensuelle des conventions, l'existence d'une convention sociale est incompatible avec des controverses substantielles relatives à son contenu. Ces deux présupposés sont, cependant, erronés. Les conventions (...) n'ont pas un tel fondement consensuel. (...) Au contraire : les conventions sociales ont tendance à émerger précisément dans les cas où un accord est difficile ou impossible à atteindre. (...) Le caractère erroné du second présupposé est encore plus évident. Une controverse sur le contenu d'une règle de reconnaissance ne prouve pas qu'une telle règle n'existe pas »⁹⁵. À l'appui de sa démonstration, Marmor se réfère à la pensée du philosophe D. Lewis. Contre Quine, celui-ci a montré que les conventions – telles que les conventions langagières par exemple – reposent non pas sur un accord mais bien sur la nécessité de résoudre des problèmes de coordination récurrents. Ces problèmes de coordination surgissent lorsque des agents ont davantage de raisons de se conformer au comportement des autres agents que de suivre leurs propres préférences. Ainsi en Belgique ou en France, j'ai davantage de raisons de rouler à droite qu'à gauche, indépendamment de ma préférence individuelle pour le code de la route britannique. Les conventions ne sont donc pas les conséquences d'un accord – dans le sens où les préférences de chacun s'accorderaient avec celles des autres –

⁹² H. HART, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p.272.

⁹³ K. HIMMA, « Inclusive Legal Positivism », in J. COLEMAN, S. SHAPIRO (eds.), *The Oxford Handbook Of Jurisprudence and Philosophy of Law*, *op. cit.*, p.144.

⁹⁴ Cf. également B. ZIPURSKY, « The Model of Social Facts », in J. COLEMAN (ed.), *Hart's Postscript*, *op. cit.*, p.219-270, qui défend ce qu'il appelle un « conventionnalisme cohérentiste », censé contribuer à un rapprochement des thèses de Hart et de Dworkin.

⁹⁵ A. MARMOR, « Legal Conventionalism », *loc. cit.*, p.198.

mais bien plutôt une alternative, une solution à l'absence d'accord entre les agents. Cette présentation des conventions semble à première vue donner du crédit à la critique de Dworkin. La règle de reconnaissance ne peut être considérée comme une convention si celle-ci s'entend comme une solution *arbitraire* à un *problème de coordination*⁹⁶.

Marmor entreprend toutefois d'affiner la pensée de Lewis. Il explique d'abord qu'« arbitraire » ne signifie pas « indifférent ». Entre deux solutions alternatives à un problème de coordination, l'une peut paraître objectivement meilleure. Cependant, si la pratique commune favorise l'autre alternative – en dépit du bon sens –, cette dernière deviendra de ce fait la solution à laquelle il est préférable de se conformer. Ainsi lorsqu'une communication téléphonique est interrompue, il semble objectivement préférable de laisser celui qui a engagé la conversation téléphonique recontacter son interlocuteur. En effet, on est au moins sûr qu'il connaît le numéro de téléphone de celui-ci. Toutefois, si une pratique contraire se développe, selon laquelle il appartient au destinataire du coup de téléphone de rappeler son interlocuteur, il apparaîtra préférable de s'y conformer. Si la convention est bel et bien arbitraire, elle ne se révèle pas pour autant indifférente.

Marmor affirme ensuite que les conventions ne sont pas toutes destinées à résoudre des problèmes de coordination. Le jeu d'échecs et l'opéra reposent ainsi sur un certain nombre de conventions qui visent à encadrer une pratique sociale et non pas à résoudre un problème quelconque. Ces conventions, qu'il dénomme « conventions constitutives de pratiques autonomes », fournissent en quelque sorte la grammaire de l'activité qu'elles visent. Elles revêtent un certain nombre de caractéristiques : elles fonctionnent en systèmes, elles ne jouissent que d'une autonomie partielle par rapport aux autres systèmes de conventions, elles sont susceptibles de modifications – à l'inverse des conventions de coordination –, et la plupart des gens n'en ont généralement qu'une connaissance partielle. Marmor conclut en présentant les règles de reconnaissance comme « (...) des conventions constitutives établissant des pratiques partiellement autonomes d'identification des sources du droit »⁹⁷. Ces conventions sont partiellement autonomes dans la mesure où elles dépendent largement de la tradition juridique et de l'histoire politique dans laquelle elles s'insèrent. Elles sont également arbitraires dans la mesure où leur respect par tous les acteurs de l'ordre juridique offre une raison pour s'y conformer qui est supérieure aux raisons individuelles de ne pas y obéir.

La conception du droit comme « convention constitutive de pratique autonome » permet d'éclairer d'un jour nouveau la présence de controverses autour de la règle de reconnaissance. Marmor soutient deux positions à cet égard. D'une part, il estime que l'on ne peut raisonnablement établir une distinction entre le contenu d'une convention et ses applications pratiques. Contre Coleman, il affirme qu'une convention n'existe que par l'intermédiaire de la pratique sociale qui la constitue, et ne peut donc prétendre à une existence autonome. Dès lors, toute controverse ponctuelle relative aux exigences de la règle de reconnaissance révèle une lacune dans le contenu de celle-ci et indique l'absence d'une règle de droit susceptible de trancher le point litigieux. D'autre part, poursuit Marmor, il ne s'ensuit pas que le contenu de la règle de reconnaissance ne puisse faire l'objet d'aucune controverse. Marmor concède ainsi que l'on peut ne pas s'accorder sur l'interprétation à donner aux pratiques qui constituent la

⁹⁶ Coleman a longtemps considéré que les règles de reconnaissance étaient des « conventions de coordination » (cf. J. COLEMAN, « Incorporationism, Conventionality and the Practical Difference Thesis », in J. COLEMAN, *Hart's Postface*, op. cit., p.117 et s.). Il estime que Hart partageait cette conviction (J. COLEMAN, *The Practice of Principle*, op. cit., p.92).

⁹⁷ *Ibid.*, p.212.

convention ou sur l'étendue exacte de la convention qui dérive de ces pratiques. En revanche, « (...) cela n'a aucun sens de dire qu'il *existe* une convention prescrivant de faire A même si les gens ne sont fondamentalement pas d'accord sur la question de savoir si A est prescrit ou non par la convention »⁹⁸.

Cette réponse à la critique dworkinienne ne satisfait pas les positivistes inclusifs. D'une part, elle n'est guère transposable à des règles de reconnaissance qui incorporent une condition de moralité. En effet, on considère généralement qu'une norme morale existe indépendamment des controverses qui peuvent affecter la détermination de son contenu dans certains cas particuliers. Par conséquent, « (...) dans la mesure où le positiviste inclusif soutient que la règle de reconnaissance incorpore le contenu d'une norme morale dans le sens où elle fait de cette norme une composante de la méta-règle, il ne suffira pas de prétendre qu'une controverse au sujet de cette méta-règle indique une lacune dans son contenu. Car si la disposition en question est simplement une quelconque norme morale, il peut y avoir controverse sur ce que cette disposition requiert dans un cas donné sans que cela implique que cette disposition est indéterminée. Dès lors, le positiviste inclusif doit expliquer la possibilité d'une controverse portant sur une règle de reconnaissance qui incorpore un contenu moral »⁹⁹.

D'autre part, Coleman – et d'autres positivistes inclusifs – attribuent à la règle de reconnaissance une propriété que lui dénie Raz et le plupart des positivistes exclusifs. Pour ceux-ci, la règle de reconnaissance n'est qu'un corollaire nécessaire – mais extérieur – à tout système juridique. Elle regroupe certes l'ensemble des critères de validité des normes de droit, mais elle n'oblige pas pour autant les autorités à respecter ces critères. Elle est descriptive davantage que prescriptive, et doit être considérée comme un outil conceptuel plutôt que comme une règle impérative. Coleman s'inscrit en faux contre cette conception trop modeste de la règle de reconnaissance. Dépassant la version « faible » ou descriptive de la thèse de la conventionnalité, il en soutient une version « forte », qui fait de la règle de reconnaissance une source d'obligations pour les autorités¹⁰⁰. Selon Coleman, la règle de reconnaissance ne regroupe pas seulement les critères de juridicité des normes, elle *contraint*

⁹⁸ A. MARMOR, « Exclusive Legal positivism », *loc. cit.*, p.114.

⁹⁹ K. HIMMA, « Inclusive Legal Positivism », *loc. cit.*, p.144.

¹⁰⁰ Souvent ignorée, cette distinction entre versions faible et forte de la thèse de la conventionnalité est opérée par K. HIMMA (« Inclusive Legal Positivism », *loc. cit.*, p. 129-132). Cette version « forte » de la thèse de la conventionnalité est loin de faire l'unanimité au sein des positivistes. Elle a été récemment critiquée par J. Dickson (J. DICKSON « Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule ? », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2007, p.1-30). Cette disciple de Raz remet en cause la nature conventionnelle – au sens fort – de la règle de reconnaissance. Elle rappelle que le « premier » Hart – celui du *Concept de droit* de 1961 – s'était limité à énoncer une « thèse du fait social ». Selon celle-ci, la règle de reconnaissance procède d'une pratique sociale, c'est-à-dire d'un accord *de facto* entre les autorités sur les critères d'identification du droit et sur la présence d'un sentiment d'obligatorité – un point de vue interne – vis-à-vis de ces critères. Hart faisait de ce fait social une condition d'existence de tout ordre juridique. Il ne se posait en revanche pas la question de savoir *pourquoi* les autorités se conformaient à cette pratique commune et forgeaient de ce fait la règle de reconnaissance. Dickson fait observer que dans sa *Postface*, Hart semble avoir changé d'avis. Saisissant la perche que lui tendait Dworkin pour expliquer comment la normativité peut surgir d'un simple fait, Hart paraît faire de la règle de reconnaissance une règle conventionnelle, c'est-à-dire une règle dont l'obéissance est – au moins – partiellement justifiée par le fait que les autres y obéissent. A la suite de L. Green (« Positivism and Conventionalism », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 1999, p.35-52), Dickson regrette ce changement d'attitude. Elle estime que le projet de Hart – et du positivisme en général – consiste à identifier et décrire la règle de reconnaissance mais non à expliquer les raisons qui fondent son respect. Forte de ces observations, Dickson suggère d'abandonner l'idée selon laquelle la règle de reconnaissance serait une règle conventionnelle entendue au sens fort. Une telle idée cadre mal avec l'ambition descriptive du positivisme juridique. Celui-ci conçoit la règle de reconnaissance comme une condition d'existence d'un système juridique, mais n'entend pas se prononcer sur les raisons qui incitent les autorités à s'y conformer.

également les autorités à respecter ces critères. Cette conception ambitieuse de la règle de reconnaissance entend répondre à la première critique dworkinienne – distinguant entre morale conventionnelle et morale convergente – qui met en doute la possibilité, pour une simple pratique sociale – à savoir la convergence interdépendante de comportements et l’attitude réflexive qui l’accompagne –, de générer de la normativité. Cette conception enrichie de la règle de reconnaissance en rend plus nécessaire encore la défense contre la seconde critique de Dworkin, qui tire de l’existence de controverses sur les critères d’identification du droit un motif d’abandon de la règle de reconnaissance.

A sa première réponse à la critique de Dworkin¹⁰¹, Coleman en ajoute donc une seconde, qui repose sur son adhésion à la version « forte » du conventionnalisme. Coleman estime à cet égard que la règle de reconnaissance constitue non pas une convention de coordination – comme il le pensait auparavant, avec Hart et Postema – ni une convention de constitution – comme le prétend Marmor – mais bien plutôt une « activité coopérative partagée » (*shared cooperative activity*) – comme le soutient Shapiro¹⁰². En recourant à cette dénomination empruntée au philosophe M. Bratman, Coleman entend montrer que la règle de reconnaissance est constituée d’une pratique collective qui n’est guère différente de celle consistant à chanter un duo, à se promener ensemble, ou à construire une maison à plusieurs. Dans tous ces cas de figure, chaque participant à la pratique est *tenu* d’adopter un certain comportement pour répondre aux attentes des autres participants. Mais tout comme les promeneurs peuvent débattre, chemin faisant, de la direction à prendre, de même les autorités peuvent-elles, tout en continuant à pratiquer la règle de reconnaissance, s’interroger sur son contenu. « Le cadre est créé et maintenu par le comportement des participants, mais le contenu des règles qui constituent la pratique ne l’est pas. Les règles sont le résultat de négociations permanentes. Il peut donc bien y avoir désaccord sur leur contenu (...) »¹⁰³.

*
* *

La publication de la *Postface* a sans conteste ranimé les controverses autour du positivisme « substantiel ». Les réponses offertes par Hart aux critiques de Dworkin ont suscité une avalanche de commentaires de part et d’autre du fossé qui sépare les « exclusivistes » des « inclusivistes ». On notera à cet égard que les positivistes combattent désormais sur deux fronts. Toujours occupés à réfuter les attaques de Dworkin, ils défendent également « leur » version du positivisme contre celle de leurs rivaux. Ces disputes triangulaires donnent lieu à des alliances aussi brèves qu’improbables, qui ne facilitent pas la compréhension du débat pour l’observateur extérieur. Un point semble néanmoins faire l’unanimité : la controverse initiée par Hart et Dworkin est loin d’être clôturée.

¹⁰¹ Cf. *supra*, p.24. Dans cette première réponse, Coleman établit une distinction entre les controverses relatives à l’identification de la règle de droit et celles portant sur son contenu.

¹⁰² Cf. J. COLEMAN, *The Practice...*, *op. cit.*, p.96. Pour une critique, cf. H. HIMMA, « Inclusive Legal Positivism », *loc. cit.*, p.135 : « (...) si l’analyse de Coleman démontre comment une règle de reconnaissance hartienne peut faire surgir des obligations dans le chef des autorités, elle n’offre qu’une défense partielle de Hart contre sa propre critique d’Austin. Le simple fait que les *autorités* s’engagent envers l’activité juridique ne peut entraîner une obligation de la part des *citoyens* de respecter les lois faites par ces autorités en vertu de leur engagement ».

¹⁰³ *Ibid.*, p.99.

Conclusion

La carte que l'on espérait fournir au lecteur s'est avérée particulièrement difficile à tracer. C'est qu'entre les positivismes méthodologiques et substantiels, les positivistes inclusifs et exclusifs, les incorporationnistes modérés et robustes, les conventionnalismes faibles et forts, il n'est pas toujours aisé de dessiner des frontières claires et des territoires uniformes. Les pages qui précèdent laissent assurément dans l'ombre de nombreux aspects du débat qui, depuis plusieurs décennies, oppose les Hartiens aux Dworkiniens et les Raziens aux Colemanien dans les cénacles anglo-saxons consacrés à la philosophie analytique du droit. Toutefois, si elle ne remplace pas toutes les *terrae incognitae* par des continents aux contours bien délimités, la carte qui se dresse sous nos yeux semble toutefois suffisamment complète pour autoriser certains commentaires critiques. Abandonnant la neutralité du cartographe, on voudrait dès lors conclure cette étude en formulant deux observations.

On remarquera d'abord que la controverse entre Hart et Dworkin ne s'est pas – encore ? – soldée par la victoire définitive et absolue de l'un des deux camps. De part et d'autre, des concessions ont été faites et des batailles, remportées. Il n'est plus aujourd'hui aucun positiviste pour contester la présence de principes juridiques à côté des règles de droit. Du reste, peu nombreux sont ceux qui croient encore à la possibilité d'une science descriptive du droit, délivrée de tout présupposé épistémologique. Inversement, la thèse de la « *single right answer* » et la conception dworkinienne du « droit comme intégrité » ont fait l'objet de sérieuses remises en cause. Comme le note Hart dans sa *Postface*, « en introduisant la distinction ultérieure entre droit interprétatif et pré-interprétatif, Dworkin concède qu'il peut exister des systèmes juridiques si mauvais qu'il n'est pas possible de donner de leurs règles de droit une interprétation que nous pourrions considérer comme moralement acceptable »¹⁰⁴.

Pour autant, on se gardera de conclure au match nul. A en juger par sa popularité dans les universités anglo-américaines, le positivisme juridique est manifestement sorti renforcé de sa confrontation avec Dworkin. Affinée et clarifiée, la pensée de Hart n'a pas fini de planer sur les cours de « *jurisprudence* ». Il n'est pas certain que la théorie du droit-intégrité soit promise à la même postérité. Nul ne contestera que le « roman à la chaîne » et les « principes juridiques » sont à jamais gravés dans l'imaginaire collectif des juristes. Du reste, la théorie interprétative de Dworkin s'inscrit dans une tradition herméneutique dont l'influence sur la théorie du droit n'est pas près de s'éteindre. Il demeure qu'en dépit de ses qualités, la figure du « droit-intégrité » ne s'impose pas aux juristes avec la force de l'évidence. En superposant droit et morale – sans pour autant rallier les partisans du droit naturel – et en défendant la thèse de la « *single right answer* », Dworkin développe une théorie du droit qui semble à maints égards trop éloignée de la réalité. On en veut pour preuve ce « juge Hercule », que peu de praticiens reconnaîtront parmi leurs pairs. On est dès lors tenté de conclure qu'à tort ou à raison, Dworkin restera dans l'histoire comme le meilleur contradicteur de Hart davantage que comme l'auteur d'une théorie – du droit¹⁰⁵ – capable de rivaliser avec le positivisme juridique.

¹⁰⁴ H. HART, *Le concept de droit*, op. cit., p.288.

¹⁰⁵ Rappelons que Dworkin est également l'auteur d'une œuvre abondante dans les domaines de la philosophie morale et politique.

Notre seconde observation part d'une interrogation. Comment se fait-il que les développements foisonnants décrits dans ces quelques pages demeurent largement méconnus des théoriciens du droit francophones ? En retour, comment expliquer que les écrits de ces derniers ne soient jamais – ou rarement – cités dans les débats opposant entre eux leurs homologues anglo-saxons ? A l'heure d'Internet et du multilinguisme, la coexistence paisible de ces deux mondes ne laisse pas de surprendre. Cause ou conséquence de cette ignorance mutuelle, les analyses du droit élaborées de chaque côté de l'Atlantique se développent à partir d'axiomes radicalement différents. On observera à cet égard que la controverse Hart/Dworkin sur les rapports entre légalité et moralité repose tout entière sur une préconception de la validité juridique qui n'est jamais interrogée. Marmor affirme ainsi qu'« il semble que la meilleure manière de définir la validité juridique, c'est par sa connexité avec la vérité. (...) les normes sont soit juridiquement valides, soit pas. La validité juridique, comme la vérité, n'admet pas les degrés »¹⁰⁶. Ce postulat, tellement bien ancré dans les esprits qu'il n'est même plus explicité, est à la source de toutes les entreprises sophistiquées qui, de catégories en « thèses » et de « thèses » en concepts, s'échinent à assigner à la morale la place qui lui revient dans la sphère du droit. Celle-ci est conçue comme un ensemble à la fois uniforme et autonome, qui n'admet pas plus les demi-mesures qu'il n'existe de semi-vérités. Cette approche binaire de la juridicité se manifeste très clairement dans la manière dont Dworkin et Hart conçoivent le rôle du juge dans les « cas difficiles ». Là où le juge dworkinien est toujours enchaîné aux normes juridiques, entouré par un droit omniprésent et saturant qui contient la moralité tout entière et recèle une bonne réponse unique, le juge hartien se trouve confronté à l'absence de droit et se voit confier la tâche de créer de toutes pièces la règle nécessaire à la résolution du litige, sans qu'aucune contrainte *juridique* ne vienne borner son pouvoir discrétionnaire¹⁰⁷. Entre le trop-plein et le vide, aucune alternative ne semble possible.

Que le droit se conçoive nécessairement sur un mode binaire, voilà qui n'a (plus) rien d'évident pour de nombreux théoriciens du droit européens. Nombreux sont ceux qui défendent aujourd'hui l'idée d'une validité juridique à la fois plurielle, récursive et graduelle¹⁰⁸. Par ailleurs, la découverte de formes de « droit vulgaire »¹⁰⁹, d'« infra-droit »¹¹⁰ ou de « para-légalité »¹¹¹ a conduit maints auteurs à rejeter une conception de la juridicité limitée aux règles formellement adoptées par les acteurs du système juridique. Une fois encore, on s'étonnera de ce que ces idées n'aient guère trouvé d'écho dans les cénacles anglo-saxons. Nul doute que les débats entre « hartiens » et « dworkiniens » gagneraient en « fraîcheur » et en clarté si, s'affranchissant quelque peu de leur carcan conceptuel, ils faisaient davantage droit à la réalité juridique, plurielle et complexe, qui est celle de nos sociétés contemporaines. En sens inverse, on regrettera que les développements récents de ces débats soient si méconnus des théoriciens du droit francophones. La qualité et la rigueur des raisonnements développés par Raz, Coleman et leurs disciples contribueraient sans nul doute à redorer le blason du positivisme juridique, dont la simple mention évoque, dans certains

¹⁰⁶ A. MARMOR, « Exclusive Legal Positivism », *loc. cit.*, p.106.

¹⁰⁷ Dans sa *Postface*, Hart a affirmé – mais sans s'en expliquer plus avant – que « (...) les pouvoirs du juge sont assujettis à des nombreuses contraintes *restreignant son choix* dont un législateur est totalement affranchi (...) » (H. HART, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p.290).

¹⁰⁸ Cf. F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p.317-320

¹⁰⁹ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 1972, p.159.

¹¹⁰ A-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, t.1, *Où va la sociologie du droit ?*, Paris, LGDJ, 1981, p.26.

¹¹¹ H. DUMONT, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge*, vol.1, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis – Bruylant, 1996, p.42 et s.

milieux, tantôt la vétusté d'une doctrine passée de mode, tantôt la connivence irréfléchie du droit et du pouvoir.

En guise d'envoi, on voudrait citer les propos d'un théoricien du droit canadien. Formé à la confluence des traditions juridiques francophone et anglo-saxonne, il exprime haut et fort un sentiment qu'il n'est certainement pas le seul à éprouver : « c'est qu'une trop grande partie du débat dans et au sujet du positivisme juridique est devenu presque scolastique. On lit les propos de Kramer sur Raz sur Perry sur Hart ou ceux de Dyzenhaus sur Dworkin sur Fuller sur Hobbes ou ceux de Waluchow sur Coleman sur, bref, peu importe. (...) En même temps, on dépense de plus en plus d'énergie sur les étiquettes et sur les catégorisations. Pour le non-aficionado, (...) les questions importantes en jeu peuvent souvent paraître obscurcies par l'hermétisme des termes du débat. (...) Dès lors, ma modeste proposition est que l'on passe moins de temps et d'effort sur de l'exégèse et davantage sur l'appréhension directe des questions et sujets, nombreux et importants, qu'il appartient au positivisme juridique de traiter »¹¹².

¹¹² J.ALLAN, « A Modest Proposal », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2003, p.209.