

L'IRRÉDENTISME DES VALEURS DANS LE DROIT : LA QUÊTE DU FONDEMENT AXIOLOGIQUE

David Gilles et Simon Labayle

Volume 42, numéro 1-2, 2012

20 ans du Tribunal des droits de la personne

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1106033ar>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10267>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)

2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Gilles, D. & Labayle, S. (2012). L'IRRÉDENTISME DES VALEURS DANS LE DROIT : LA QUÊTE DU FONDEMENT AXIOLOGIQUE. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 42(1-2), 309–361.
<https://doi.org/10.17118/11143/10267>

Résumé de l'article

Le droit possède une texture ouverte et téléologique. Il se présente comme un outil indispensable pour consolider les choix de valeurs en permettant de les formaliser et de les mettre en oeuvre. Derrière le miroir du droit, se trouve, sous-jacents, les valeurs et les principes. Parfois confondues, ces deux notions sont intrinsèques à la notion même de droit, et servent de soubassement à la formulation de décisions judiciaires. On peut dire de ces notions qu'elles sont irrédentes, c'est-à-dire que, comme dans l'imaginaire politique italien du début du 20e siècle, les principes et les valeurs ne peuvent être séparés du corpus juridique, tout comme les terres irrédentes ne pouvaient être séparées de l'identité italienne.

ARTICLE

L'IRRÉDENTISME DES VALEURS DANS LE DROIT : LA QUÊTE DU FONDEMENT AXIOLOGIQUE

par David GILLES*
Simon LABAYLE**

Le droit possède une texture ouverte et téléologique. Il se présente comme un outil indispensable pour « consolider les choix de valeurs en permettant de les formaliser et de les mettre en œuvre. Derrière le miroir du droit, se trouve, sous-jacents, les valeurs et les principes. Parfois confondues, ces deux notions sont intrinsèques à la notion même de droit, et servent de soubassement à la formulation de décisions judiciaires. On peut dire de ces notions qu'elles sont irrédentes, c'est-à-dire que, comme dans l'imaginaire politique italien du début du 20^e siècle, les principes et les valeurs ne peuvent être séparés du corpus juridique, tout comme les terres irrédentes ne pouvaient être séparées de l'identité italienne.

Law possesses an open and teleological angle as it presents itself as an indispensable tool to consolidate the choice of values by formalizing them as well as putting them to use. Underlying behind the mirror of law, one finds values and principles. These two notions are intrinsic to the concept of law and therefore serve as the foundation of legal decision-making. One can say that these notions are irredentes, in other words, similar to the early 20th Century Italian political imagery, the principles and values cannot be separated from the judicial body, much like the irredente lands could not be separated from the Italian identity.

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

** . Doctorant à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke et à l'Université de Paul Cézanne.

SOMMAIRE

I.	Rôle et irrédentisme des valeurs dans le droit.....	320
A/	<i>Le rapport ambiguë des juristes aux valeurs.....</i>	<i>323</i>
B/	<i>Les rapports entre valeur, morale, éthique</i>	<i>329</i>
II.	Valeurs et principes : des frontières perméables	335
A/	<i>Une proximité naturelle</i>	<i>336</i>
B/	<i>Une distinction pourtant intrinsèque</i>	<i>349</i>
	Conclusion.....	358

Le droit, selon A.-J. Arnaud, est caractérisé d'une part par l'établissement d'un ordre organique (le droit semble fixer certaines valeurs) et d'autre part par un ordre téléonomique (le droit réalisant certaines fins)¹. Ces fins doivent, afin d'asseoir la légitimité du pouvoir politique, correspondre autant que possible à celles affirmées par la société, de la même manière que ces valeurs doivent recouper celles émanant de cette société. C'est au nom de cette dernière adéquation que le pouvoir politique entend rapprocher le système normatif, notamment les normes fondamentales, des valeurs ancrées dans la société. Comme cela est le cas pour Kelsen ou Hart, la plupart des positivistes n'excluent pas la pertinence de la morale ou des valeurs. Ils se refusent simplement à donner une place à celle-ci dans la définition et les caractéristiques du droit. Prolongeant cette perspective, le positiviste considère quant à lui que « les valeurs ne peuvent faire l'objet d'une connaissance scientifique »² dans la mesure où tout ce qui ne peut faire l'objet d'une démonstration empirique et scientifique ne peut prétendre au caractère scientifique. Or, il est vrai qu'imaginer une valeur, quelle qu'elle soit, faire l'objet d'une telle démonstration est illusoire, pour les raisons qui tiennent à leur définition même. La prise en compte des valeurs semble alors antinomique avec la science du droit. Pourtant, face à une certaine rigidité « positiviste », il semble nécessaire – à la suite de Fuller notamment – de relativiser les prétentions qui se trouvent à son fondement :

[...] toute prétention à la certitude scientifique dans un système juridique aussi complexe serait donc une gageure ou une chimère. Et si c'est le cas avec les énoncés scientifiques décrivant les normes, on peut imaginer la complexité de la question quand il s'agit de la connaissance des valeurs fondatrices des normes³.

-
1. André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique, où va la sociologie du droit?*, LGDJ, coll. Philosophie du droit, 1981, pp. 10-11.
 2. Michel TROPER cité par Wagdi SABETE, « *De la complexité de détermination des valeurs fondatrices du droit ou suite humienne* », M. DOAT, J. LE GOFF et Ph. PÉDROT (ss. dir.), *Droit et complexité, pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Presses universitaires de Rennes, Rennes, 2007, p. 372.
 3. *Id.*, p. 372.

À la suite de Jean-Louis Bergel, il est possible d'affirmer que « [...] si le droit s'appuie incontestablement sur des valeurs qui dépassent le domaine de la technique juridique, il se définit comme l'ensemble des règles régissant la vie en société et dont le respect est garanti par la puissance publique. Il n'est pas une fin en soi mais un ensemble de mécanismes d'organisation des sociétés et de régulation des relations sociales »⁴. Dans cette perspective, les valeurs se posent comme fondement du droit. Le droit se présente alors comme un outil indispensable pour « consolider les choix de valeurs en permettant de les formaliser (fonction législative) et de les mettre en œuvre (fonction judiciaire et exécutive) »⁵. Plus encore, il « révèle parfois des valeurs qui n'avaient pas encore été exprimées comme telles, participant alors à leur formation, parfois même anticipant sur elles »⁶. Les valeurs, par le biais du droit, acquièrent donc clairement une présence tangible dans l'ordinaire des sociétés contemporaines. Ces considérations portent les germes de toute la philosophie contemporaine des valeurs, puisque

[...] si les valeurs ne peuvent pas être « connues », mais simplement « crues », si elles ne relèvent pas de l'intelligible mais de l'affect, si elles s'enfoncent dans le particularisme subjectif, elles renoncent à tout universalisme objectif, elles doivent donc accepter d'être soumises, pour le pire, au processus du pur compromis, et pour le meilleur aux procédures de délibération⁷.

Or, ce sont là des questions très largement débattues dans les ouvrages d'Habermas, Dworkin ou Ferry, pour n'en citer que quelques-uns parmi les plus représentatifs et les plus contemporains. Ces questions se situent au cœur de la science juridique ainsi que de la philosophie du droit aujourd'hui, car estimer que les valeurs ne peuvent prétendre à « la » vérité scientifique ne re-

4. Jean-Louis BERGEL, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2001, p. 17.

5. Mireille DELMAS-MARTY, *Vers une Communauté de valeurs?*, Paris, Seuil, 2011, p. 20.

6. *Id.*

7. Wagdi SABETE, « *De la complexité de détermination des valeurs fondatrices du droit ou suite humienne* », préc., note 2, p. 390.

vient en aucun cas à les écarter du jeu politique et juridique, ni à en faire de simples caprices cloisonnés aux seules sphères individuelles. Le débat n'est pas neuf, et nombre d'auteurs se sont penchés sur la question. Dans le contexte canadien et dans le contexte européen, la doctrine a parcouru largement le spectre des valeurs dans le discours judiciaire⁸ et l'ancrage de celles-ci dans les ordonnancements juridiques contemporains. Ainsi, dans une stimulante analyse, Stéphane Bernatchez a abordé les rôles de la morale et de l'éthique dans le discours constitutionnel canadien, démontrant la « prudence » des juges – ou la posture minimaliste selon l'auteur – lorsqu'il s'agit d'étayer leur argumentaire en termes d'éthique ou de philosophie fondamentale⁹. Prolongeant le trait, il a mis de l'avant le rôle des valeurs dans l'évolution de la fonction de juger dans le contexte canadien¹⁰. C'est dans ces pas qu'il convient d'engager notre réflexion. Il est alors intéressant de chercher à définir « [...] comment le jugement juridique peut-il et doit-il prendre en compte les orientations axiologiques et idéologiques? »¹¹. Plus précisément, la question de l'ancrage des valeurs et la forme que doivent prendre celles-ci dans leur traduction juridique – à travers des principes – reste une question ouverte, la force axiologique ou fondatrice de celles-ci restant difficile à définir.

Le droit connaît un phénomène de mutation généralisé qui en entraîne une complexification sans cesse accrue. Les valeurs et les principes, par la dimension structurante et rassembleuse qu'ils partagent, ont vocation à jouer un rôle majeur au cœur de cette globalisation. Les temps sont propices à une approche renouvelée

-
8. Voir Luc BÉGIN, « L'intervention du droit et des juges dans la définition de notre éthique collective », Georges A. LEGAULT, Alejandro RADA-DONATH et Guy BOURGEAULT (dir.), *Éthique de société*, Sherbrooke, Éditions G.C.C., 1999, p. 221 et suivantes.
 9. Stéphane BERNATCHEZ, « La fonction paradoxale de la morale et de l'éthique dans le discours judiciaire », (2006) 85 R. de B. Can. 218.
 10. Stéphane BERNATCHEZ, « Le rôle des valeurs et du contexte dans la transformation de la fonction de juger », dans Pierre NOREAU et Louise ROLLAND (dir.), *Mélanges Andrée Lajoie*, Montréal, Éditions Thémis, 2008, pp. 333-357.
 11. *Id.*, p. 222.

et globalisante de la science juridique. Comme le remarque Mireille Delmas-Marty,

[l]a communauté internationale commence à se penser comme une communauté humaine mondiale. D'abord, dans sa dimension politique, à mesure qu'émerge ce nouveau « monstre juridique », né de l'hybridation entre gouvernance (la coordination entre des États souverains) et États de droit (la subordination à un ordre de type supranational), que l'on pourrait nommer « État de droit mondial ». Un tel droit, qui n'est plus identifié à une nation, implique une dimension éthique, c'est-à-dire la référence aux valeurs communes qui humanisent cette communauté à l'échelle mondiale¹².

Les valeurs font, dans cette optique, figure d'étendard autour duquel rallier les communautés et les populations. Par exemple, les systèmes d'union d'États souverains en constitution comme l'Union européenne posent avec acuité la question de savoir

[...] comment faire cohabiter dans une ensemble commun efficace ces différents peuples en répondant aux aspirations de chacun pour constituer un ensemble économiquement homogène, politiquement consensuel, capable d'affirmer une vision commune des affaires du monde? »¹³.

Confronté à une masse de problèmes et de difficultés, la construction de ce modèle juridique novateur démontre qu'il n'est pas possible de faire l'impasse sur l'affirmation des valeurs. Bien évidemment, cette actualité conserve toute sa résonance dans le cadre d'un état fédéral comme le Canada, où les valeurs communes et les valeurs distinctes sont en perpétuel processus de détermination ou de négociation. Des appels récents se sont fait

12. Mireille DELMAS-MARTY, *Vers une Communauté de valeurs?*, préc., note 5, p. 20.

13. Antonio TIZZANO, *L'intégration européenne au XXI^e siècle*, Paris, La documentation française, 2004, p. 19.

l'écho de la volonté d'affirmer une hiérarchie des valeurs et une affirmation de celle-ci dans l'ordonnement juridique. Ainsi, selon Christophe Grzegorzczuk,

[...] si on pressent que le fondement et l'explication du droit se trouvent au niveau d'une théorie des valeurs, on ne peut plus ignorer les débats qui secouent la philosophie morale, puisque c'est là que l'on met en question jusqu'aux racines mêmes la pensée axiologique¹⁴.

C'est alors que le rapport entre valeur et principe devient l'une des clés des difficultés. La valeur, par rapport au principe, se démarque par son inspiration davantage intellectualisée, et à la part d'adhésion plus forte. Il en découle une portée à la fois plus large et une autorité morale mieux affirmée, mais dans le même temps une détermination moindre. Au contraire, les principes, plus techniques et à la vocation opératoire et structurelle, se montrent sans doute plus rapidement et aisément intégrables à un système juridique. Ils constituent, à ce titre, de véritables passerelles pour les valeurs afin d'accéder au droit et bénéficient donc d'une légitimité et d'une autorité pratiques. Ainsi,

[l]es principes prennent la forme de postulats à caractère général qui plongent leurs racines dans les valeurs et dont la fonction est moins d'orienter directement la conduite des individus que de traduire une option éthique à la lumière de laquelle les règles peuvent être, quant à elles, interprétées puis appliquées ou écartées¹⁵.

Ils constituent des éléments clés autour desquels se fondent les systèmes juridiques. Étudiés sommairement et indifféremment des contextes, seule une distinction floue sépare les deux concepts. C'est notamment le cas dans le contexte de la protection des droits fondamentaux, dans le cadre duquel « [v]aleurs et

14. Christophe GREZGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit, Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1982, p. 31.

15. Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA et al. (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 1^{re} édition 2008, p. 972.

principes sont des termes qui au premier abord n'appellent respectivement aucune spécification tant ils subissent, dans le langage juridique, une commune utilisation pour qualifier les droits de l'Homme »¹⁶. Le plus souvent, il faut convenir que dans l'usage, les deux termes semblent synonymes¹⁷. Dans le cadre de l'établissement récent de la Charte européenne des Droits de l'Homme, l'assimilation des deux concepts semble *de facto* intégrée, même si la distinction entre valeur et principe est posée¹⁸. Malgré la proximité certaine entre les concepts de valeur et de principe, ceux-ci représentent une réalité différente¹⁹.

16. *Id.*, p. 971.

17. *Id.* Denys Simon le souligne par exemple à propos du système juridique de l'Union européenne au sein duquel « sont alternativement ou cumulativement employées les expressions de « principe généraux de/du droit », « principes généraux du droit communautaire », « principes fondamentaux du droit communautaire », « principe élémentaire du droit », « dispositions juridiques fondamentales de la Communauté », « exigence fondamentale », voire les formules plus laconiques de « principe général » ou seulement de « principe », sans que ce foisonnement sémantique n'ait de véritable signification juridique »; Denys SIMON, « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire? » (1991) 14 *Droits* 74.

18. Dans le cadre d'une étude sur ces deux notions, Joël Molinier constate qu'« il ne semble pas, en définitive, à l'analyse des textes et à l'examen des travaux préparatoires de la Charte, que cette distinction soit opératoire en ce sens qu'elle permettrait de traduire deux réalités séparées. Soit en effet on considère, comme le fait d'ailleurs implicitement l'article 3 du Préambule de la Charte, que les principes fondateurs de l'Union sont des valeurs communes aux peuples et de l'Europe et aux Etats membres. L'on est alors conduit à affirmer que « principes » et « valeurs » sont des termes qui peuvent être indifféremment utilisés pour désigner une même réalité. Soit on estime que valeur et principe sont les deux faces d'une même réalité, exprimée sous l'angle moral, spirituel, éthique, social [...] (et l'on parle alors plutôt de valeur) ou sous l'angle juridique (et l'on utilise alors plutôt le terme de « principe ») ». Il en tire donc la conclusion que « [d]ans les deux cas toute dissociation de contenu ou de portée paraît artificielle »; Joël MOLINIER, (ss. dir.), *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, Paris, Presses universitaires de France, 2005, p. 18.

19. Selon le *Dictionnaire des droits de l'homme*, « [c]ommunément mobilisables pour faire référence aux droits de l'homme, les deux notions n'en constituent pas moins deux dimensions bien distinctes. Elles saisissent en effet les droits de l'homme, chacune de son côté, sous leur

D'ailleurs, dans le cadre européen, l'ordre juridique de l'Union européenne a, après avoir entretenu un flou persistant²⁰, nettement tranché la question de leur distinction par la ratification, puis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en faveur de la notion de valeur²¹. Une référence explicite aux valeurs de l'Union figurait d'ailleurs déjà dans son Préambule²².

-
- double dimension matérielle et formelle : comme valeur (dimension matérielle), les droits de l'homme donnent à l'ordre juridique son ethos tandis qu'en tant que principes (dimension formelle), ils en sont la clé de voûte »; Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, préc., note 13, p. 971.
20. Voir Joël MOLINIER, (ss. dir.), *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, préc., note 16.
21. Depuis le Traité d'Amsterdam, l'Union était cependant explicitement « fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communs aux États membres »; *Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes*, Journal Officiel n° C 340 du 10 Novembre 1997, Article F, p. 9. Or, le Traité de Lisbonne, plutôt qu'à des principes, réfère à des valeurs pour évoquer les fondations européennes. L'Union européenne est donc désormais « fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ». On ajoute : « [l]'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes »; *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, Journal Officiel n° C 306 du 17 Décembre 2006, Article 2, p. 42.
22. « S'inspirant des héritages culturels, religieux et humanistes de l'Europe, à partir desquels se sont développées les valeurs universelles que constituent les droits inviolables et inaliénables de la personne humaine, ainsi que la liberté, la démocratie, l'égalité et l'État de droit... » *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, Journal Officiel n° C 306 du 17 Décembre 2006, Préambule, p. 10.

Les valeurs, exprimées au sein de systèmes juridiques comme des valeurs sous-jacentes ou expressément fondatrices, demeurent cependant tributaires d'un instrument à même de les porter vers la surface de ces derniers. Cet office échoit aux normes et aux principes juridiques, par le biais desquelles une tangibilité, voire une certaine objectivité (si tant est que cela fût possible dans un domaine par nature ancré dans la subjectivité) se voient conférées aux valeurs.

Dans le contexte canadien, on connaît la distinction faite par la CSC, notamment dans l'arrêt *R. c. Malmo-Levine; R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571 au regard de l'économie des articles 1 et 7 de la Charte²³. La Cour souligna alors que « [l]a pondération des droits individuels et des intérêts sociétaux dans l'analyse fondée sur l'art. 7 n'est pertinente que pour préciser un principe de justice fondamentale en particulier »²⁴. Les juges fondent alors une distinction entre les principes de justice fondamentale, qui doivent être suffisamment précis pour être applicables par le juge, et les valeurs, plus floues et moins fonctionnelles²⁵, mais néanmoins pertinentes dans le cadre de la détermination de la justification de la violation de l'article 7, en application de l'article 1^{er} de la *Charte* :

Dans la détermination des principes de justice fondamentale, il faut nécessairement prendre en considération la nature sociale de notre existence collective. Ce n'est que dans cette mesure que les valeurs sociétales jouent un rôle dans la définition de la portée des droits et des principes en question²⁶.

-
23. Dans *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, les juges majoritaires ont souligné que, malgré certaines similitudes, les pondérations des droits et intérêts faites dans l'application de l'art. 7 et celles faites dans l'application de l'article premier présentent néanmoins des différences notables; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668 au para. 67.
24. *R. c. Malmo-Levine; R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571 au para. 98.
25. Toutefois, dans *Rodriguez*, le juge Sopinka rappelait que « pour établir ces principes [de justice fondamentale], il est nécessaire de pondérer les intérêts de l'État et ceux de l'individu », semblant alors rapprocher la notion de principe à celle de valeur.
26. *R. c. Malmo-Levine; R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571 au para. 99.

L'idée d'user du vocable évoquant un irrédentisme des valeurs au droit – simple création intellectuelle personnelle²⁷ – expose une double problématique et se doit d'être explicitée. En premier lieu, le choix de ce terme évoque l'idée que, comme les terres irrédentes pour les nationalistes italiens des XIX^e et XX^e siècles, les valeurs ne peuvent être séparées arbitrairement du droit, elles lui sont, à un titre ou à un autre, liées intrinsèquement. En deuxième lieu, cet irrédentisme réside dans le constat de la participation des valeurs, dans cette relation au droit, à la nécessaire identification « nationale » que les justiciables, que les citoyens se font de leur système juridique, que les Canadiens se font des fondamentaux de leur société exprimés dans le droit canadien.

À cet irrédentisme des valeurs s'ajoute la question du choix de l'infrastructure fondamentale du système juridique et de la formulation juridique qui lui est nécessaire. C'est alors que le rapport entre valeurs et principes s'explicité dans une forme où les premières se trouvent être des fondements, plus lâches, moins déterminés et où les seconds forment les structures axiologiques, plus déterminés, plus juridiques en somme.

Nous allons chercher à caractériser les rapports entre les normes et l'irrédentisme des valeurs dans un premier temps (I), puis à envisager plus spécifiquement la question de la distinction valeurs et principes (II).

27. La notion d'irrédentisme est apparue à la fin du XIX^e siècle en Italie. Il s'agissait alors d'un courant de pensée et d'opinion qui prônait le rattachement à l'Italie des terres du Frioul peuplées essentiellement d'habitants d'origine italienne, partageant les mêmes valeurs, la même histoire, la même langue. De manière figurée, l'irrédentisme identifie alors, souvent dans une perspective nationale, le caractère indissoluble entre une ou plusieurs composantes d'une entité et les valeurs qu'elles partagent.

I. Rôle et irrédentisme des valeurs dans le droit

Sous diverses formes, s'est dessiné au cours du XIX^e un mouvement positiviste, structuré autour de l'unité minimale conceptuelle posant « la volonté d'exclure le juste de la notion de droit »²⁸. A contrario, en quelque sorte, la philosophie des valeurs est construite autour de la mise au premier plan de la personne humaine, et son évolution suit naturellement celle de la pensée juridique qui s'étend du droit naturel à l'autopoïèse²⁹ et à la réflexivité du droit.

Puisque la vérité absolue n'existe plus selon la doxa positiviste, qu'elle soit d'origine divine ou scientifique, c'est vers les valeurs que l'homme doit se tourner pour donner un sens à ses actes. Il devient désormais possible à ce dernier de poser, d'affirmer son adhésion à des valeurs nécessaires, cette fois-ci des valeurs « relatives », comme le soulignait Kelsen³⁰. Toutefois, pour ne pas confiner cet acte de création à une simple déclaration d'intention, il reste à offrir une existence concrète et matérielle aux valeurs issues de cette réflexion. À cette fin, le retour de « l'humain » et de ses doutes dans le jeu des grandes croyances collectives et dans les systèmes juridiques est accompagné par l'émergence de ses créations et de ses « outils » ainsi que de leurs inévitables imperfections; en l'occurrence, c'est la science

28. Jean-Claude BILLIER et Aglaé MARYOLI, *Histoire de la philosophie du droit*, Armand Colin, Paris, 2005, p. 135.

29. Ainsi, « la disparition de la référence à un cosmos ou à une cité ordonnés ne laisse guère d'autre issue qu'au renvoi à un sujet, désormais tenu pour seul apte à chercher et à trouver les règles de sa conduite »; Paul VALADIER, *L'anarchie des valeurs*, Albin Michel, Paris, 1997, p. 56.

30. « Une théorie relativiste des valeurs ne signifie pas – comme on le croit souvent – qu'il n'y a pas de valeurs et en particulier pas de justice, mais qu'il n'y a pas de valeurs absolues, mais seulement des valeurs relatives, pas de justice absolue, mais seulement une justice relative, que les valeurs que nous créons par nos actes normateurs et sur lesquelles nous fondons nos jugements de valeurs, ne peuvent prétendre exclure la possibilité de valeurs opposées »; Hans KELSEN, « Law and Morality », *Essays in Legal and Moral Philosophy*; trad. et publié dans Christophe GREZGORCZYK, Françoise MICHAUT et Michel TROPER, *Le positivisme juridique*, Story-Scientia, LGDJ, Paris, 1992, p. 144.

juridique qui fera office de support – certainement imparfait – pour les valeurs qu'une communauté se donne.

Michel Villey, dans sa préface à l'ouvrage de Christophe Grzegorzczak³¹, établissait un bref historique de l'affirmation des valeurs dans les communautés modernes. Il relie l'apparition au développement des sciences dites physiques. Celles-ci effectivement devaient leur réussite à ce qu'elles faisaient abstraction des causes finales et du bien. Face à ces sciences, il constate que s'est ensuite développée une morale « non plus constituée à partir de la considération de l'être, mais de commandements : une morale faite d'obligation et d'interdits de la loi divine », mais cette morale fut « jugée pauvre, trop « formelle », vide de contenu; et ses fondations illusoire », ce qui entraîna le développement des sciences humaines qui « s'efforcèrent d'imiter la rigueur et l'objectivisme des sciences naturelles »³². Ce cycle émergea à l'orée des XVII^e et XVIII^e siècles. Christophe Grzegorzczak abonde d'ailleurs dans ce sens, puisqu'il constate à son tour que « la théorie générale des valeurs (appelée aussi « axiologie ») a fait son entrée, en se situant à la limite de la philosophie et des sciences humaines »³³ et a largement marquée de son empreinte le monde du droit³⁴. À travers ce parcours sinueux, la théorie des valeurs va enfin toucher les rives de la théorie du droit au milieu du XX^e siècle. Bien évidemment, le rapport entre valeurs et droit est bien antérieur à cette date, et leur relation est prégnante depuis la genèse du droit.

31. M. VILLEY, préface à l'ouvrage, Christophe GREZGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit*, préc., note 14, p. 6.

32. *Id.* p. 6.

33. Christophe GREZGORCZYK, *La théorie générale des valeurs*, préc., note 14, p. 38.

34. Pour Michel Villey, c'est alors dans la nasse des sciences humaines que prirent naissance les valeurs, notamment par le biais de l'économie politique anglaise, et de l'école phénoménologique grâce à laquelle les valeurs vont « s'émanciper de leur support matériel ou psychologique »; M. Villey, préface à l'ouvrage, C. GREZGORCZYK, *La théorie générale des valeurs*, préc., note 14, p. 7.

C'est au sein de l'univers immatériel, dans lequel prospèrent les valeurs, que gisent les racines du droit, celles sans lesquelles celui-ci ne constituerait plus qu'un ensemble de règles assemblées sans cohérence, coupées de la réalité du monde qu'elles sont censées réguler, et sans aucun doute inaptes à assurer la tâche qui leur incombe. Toutefois, la multiplicité des références aux valeurs qui animent les sociétés contemporaines conduit à une banalisation d'un concept par ailleurs intrinsèquement polysémique. Comme le fait remarquer Vlad Constantinesco, « le terme, couramment employé, n'est pas pour autant des plus définis, ni des plus simples à définir. Plus précisément – et outre qu'il est rarement défini – le terme de valeur est susceptible d'une pluralité d'approches et de significations »³⁵.

Trois éléments semblent devoir caractériser le concept de valeur. D'une part, une démarche évaluative est inhérente à la notion et prend la forme d'une préférence idéologique³⁶. L'individu ou la communauté tient la place centrale de cette définition, puisqu'elle implique l'expression d'une préférence ou d'un choix personnel ou exprimé collectivement. Le concept de valeur se caractérise donc également par son absence de neutralité, puisque la valeur consiste principalement en un but qu'un individu ou une communauté juge souhaitable d'atteindre.

D'autre part, la notion de valeur induit nécessairement l'idée d'adhésion, d'un certain affect envers la valeur identifiée. Enfin, une valeur implique naturellement une part d'indétermination. Les normes et le droit jouent alors un rôle de catalyseur et transmetteur. Par la juridicisation des valeurs, ils les

35. Vlad CONSTANTINESCO, « Les valeurs dans le Traité établissant une constitution pour l'Europe », *Des valeurs pour l'Europe?*, Academia-Bruylant, 2008, p. 72.

36. Dans une perspective juridique, G. Cornu définit le concept de valeur comme étant, pour un individu, « ce qui, de son point de vue, est estimable, appréciable, désirable » ou de manière plus générale, « ce qui, [...], est considéré comme bon, utile, digne d'estime »; Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 8^e édition mise à jour, Paris, 2007, p. 952.

collectivisent et bouclent ainsi le paradoxe de la relation qui unit le concept de droit à celui de valeur. Le droit se fonde sur des valeurs qui, sans lui, ne connaîtraient pourtant pas d'existence concrète et tangible et ne nourrirait donc aucune vocation à quelque collectivisation que ce soit. Le droit est donc devenu l'outil de référence majeur des sociétés contemporaines pour savoir ce qui est acceptable et ce qui ne l'est pas et il va, pour déterminer cela, puiser dans les valeurs de la société qu'il lui est donnée de réguler. Le droit comme les valeurs sont donc tous deux des produits d'une activité humaine, qu'il s'agisse de la constitution des systèmes juridiques comme de la création et l'adoption des valeurs. Pourtant ce rapport ne s'est pas fait sans mal, et, si les valeurs posent toujours certaines difficultés aux juristes (A), c'est notamment au regard de la proximité de ces dernières avec les ensembles normatifs tels que la morale et l'éthique (B), face auxquels la représentation moderne du droit s'est construite.

A/ Le rapport ambiguë des juristes aux valeurs

Une valeur constitue la capacité que possèdent des choses, des réalisations, des institutions de représenter un bien pour une personne ou pour une collectivité. Le terme inclut les moyens, les structures, les institutions, les aménagements qui favorisent le mieux-être de l'homme vivant en société tels que la vie, la vérité, l'intégrité physique et morale, le minimum vital qui favorise la dignité humaine, la santé, la liberté, le savoir, le travail, la famille, la justice, la solidarité, la paix sociale ou l'égalité. Certaines sont considérées comme des *valeurs* par les uns et comme des *non-valeurs* par les autres. Elles font dans tous les cas l'objet de préférences personnelles, qui peuvent certes être partagées par d'autres individus, mais sans toutefois recouper des communautés définies *a priori*, et elles font l'objet d'un jugement spécifique, le jugement évaluatif. Il existe des jugements évaluatifs et personnels, qui prétendent tout au plus à la sincérité ou à l'authenticité du sujet de l'énonciation. Il en va tout autrement des énoncés qui prennent la forme d'une proposition normative prétendant, quant à eux, à un test d'universalisation en vue d'un accord ou d'un consensus ayant force d'obligation au sein d'une

communauté. Chacun d'entre nous peut assigner un contenu différent aux valeurs/non-valeurs. Celles-ci peuvent prendre en outre tant une coloration éthique, morale, religieuse, qu'une coloration politique, économique et juridique. Les valeurs constituent alors de nos jours des réalités objectives et possèdent une authenticité propre qui échappe au subjectivisme. Cela n'exclut pas des perceptions divergentes dont la validité peut varier. Ce ne sont donc pas des règles, qui fonctionnent sur un mode binaire, mais bien des ensembles qui connaissent une diversité de réalités en fonction de certaines contingences. Par exemple, le christianisme a véhiculé la valeur égalité, mais les chrétiens y ont été inégalement sensibles selon les époques et les milieux. Comme le souligne Wagdi Sabete :

Notre connaissance sur les valeurs repose sur des évidences intelligibles pour la conscience, celles qui constituent les fondations de la raison. Ces évidences reposent, à leur tour, sur un acte de confiance raisonnable. Au commencement, il n'y a qu'un acte de foi. Car il n'y a pas, n'a jamais eu une démonstration première de la validité : la fondation se dérobe toujours³⁷.

Cette difficile introspection explique pour partie les réticences qu'ont conservées les juristes dans leur rapport aux valeurs, ceux-ci ne se résolvant que tardivement à analyser l'arrimage du droit aux valeurs, préférant soit nier leur existence, soit distinguer clairement les deux ensembles. Comme le souligne Christophe Grzegorzcyk³⁸, les juristes adoptent, face à la question et à la théorie des valeurs, deux attitudes différentes : d'une part, ils cherchent à enfermer ces valeurs à l'intérieur du système normatif, à les transformer en des valeurs infra-juridiques, à la fois dérivées des normes et subordonnées à celles-ci. Cette politique, largement reprise, notamment par les grands textes fondamentaux, consiste à contourner le problème des valeurs en

37. Wagdi SABETE, « *De la complexité de détermination des valeurs fondatrices du droit ou suite humaine* », préc., note 2, p. 389.

38. Christophe GREZGORCZYK, *La théorie générale des valeurs*, préc., note 14, p. 27 et sv.

niant d'une certaine manière leur « immatérialité normative ». La valeur alors transformée en principe juridique est ainsi intégrable à un système normatif classique. D'autre part, la seconde attitude, classique, anté-positivisme, consiste à faire appel à la morale, ce qui permet de donner aux normes, par les valeurs, une assise, un fondement externe, exogène, stable.

Ces deux attitudes reprennent, à bien des égards, les lignes forces de deux confrontations séculaires entre positivisme kelsénien, niant l'existence de « jugement de valeurs authentiques en droit »³⁹, et des tenants des valeurs supra-juridiques pesant sur les systèmes de droit, dont l'une des expressions fut historiquement la pensée jusnaturaliste.

De nos jours, la notion de valeur ne se justifie que dans une perspective ontologique et subjective centrée sur l'individu dans la mesure où même si la valeur vise un collectif, elle ne peut que passer par le biais d'un cheminement de pensée et d'une argumentation avant tout subjectifs et personnels⁴⁰. Les valeurs, pour éclore, sont donc tributaires d'une forme d'individualisme que les sociétés contemporaines ont exacerbée. Ainsi, alors que dans les systèmes archaïques prévalaient des valeurs fondées sur la force et l'autorité, l'avancée des civilisations fait émerger des aspirations à une participation davantage consentie qu'imposée. Il n'est pas abusif de voir dans ce type d'évolution à la fois sociologique et historique l'un des facteurs principaux de l'avènement de la théorie des valeurs et de la place considérable que celle-ci occupe désormais dans la science juridique. Le même type de conclusion peut d'ailleurs être tiré de la modification du rapport qu'entretiennent les êtres humains avec la science. Kelsen a choisi de résoudre la difficulté posée par les valeurs qu'il

39. *Id.*, p. 28.

40. Les valeurs n'existent alors qu'en tant que « [...] valeurs pour quelqu'un, et notamment pour l'homme [...]. Dans cette optique, notre « objectivisme » axiologique est bien éloigné des théories objectivistes traditionnelles, l'homme étant ici constitutif de l'ontologie des valeurs, qui existent objectivement, mais non extérieurement à lui »; Christophe GREZGORCZYK, *La théorie générale des valeurs*, préc., note 14, p. 118.

observait dans le droit en octroyant à celles-ci un statut dérivé des normes elles-mêmes⁴¹. Son système repose sur l'idée d'une objectivation du droit et de sa légitimité fondée sur le respect du processus d'adoption, sur la conformité de la norme au contenu de la norme supérieure. La pyramide kelsénienne ainsi constituée écarte alors les valeurs en privant celles-ci de toute validité exogène, de tout fondement moral. Le critère de la conformité à la norme supérieure ne permet l'affirmation de valeurs que par leur appendice principiel, transformant celles-ci en principes juridiques qui trouvent leur fondement dans la conformité à la norme supérieure. Il en est ainsi de l'égalité dont la force, la « valeur » ne dépend dans nos systèmes juridiques que de sa place dans la hiérarchie de l'ordonnancement normatif.

Kelsen évacue toute évaluation externe des normes, refusant ce qui apparaît à ses yeux comme une impureté. Constatant l'existence des valeurs, il en fait des valeurs extra-juridiques. Il ne voit dans tout jugement de valeurs qu'une simple expression d'une émotion personnelle, d'un subjectivisme non juridique⁴². La pratique a obligé la théorie du droit à contester largement cette vision irréductible. Refuser tout jugement de valeurs authentiques dans le droit et refuser tout fondement philosophique au droit revient à s'écarter de l'observation du droit posé, pourtant fondement de la théorie positiviste. De la norme législative à la solution jurisprudentielle, toutes portent en elles cette part de subjectivité, cette expression d'une ou de plusieurs valeurs transcendantes. C'est une évidence, pour les juristes et notamment pour les juges, que les principaux problèmes juridiques trouvent fréquemment des réponses non pas à l'intérieur de la science juridique mais à l'extérieur, dans le domaine de la philosophie, de la morale, des valeurs. En un mot de la Justice.

Toutefois, donner aux règles juridiques une justification morale, dans la théorie ou la pratique, s'avère une tâche fort

41. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Dalloz, Paris, 1962, pp. 23-24.

42. Christophe GREZGORCZYK, *La théorie générale des valeurs*, préc., note 14, p. 28.

délicate⁴³, qui pose à la fois le problème de sa détermination et de sa légitimité. L'évolution des méthodes et des théories de l'interprétation, à bien des égards, traduit cette problématique.

Tous les jours, les juristes sont confrontés à une multitude de situations où sont impliquées des considérations morales et où interviennent inlassablement des appréciations de choix à la portée morale évidente et incontestable. Le droit et la hiérarchie normative apportent une standardisation, les décisions sont préévaluées par le système juridique sous forme d'interdiction, permission ou injonction. Mais cette évaluation prédictive ne suffit pas dans de nombreuses situations – dans ces cas difficiles « hard cases » chers à Hart et à Dworkin – où la situation échappe au cadre confortablement dressé par la législation et la jurisprudence. La question se pose alors : où chercher le modèle de jugement? Plus ardu encore, lorsque le juge se détache de la retenue judiciaire, lorsque les faits, la société, les parties le poussent à revêtir subrepticement le costume du législateur ou à former, au travers de la jurisprudence, les standards d'appréciation de situations nouvelles, exceptionnelles, complexes et extra-systématiques, seule la morale semble apporter un référent adéquat légitimant le contenu du nouveau standard par l'affirmation de valeurs. De nos jours, la réticence au regard des valeurs a largement décliné. Comme le souligne avec emphase Wagdi Sabete :

Au nom de quoi, sinon de valeurs, proscrire les jugements de valeurs de la science de droit. Écrire, n'est-ce pas s'engager? Décrire, c'est déjà prendre partie. Cependant, entre le positivisme soi disant neutre et la description partisane il existe, semble-t-il, une marge : toute activité scientifique doit viser cette règle d'or : « faire taire ses préférences mais dire ce qui est ». Or, « *ce qui est* » n'est pas toujours si simple à décrire car il s'agit de décrire un sens, et *expliquer* une signification qui ne se détermine, en défi-

43. Pour une analyse de la question des jugements de valeur dans le domaine des sciences sociales, voir Philippe BÉNÉTON, *Introduction à la politique*, Paris, PUF, 1997, p. 116- 120.

nitive, que par rapport à une autre signification donnée et ainsi de suite. La description donnée est au fond un « *judgement* » qui dit un *état de fait*. Il comporte par-là même une évaluation en termes de valeur⁴⁴.

Les juristes et les juges se prononcent alors, intuitivement ou non, pour certaines valeurs et en récusent d'autres. Toutefois, ils légitiment cette action non pas grâce à un fondement moral, mais en référence à des principes juridiques – qui foisonnent en droit civil – et à ce que Dworkin appelle des principes et des politiques, inhérents au système juridique et qui servent de guide à la solution de droit.

Souvent, celle-ci est davantage viscérale que construite sur un fondement philosophique, l'argumentation juridique apportant alors la légitimation à la solution. Le philosophe Jürgen Habermas propose le dialogue, la discussion, comme moyen d'en arriver à un consensus sur les valeurs. Ce dialogue est rendu nécessaire à cause de la confusion des esprits et de la nécessité d'une vision commune indispensable à la construction d'un véritable humanisme. Si le choix kelsénien véhicule en soi une idéologie⁴⁵, le risque de réintroduire la morale dans le droit pose donc le problème de la caractérisation des valeurs et de leur place dans le système juridique. La pensée juridique, la perspective philosophique, l'évolution des mentalités depuis un siècle ont toutefois montré le relativisme des valeurs, l'individualisation de celles-ci, l'identification de groupes sociaux à certaines d'entre-elles et la difficulté à affirmer la primauté des unes par rapport aux autres.

44. Wagdi SABETE, « La théorie de la connaissance scientifique en droit et le procès de la métaphysique », (2002) 46 Arch. Phil. Droit 407, à la page 433.

45. Comme le remarque Christophe GREZGORCZYK, « cette pensée véhicule un fond idéologique de légitimation évidente, car en interdisant aux juristes d'introduire les jugements de valeurs dans leur travail, elle ne permet pas de réfléchir sur la qualité des normes qui ne sont ni bonnes ni mauvaises, mais tout simplement obligatoires – et donc se légitiment par leur existence même »; Christophe GREZGORCZYK, *La théorie générale des valeurs*, préc., note 14, p. 28.

B/ Les rapports entre valeur, morale, éthique

Le positivisme et les auteurs contemporains tels Hart, Dworkin ou Pérelman ont largement contribué à distinguer droit et morale sans forcément user du vocable valeur de manière déterminée. Dans la plupart des dictionnaires juridiques ou de philosophie du droit, on ne trouve d'ailleurs pas d'entrée « valeur » alors que celles relatives à la distinction droit/norme/morale sont nombreuses. Grzegorzcyk distingue deux grandes « familles » de théories relatives aux valeurs dans la philosophie contemporaine, les théories cognitivistes⁴⁶ et non-cognitivistes – ou émotivistes – des valeurs. Concernant les premières, on trouve des théories dans lesquelles le rôle du sujet est relativement passif

[...] il ne fait qu'enregistrer, correctement ou non, les valeurs contenues dans la réalité environnante. Ses jugements de valeurs ont donc un statut semblable à celui des propositions descriptives : ils peuvent correspondre ou non à la réalité et donc être vrai ou faux⁴⁷.

Parmi celles-ci, on trouve l'affirmation d'un « sens moral », qui attribue un rôle secondaire à l'expérience sensorielle comme source épistémologique au profit de l'intuition morale et de son caractère actif et créatif.

Ses jugements de valeurs n'ont pas, par conséquent, de caractère cognitif, ils ne rendent pas compte de quoi que ce soit d'extérieur, ne sont ni vrais, ni faux; ils expriment seulement des prises de position axiologiques du sujet envers le monde réel⁴⁸.

Au contraire, la perception non cognitiviste des valeurs laisse une part importante aux émotions humaines qui constituent le « nid » des valeurs⁴⁹. L'individu moderne par

46. *Id.*, p. 47-63.

47. *Id.*, p. 47.

48. *Id.*, p. 47.

49. Grzegorzcyk la résume en écrivant que si « la doctrine qui situe les valeurs non pas dans le monde extérieur, mais dans la perception

l'affirmation des sciences et de leur réalité concrète – empirique et objective – avait, peu à peu, renoncé à son impact et à sa propre influence sur la « vérité » et la « connaissance » au profit de ce que lui dictaient ces sciences⁵⁰.

Il s'empare à nouveau de celles-ci à partir de l'avènement des Chartes, les « mystiques » religieuses et scientifiques laissant la place à un ensemble de valeurs ontologiques. Les terminologies subsistent, mais l'ancrage au système juridique et la légitimité sont toutes deux réformées, plus démocratiques et respectueuses des droits individuels. Wagdi Sabete remarque ainsi que

Ces évidences reposent, à leur tour, sur un acte de confiance raisonnable. Au commencement il n'y a qu'un acte de foi. Car il n'y a pas et il n'y a jamais eu de démonstration première de la validité : la fondation se dérobe toujours. $2+2=4$? Sans doute mais au nom d'axiome ou de présupposition, c'est-à-dire de proposition non démontrée⁵¹.

Bien évidemment, les deux conceptions sont très proches, et s'interpénètrent largement. À l'instar de la distinction éthique/morale, il est difficile d'établir la distinction morale/valeur, d'autant que cette distinction est plus ou moins explicite sous les plumes des différents auteurs⁵². On pourrait

humaine de ce monde est fort ancienne [...] l'émotivisme a donné pourtant une expression radicalisée à cette vision du phénomène axiologique, et en même temps a procédé à son examen selon une méthode très stricte, analytique, axée en priorité sur les questions linguistiques concernant le monde des valeurs »; *Id.*, p. 89.

50. Dagmar COMTESSE, « *La culture politique comme métavaleur européenne* », *Des valeurs pour l'Europe?*, Academia- Bruylant, 2008, p. 42.

51. Wagdi SABETE, « De la complexité de détermination des valeurs fondatrices du droit ou suite humaine », préc., note 2, p. 234.

52. Pour Bentham ou pour John Stuart Mill, la morale n'avait pas sa place dans le droit, car celle-ci était fonction de la société, leur philosophie du droit se voulant utilitariste, les critères qu'ils proposaient étant les valeurs universelles du bonheur et de la liberté et non la moralité *de facto* de sociétés particulières, qu'ils appelaient morale positive; H.L.A HART, « La moralité du droit », (1994) 19 *Droits* 105 à la page 109.

alors estimer que les valeurs sont universelles et les morales particulières, les unes et les autres se trouvant définies dans l'absolu, indéterminées. Toutefois, dans l'utilisation moderne du terme de valeur, dans l'approche des juridictions et de la Cour suprême du Canada notamment, la recherche de principes favorise les valeurs, les juges cherchant à comprendre les valeurs en jeu et déterminer comment celles-ci doivent se concilier. Les valeurs seraient alors davantage les caractéristiques raisonnables d'une société libre et démocratique. En perdant leur universalité absolue, les valeurs gagneraient en détermination.

Le terme de valeur invite naturellement à une réflexion dans le domaine de la morale, « la proximité de la Morale et du Droit laisse penser que le Droit est pétri de Morale, ou que le droit n'est qu'une traduction dans un système normatif, obligatoire et sanctionné, d'impératifs moraux »⁵³.

Pour en résumer brièvement les traits fondamentaux, le débat entre droit et morale oppose les grandes théories positivistes, notamment soutenues par des auteurs tels qu'Austin, Bentham, Kelsen ou dans une version renouvelée Hart, et les perspectives davantage ouvertes à la morale ou à une transcendance juridique comme Ronald Dworkin par exemple. Qu'ils y voient là une nécessité ou une simple absence de contrainte, les auteurs positivistes⁵⁴ se rejoignent donc dans leur refus d'unir le droit et les considérations morales. Ainsi, « la tradition positiviste identifiant le droit avec l'ordre juridique établi que celui-ci soit sous la forme des commandements du souverain (Bentham, Austin) ou bien sous celle d'un système de normes juridiques qui tirent leur validité d'une norme fondamentale

53. Vlad CONSTANTINESCO, « La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identité constitutionnelle nationales - convergences ou contradiction? Contrepoint ou hiérarchie? », Jean-Claude MASCRET, Hélène RUIZ FABRI, Chahira BOUTAYEB et Stéphane RODRIGUES (ss. dir), *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, p. 72.

54. Pour une analyse récente des différents positivismes, voir François CHEVRETTE et Hugo CYR, « De quel positivisme parlez vous? », *Mélanges Andrée Lajoie*, (ss. dir. Pierre NOREAU et Louise ROLLAND), Montréal, Éditions Thémis, 2008, p. 34-60.

(Kelsen), n'a jamais attribué un caractère moral à l'obligation d'obéir au droit »⁵⁵. Au contraire, pour les auteurs défendant une conception *jusnaturaliste* du droit, le droit comme justice préexiste au droit⁵⁶. Au travers de cet idéal de justice, ce sont donc bien des considérations morales qui sont consacrées par ces auteurs, qui refusent l'idée d'un droit hermétiquement séparé de la morale. Si valeurs et morale ne peuvent donc être confondues, et qu'il convient de chercher les autres truchements par lesquels les valeurs pénètrent la science juridique, l'éthique fait alors figure de piste de réflexion privilégiée à cet égard. Pour autant, Christophe Grzegorzcyk, non sans raison, constate que

[...] la morale, ayant des sources transcendantes, ne supporte pas la contradiction des jugements moraux, une même action ne pouvant à la fois être bonne ou mauvaise », tandis que « l'éthique, elle, peut – et même doit – admettre les cheminements divers vers la même finalité qu'est la vie heureuse. Le jugement personnel est sa base même, il est irréductible, et par conséquent il peut en contredire un autre, provenant d'un individu différent », ce qui a pour conséquence que « chose caractéristique – le droit est toujours influencé par la morale plutôt que par l'éthique, ce qui découle de sa structure et de sa vocation même : le droit, comme la morale, ne peut s'arrêter au stade de la controverse – bien que ce stade lui soit vital - il doit parvenir à la solution du problème, à la création d'un critère qui donnera raison à un seul plaidant (et parfois à aucun d'entre eux)⁵⁷.

Stéphane Bernatchez, à son tour, a souligné l'acuité du rapport entre le droit et les autres ensembles normatifs dans le débat judiciaire et doctrinal canadien actuel, prolongeant la formulation d'Habermas :

55. Jean-Claude BILLIER et Aglaé MARYOLI, *Histoire de la philosophie du droit*, Armand Colin, Paris, 2005, préc., p. 258.

56. *Id.*, p. 286.

57. Christophe GREZGORCZYK, préc., note 14, p. 30-31.

Le contrôle judiciaire de constitutionnalité risque, dans ces circonstances, de basculer dans le moralisme juridique. Car, en concevant les droits comme des valeurs ou des orientations idéologiques, les tribunaux opèrent ainsi un « travestissement téléologique des droits »⁵⁸.

Si les deux conceptions sont à rapprocher, il n'en demeure toutefois pas moins que la morale est le produit d'une genèse, d'une édification – individuelle ou collective – la morale s'impose aux individus dans une transcendance, dont les individus ne sont absolument pas maîtres, alors qu'au contraire, les valeurs sont le fruit d'une adhésion, d'une identification où la volonté joue un rôle déterminant. On comprend immédiatement le problème qui est posé lorsque l'on cherche à « imposer » ces valeurs à une population qui ne les partage pas forcément de manière absolue.

De plus, là où la morale est marquée par la religion, la société, les valeurs aspirent à un universalisme qui les rend difficiles à caractériser. Dans cette perspective, les valeurs de la société canadienne, dont on a largement extirpé la morale, constituent effectivement ce qui rassemble, par un processus d'adhésion conscient ou inconscient, les Canadiens. Le droit et les Chartes en sont alors une expression. Toutefois, il ne faut pas oublier que les valeurs se sont largement substituées à la morale dans le rapport au juridique. Du point de vue sémantique, la valeur figure largement une morale laïcisée, se voulant neutre par rapports aux schèmes religieux et sociaux sur lesquels se sont bâties nos sociétés. De plus, il faut souligner que cette définition des valeurs à vocation collective n'est pas partagée par tous les auteurs, ou sans toute la polyphonie sémantique dont certains peuvent faire preuve.

Ainsi, pour Habermas, la valeur « est l'expression d'une préférence personnelle en vue d'une fin digne d'efforts

58. Stéphane BERNATCHEZ, « La fonction paradoxale de la morale et de l'éthique dans le discours judiciaire », préc., note 8, p. 223.

personnels »⁵⁹ évacuant l'aspect collectif dans cette définition. Toutes les valeurs – ou leur symétrique – peuvent alors entrer en concurrence et faire l'objet d'un conflit de valeurs qui impose à l'individu de les hiérarchiser. En ce sens, et même si les valeurs peuvent être partagées par des communautés d'individus ou même par des civilisations, aucune valeur ne pourrait selon Habermas « prétendre par sa nature à une priorité absolue par rapport à d'autres valeurs »⁶⁰. Comme le relève Hart dans son ouvrage *Le concept de droit*, la justice, intrinsèquement, constitue une partie singulière de la morale « qui a trait essentiellement, non pas à la conduite individuelle, mais à la manière dont on traite des catégories d'individus »⁶¹.

C'est dans ce sens qu'il convient d'aborder les valeurs comme des principes, auxquels les individus d'une société adhèrent, qui ont une vocation à une certaine universalité – du moins dans le schéma d'une société démocratique – qui se veulent détachés d'un substrat religieux. Ils correspondent à ce que Hart définit comme des règles primaires d'obligation qui se distinguent des autres règles par la pression sociale qui les appuie et par le « sacrifice important sur le plan des intérêts et désirs personnels que suppose leur accomplissement »⁶². De telles valeurs jouent donc un large rôle dans la perception que le justiciable a du droit. Si le droit recoupe ces valeurs, l'adhésion du justiciable à son système juridique sera plus grande et le droit renforcera son rôle de « liant sociétal ». Si ce n'est pas le cas, le système d'injustice ne sera pas long à se faire jour. Toutefois, les valeurs, par essence, sont indéterminées, comme la morale, et nécessitent des normes qui les complètent, les prolongent, les déterminent, les valeurs s'incarnant alors naturellement dans un certain nombre de principes.

59. Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, 1992, trad. R. Rochlitz et Ch. Bouchindhomme, Nrf, Gallimard, p. 177.

60. *Id.*, p. 277.

61. H.L.A. HART, *Le concept de droit*, trad. par M. Van de Kerchove, 2^e éd., Bruxelles, 2005, p. 203.

62. *Id.*, p. 205.

II. Valeurs et principes : des frontières perméables

Valeurs et normes, si elles doivent être distinguées notamment au regard de leur caractère indéterminé/déterminé, se complètent. La principale distinction reposerait sur le critère déterminé des secondes par rapport aux premières. Si les valeurs naissent d'un débat collectif, elles expriment une adhésion personnelle. Les normes, au contraire, ont pour fonction de réunir sur elles précisément un consensus permettant de réguler le vivre-ensemble dans le pluralisme des valeurs et de leur hiérarchisation. Ce consensus, issu dans nos systèmes d'un volontarisme juridique, découle de la constitution de l'État Léviathan hobbesien, sur la base même de la volonté de chaque individu. Normes et valeurs sont alors intrinsèquement liées. La norme est toujours provisoire et susceptible d'être invalidée⁶³. La valeur vise à la permanence, tout comme le principe. Ce dernier figure comme la passerelle des valeurs au sein des systèmes juridiques. Cela explique qu'il existe une confusion forte quant à l'utilisation du terme « principe » au sein des systèmes juridiques⁶⁴. Ils ont tous deux une force de transcendance. La norme est binaire, mathématique, alors que les principes sont ouverts, empathiques en quelque sorte à plusieurs solutions juridiques. Les valeurs, quant à elles, expriment le caractère préférable des biens auxquels on adhère, laissant une plénitude d'options ouvertes :

Les normes en vigueur obligent leurs destinataires, sans exception et de la même manière, à adopter une attitude satisfaisant à des attentes de comportement généralisées, tandis que les valeurs doivent s'entendre comme des préférences intersubjectivement partagées⁶⁵.

63. Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, 1992, trad. R. Rochlitz et Ch. Bouchindhomme, Nrf, Gallimard, p. 278.

64. Voir André JEAMMAUD, « De la polysémie du terme « principe » dans les langages du droit et des juristes », S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, Economica, Paris, 2008, p. 49-74.

65. *Id.*, p. 278.

Pour Habermas, « les valeurs expriment le caractère préférable des biens qui, dans le cadre de certaines collectivités, sont considérées comme dignes d'effort et qui peuvent être acquis ou réalisés au moyen d'une activité développée en fonction d'une fin déterminée » alors que les normes se présentent sous « la forme de la prétention à la validité à caractère binaire »⁶⁶, soit valide soit invalide. Il distingue norme et valeur selon quatre critères : tout d'abord, par leur rapport à l'action obligatoire ou à l'action téléologique, ensuite, par le codage binaire pour les unes ou le codage graduel de leur prétention à la validité pour les autres, par leur force d'engagement absolue ou relative et enfin, par les critères auxquels doivent satisfaire la cohérence des systèmes normatifs et des systèmes de valeurs. Toutefois, même en reprenant ces quelques critères, il est difficile de tracer une frontière entre valeurs, principes et droit, tant les interactions qu'ils partagent les confondent parfois. Ce sont d'ailleurs de ces interactions que se nourrissent les systèmes juridiques contemporains.

A/ Une proximité naturelle

Une indéniable proximité rassemble les concepts de valeur et de principe dans l'imaginaire de la doctrine et la pratique juridique. Celle-ci découle avant tout de la nature *a priori* méta ou extra juridique qu'ils partagent. Ce caractère métajuridique transparaît dans l'usage qu'en font les juges. Il en est ainsi par exemple pour les juges du TDP⁶⁷.

La notion de dignité s'impose donc comme étant un principe charnière dans les différents textes internationaux de protection des droits et libertés de la personne. Il s'agit là d'un véritable principe, d'une valeur qui sous-tend la Charte des droits et libertés de la

66. *Id.*, p. 278.

67. Le TDP traite de facto d'une matière sensible et proche des valeurs et des principes par nature à travers l'affirmation des droits fondamentaux. Ils s'identifient à la fois à l'un et à l'autre de ces concepts, en même temps que la distinction qu'il convient d'opérer entre eux se cristallise justement sur cette matière juridique si particulière.

personne et permet d'interpréter tous les droits et libertés fondamentaux qui y sont protégés⁶⁸.

L'expression « sous-tend » souligne ici le décalage entre le droit « pur » et les valeurs et les principes. Au nom de leur même vocation d'inspiration et de justification du droit (ou de la Charte en l'occurrence), la solution judiciaire appréhende donc les deux concepts comme reflétant identiquement la notion de dignité. Par la mise en avant de leur caractère presque étranger au droit, c'est également le supplément d'âme qu'ils confèrent au document « sous-tendu » que le Tribunal souligne ici. Ce même procédé transparaît dans *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Sfiridis*, puisque là-encore, la dignité humaine s'identifie aussi bien comme un principe que comme une valeur :

Beaucoup plus récemment, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne s'est aussi élaborée à partir et autour de la reconnaissance et de l'importance de la notion de la dignité humaine. [...] Tout comme pour la Charte, le principe de la dignité humaine est contenu en son préambule en tant que valeur sous-jacente aux droits énumérés⁶⁹.

Les principes et les valeurs jouissent donc, par leur nature particulière individualisée et intellectualisée, d'une haute teneur symbolique au sein des systèmes juridiques dans lesquels ils s'appliquent, comme le souligne la Charte canadienne des droits. Les deux concepts fondent la légitimité, voire la validité des normes juridiques au sein des systèmes qui les consacrent. Rares sont les normes qui ne sont pas envisagées comme le prolongement des valeurs ou principes qui fondent un système juridique⁷⁰ :

68. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Laval (Ville de)*, [2006] QCTDP 17 au para. 85.

69. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Sfiridis*, [2002] QCTDP 41910 au para. 145.

70. Les valeurs et principes justifient même jusqu'aux systèmes juridiques appréhendés dans leur globalité. Ainsi, concernant le système juridique

[...] la norme n'est pas seulement une manière de faire, d'être ou de penser, socialement définie, opératoire et sanctionnable. Elle tire l'essentiel de sa force de n'être pas perçue justement comme un simple arbitraire, mais de la reconnaissance de sa légitimité qui se mesure par référence aux valeurs. Si la norme est l'institué, la valeur est l'instituant⁷¹.

S'ils sont tous deux métajuridiques et s'ils contribuent largement à la légitimation des normes qui leur sont subséquentes, ils partagent également le nécessaire besoin d'une juridicisation afin de jouer pleinement leur rôle dans le théâtre juridique. Comme le montre l'usage sémantique qu'il est fait dans la jurisprudence, les deux concepts restent « sous-jacents ». Composantes du « réel du monde du droit »⁷² sans lui être liés organiquement, les valeurs et les principes ne représentent pas ce monde à proprement parler. Tantôt à la source du droit, tantôt facteurs de légitimation de celui-ci, la nature des valeurs et principes n'est pas intrinsèquement juridique⁷³.

de l'Union européenne, Jean-Louis Quermonne remarque que « plutôt que de chercher dans son histoire ou sa géographie des racines qui marqueraient son identité ou d'emprunter par mimétisme à d'autres ensembles un statut préexistant qui la définirait, l'Union européenne tend elle à regarder vers l'avenir en fondant sa singularité sur des valeurs. C'est là sa pièce d'identité [...] ce sera sa vocation et sa spécificité »; Jean-Louis QUERMONNE, *L'Union européenne dans le temps long*, Les presses Sciences-Po, Paris 2008, p. 113.

71. Philippe ROBERT, Francine SOUBIRAN-PAILLET, et Michel VAN DE KERCHOVE, « Normativité et internormativités », in Ph. ROBERT, F. SOUBIRAN-PAILLET, et M. VAN DE KERCHOVE (dir), *Normes, normes juridiques, normes pénales*, L'Harmattan, coll « logiques sociales », 1997, p. 17.

72. Wagdi SABETE, « De la complexité de détermination des valeurs fondatrices du droit ou suite humienne », préc., note 2, p. 229.

73. Frank Moderne mène une charge relativement incisive face à la juridicité des principes : « « Juridiques »? En quoi les principes en cause le sont-ils? La dénomination ne peut guère se concevoir que pour les principes qui se constituent et se développent à l'intérieur même du système de droit dont ils sont une des composantes. Elle doit être récusée pour ceux des principes qui se situent en dehors de l'ordonnement juridique et qui relèvent à ce titre, depuis le droit romain, soit de la morale (principe de bona fides, fides, alterum non laedere, etc.) soit de la logique banale (non bis in idem, ubi major minor cessat, etc.). Que des principes

[...] [L]es valeurs, qui conditionnent les principes, proviennent du domaine prépositif de la conviction générale et des principes éthiques, que la pratique judiciaire, constante, transforme en « normes et institutions juridiques positives⁷⁴.

Il est donc nécessaire d'opérer un processus de médiation-juridicisation⁷⁵, dont Christian Brunelle a largement analysé les conséquences en matière de dignité dans le contexte canadien par exemple⁷⁶.

Un dernier aspect commun peut être souligné et contribue largement à rendre poreuse la distinction entre valeur et principe. Il s'agit du caractère transsystémique des deux concepts. En effet, le pluralisme juridique⁷⁷ oblige à dépasser la vision pyramidale classique de la hiérarchie des normes comme représentation des ordres juridiques, et fonde un nouveau paradigme. L'adoption d'une approche pluraliste invite ainsi à substituer à la figure de la

extrajuridiques puissent influencer sur un système de droit et s'y intégrer en tant que « principes généraux du droit » ne saurait faire oublier que leur origine doit être recherchée en dehors du droit lui-même et qu'ils se prêtent de ce fait à polémique quant à la nécessité ou à l'effectivité de leur « juridicisation », c'est-à-dire de leur insertion dans le droit positif »; Frank MODERNE, « Actualité des principes généraux du droit », *Les règles et principes non écrits en droit public*, Pierre AVRIL et Michel VERPEAUX, dir., Paris, éd. Panthéon Assas, 2000, p. 2. Voir également, René CHAPUS, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *Dalloz*, 1966, chron. p. 99.

74. Leontin-Jean CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, t.III, *La science des droits comparés*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983, p. 195.

75. À ce sujet, on pourra utilement se reporter à l'analyse menée par Jean-Marc FERRY, *Valeurs et normes*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, p. 57 à 70.

76. Christian BRUNELLE, « La dignité dans la *Charte des droits et libertés de la personne* : de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale », (2006) hors série R. du B. 143.

77. Ainsi, pour M. Delmas-Marty, « Maintenir une séparation, sans imposer la fusion, et pourtant construire quelque chose comme un ordre, ou un espace ordonné : telle pourrait-être la réponse à la complexité juridique du monde », Mireille DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Seuil, Paris 2006, p. 26.

pyramide celle du réseau mondialisé pour les appréhender de manière plus conforme à la réalité, comme nous y invitent François Ost et Michel Van de Kerchove⁷⁸. Ce changement de paradigme est toutefois facteur d'insécurité juridique. Mesurant les risques d'un tel changement, Mireille-Delmas Marty souligne la nécessité d'avoir recours aux valeurs et aux principes pour articuler un tel bouleversement⁷⁹.

[Pour] éviter que les mouvements d'internationalisation du droit, livrés à tous les vents, restent totalement désordonnés, imprévisibles et incontrôlables, il faudra réintroduire les acteurs et travailler à la refondation des pouvoirs. Puis il restera le plus difficile : rechercher s'il est possible de fonder, au croisement des systèmes de droit et des autres systèmes symboliques, un accord sur des valeurs communes⁸⁰.

-
78. François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles 2002.
79. On trouve d'ailleurs une représentation de ce phénomène à travers plusieurs documents fondateurs du TDP. D'abord, divers considérants issus de ses orientations générales, selon lesquels le droit issu de divers instruments propres à d'autres éléments de la communauté internationale mérite d'être pris en compte dans le cadre de l'interprétation de la Charte (« Considérant le souci des rédacteurs de la Charte de se doter d'un instrument à la mesure des modèles issus du droit international ou régional dont la Déclaration universelle des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ainsi que la Convention [européenne] de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »). Selon lesquels, également, les valeurs exprimées dans le cadre du droit international méritent elles aussi d'être prises en compte dans le cadre de cette même interprétation (« Considérant que la Charte jouit d'un statut particulier, de nature quasi constitutionnelle, qui doit recevoir une interprétation large et libérale, visant la réalisation de son objet, tenant compte de l'évolution de la société ainsi que des valeurs exprimées dans le droit international »); orientations générales du Tribunal des droits de la personne, *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, a. 106, 2^{ème} al.
80. M. DELMAS-MARTY, *Vers une Communauté de valeurs?*, préc., note 5, p. 281.

À titre d'exemple, on trouve dans la jurisprudence du TDP plusieurs illustrations de la perméabilité entre les deux notions. C'est notamment le cas dans l'affaire *C.D.P.D.J. (Landriau) c. Beaublanc inc. et autres* où la notion de dignité semble naviguer aux frontières de la valeur et du principe. Le Tribunal y affirme ainsi que

[...] la notion de dignité est beaucoup plus qu'un droit fondamental particulier. Il s'agit là d'un véritable principe, d'une valeur qui, comme nous avons eu l'occasion de le mentionner dans l'affaire *CPD c. Centre d'accueil Villa Plaisance*, « sous-tend la Charte et permet d'interpréter les différents droits et libertés fondamentaux⁸¹.

S'appuyant sur sa jurisprudence antérieure, le TDP ne cherche pas ici à distinguer la portée de cette notion de dignité selon qu'elle est appréhendée en tant que principe ou valeur, se détachant de la manière dont il avait procédé dans l'affaire *CPD c. Centre d'accueil Villa Plaisance*. En ne réaffirmant pas la distinction, il laisse planer un doute sur la portée véritable de la notion ou l'intérêt de la distinction. Une même perspective sera adoptée dans *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Laval (Ville de)*⁸². La représentation que le Tribunal esquisse du concept de principe semble plurielle dans l'affaire *C.D.P. c. Briand*⁸³. La juridiction affirme ici que « le droit de conclure un acte juridique ayant pour objet des biens ou des services ordinairement offerts au public, sans être l'objet de discrimination, représente une valeur fondamentale dans notre société ». S'agit-il véritablement ici d'une valeur? Il semble bien que le respect de la sémantique aurait davantage dû engager le tribunal à évoquer à cet égard la valeur égalité, dont découle le

81. *C.D.P.D.J. (Landriau) c. Beaublanc inc. et autres*, T.D.P.Q. MONTRÉAL, [1999] QCTDP 39 au para. 37.

82. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Laval (Ville de)*, [2006] QCTDP 17 au para. 85.

83. *C.D.P. c. Briand*, [1997] QCTDP 70.

principe selon lequel on peut effectivement conclure un acte juridique sans être l'objet de discrimination⁸⁴.

La réflexion de Ronald Dworkin sur la place des principes dans le droit marque évidemment les rapports entre valeur et principe, et donne un certain nombre de clefs permettant d'expliquer la forme de symbiose qui existe entre les deux notions. Considérant que la définition hartienne du droit est incomplète⁸⁵, car elle ne se réfère qu'à des règles⁸⁶, Dworkin structure sa vision du système juridique autour de trois axes : les règles *stricto sensu*, les politiques et les principes. C'est en se référant à ces trois types de normes que le juge est capable d'apporter une réponse cohérente à tout différend, qu'il fasse l'objet d'une règle explicite ou non. Dworkin s'attache à bâtir autour de ces notions un droit « postmoderne »⁸⁷, c'est-à-dire dépassant les difficultés du positivisme classique⁸⁸.

Une politique est alors pour Dworkin un « standard » qui « détermine un but à atteindre »⁸⁹. Un principe est, quant à lui, un

-
84. Cela d'autant plus que cette formulation sera reprise dans d'autres arrêts postérieurs à celui-ci, comme par exemple dans l'affaire *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bernier*, [2005] QCTDP 176.
85. Antoine BAILLEUX, « Hart vs. Dworkin » and its Progeny. Actualité du « combat des chefs » dans la littérature anglo-saxonne », (2007) 59 *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques Hommage à H.L.A. Hart* 173.
86. Selon Dworkin, la position que Hart soutient se résout en l'affirmation suivante : « Les fondements véritables du droit résident dans l'acceptation par la communauté dans son ensemble, d'une règle fondamentale (qu'il appelle « règle de reconnaissance ») qui assigne à des personnes ou à des groupes donnés, le pouvoir de créer du droit »; Ronald DWORKIN, « La théorie du droit comme interprétation », 1 (1985) 99 *Droit et société* 102.
87. Françoise MICHAUD, « Vers une conception postmoderne du droit. La notion de droit chez Ronald Dworkin », (ss. dir.), Steffe WESCHE et Veronique ZANETTI, *Dworkin, un débat, In der Diskussion, debating Dworkin*, Mentis, OUSIA, 1999, p. 205-225.
88. Isabelle PARIENTE-BUTERLIN, « Principes et Politiques chez Ronald Dworkin », (ss. dir.), Steffe WESCHE et Veronique ZANETTI, *Dworkin, un débat, In der Diskussion, debating Dworkin*, Mentis, OUSIA, 1999, p. 340.
89. Ronald DWORKIN, « Le positivisme », (1985) 1 *Droit et société* 41.

« standard qui doit être observé, non parce qu'il permettrait de réaliser ou d'atteindre une situation économique, politique ou sociale, jugée désirable, mais parce qu'il constitue une exigence de la justice ou de l'équité ou bien d'une autre dimension de la morale »⁹⁰. Ce concept est familier au juriste civiliste, et un bon exemple peut être donné dans notre système par la notion de bonne foi. Il y a une différence de forme et de caractère entre les règles et les principes. Si ces « deux ensembles de standards permettent tous deux d'aboutir à des décisions particulières, concernant des obligations relatives à des circonstances particulières »⁹¹, les principes possèdent « une dimension que les règles n'ont pas : le poids ou l'importance »⁹². La recherche et l'objectif auquel s'astreint Dworkin à travers l'affirmation de ses principes est une quête de cohérence⁹³ et de prédictibilité, que ne peuvent apporter selon lui les autres théories positivistes à travers le pouvoir discrétionnaire du juge. Il considère que les décisions de jurisprudence doivent répondre à ce qu'il appelle le test de convenance :

[...] le test de convenance, bien compris, exige que la convenance soit appréciée non seulement par rapport aux décisions judiciaires antérieures, mais aussi par rapport aux motifs et aux ambitions qui les ont produites : en bref par rapport aux intentions des juges qui les ont rendues⁹⁴.

Dans cette perspective, si les juges occupent une place centrale, ils « ne sont pas libres, quand ils élaborent de nouvelles règles » de la même manière que « des législateurs »⁹⁵. Ils doivent s'appuyer sur les axes préexistants dans le droit, ce qui renforce

90. *Id.*, p. 42.

91. *Id.*, p. 43.

92. *Id.*, p. 46.

93. « Une interprétation générale doit être aussi cohérente que possible, et elle doit, pour cela, faire un choix net, même si la pratique n'y a pas procédé, quand ils viennent en conflit »; Ronald DWORKIN, « La chaîne du droit », (1985) 1 *Droit et société* 95.

94. *Id.*, p. 62.

95. *Id.*, p. 70.

l'intérêt des valeurs et des principes dans leur nature axiologique.
Ainsi :

Les juges doivent rendre leur jugement de « Common Law » sur une base de principes et non de politiques : ils doivent attirer l'attention sur les droits et les devoirs que les parties avaient quand elles ont agi, ou à un autre moment pertinent du passé⁹⁶.

Face à un cas difficile, deux perspectives peuvent expliquer l'attitude des juges. La posture traditionnelle consiste dans un exercice de traduction de ce qui se trouve écrit dans les textes au regard des contingences factuelles présentées, comme l'explique selon Dworkin le positivisme. Si le juge est amené à trancher en fonction de considérations politiques personnelles, il ne dit plus ce qui est dans le texte mais ce qui devrait être dans le texte⁹⁷ :

Aucun juge mortel ne peut, ni ne devrait tenter de développer une théorie opératoire articulée, si concrète et détaillée qu'aucune réflexion supplémentaire ne lui serait nécessaire au cas par cas. Il doit traiter tous les principes généraux et toutes les pratiques empiriques dont il s'est servi dans le passé comme provisoire, et se tenir prêt à les abandonner pour une pour une analyse plus complète et plus sophistiquée quand l'occasion le requiert⁹⁸.

Pour le philosophe américain, le juge doit au contraire faire appel aux principes afin de déterminer, par un exercice d'interprétation constructive, la solution cohérente avec le système juridique⁹⁹. Bien évidemment, une telle conception du rôle du juge prend place dans un cadre démocratique plus vaste, où Dworkin fait de l'arène judiciaire une tribune où les juges se doivent de

96. *Id.*

97. Ronald DWORKIN, *Taking Rights seriously*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1977, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, Léviathan, 1995, p. 17.

98. Ronald DWORKIN, « La chaîne du droit », (1985) 1 *Droit et société* 85.

99. Riccardo GUASTINI, « Théorie et ontologie du droit chez Dworkin », (1986) 2 *Droit et société* 17, à la page 17.

prendre les droits au sérieux, c'est-à-dire où ils ont un devoir primordial de défense des droits :

La conception de l'autorité de la loi que je défends enrichit la notion de démocratie, car elle lui adjoint une tribune indépendante : et si cette tribune est importante, ce n'est pas seulement parce qu'elle est un cadre où il est possible de rendre la justice, mais aussi parce que l'existence de cette tribune confirme qu'en dernière analyse la justice est une question de droit individuel et non pas seulement de bien public¹⁰⁰.

Ainsi, « les juges forgent, au cours de leur carrière et conformément à leurs propres convictions et à leur caractère, des théories opératoires sur la meilleure interprétation des différents niveaux et des différentes parties des pratiques juridiques de leur ressort »¹⁰¹. Le juge Hercule se trouve alors à la fois conservateur, mais également raisonnable, et capable de faire évoluer le système juridique :

Un jour dans un cas que rien ne signalera par ailleurs, Hercule verra qu'à un moment du passé récent, le droit général des nuisances a changé sans que personne ne s'en aperçoive, ce qui ne signifie rien de plus mystérieux que l'intervention d'une modification dans l'équilibre interprétatif qui fera qu'il devra accepter désormais un argument qu'il aurait rejeté auparavant¹⁰².

Du point de vue de la morale politique, la réponse du juge Hercule peut donc dépendre pour partie de ses convictions en ce qui concerne les valeurs constitutives dans le domaine. Il s'agit de la justice, de l'équité et de la procédure qui pèsent sur sa conception du droit¹⁰³. Il faut donc caractériser le rapport du juge

100. Ronald DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, Léviathan, 1995, p. 41.

101. Ronald DWORKIN, « La théorie du droit comme interprétation », (1985) 1 *Droit et société* 99, p. 109.

102. Ronald DWORKIN, « La chaîne du droit », (1985) 1 *Droit et société* 77.

103. *Id.*, p. 78.

aux principes et aux politiques (*principles and policies*)¹⁰⁴. Il s'agit des deux standards, en plus des règles de droit, qui lui permettent de fonder et de découvrir la bonne réponse à la cause qui lui est soumise, établissant le mythe de la réponse juste¹⁰⁵. Ils prolongent tous deux des valeurs sociétales, même si, dans la logique dworkinienne, ce sont les seconds qui sont les plus proches des finalités des valeurs. Les règles ont le défaut de reposer sur la logique binaire du tout ou rien, elles s'appliquent ou ne s'appliquent pas. Ainsi, la règle qui oblige à avoir la signature de trois témoins pour avoir un testament valide est réalisée ou non, il n'y a pas d'alternative¹⁰⁶. Au contraire, les principes, qu'ils soient principes ou politiques, fonctionnent différemment, et se complètent afin de permettre au juge Hercule de découvrir la bonne solution, même en l'absence ou contre la lettre de la règle de droit.

Une illustration en est donnée selon l'auteur américain dans l'affaire *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc*¹⁰⁷. Ainsi,

-
104. Isabelle PARIENTE-BUTTERLIN, « Principes et Politiques chez Ronald Dworkin », (ss. dir.), Steffe WESCHE et Veronique ZANETTI, *Dworkin, un débat, In der Diskussion, debating Dworkin*, Mentis, OUSIA, 1999, p. 319-344.
105. Ils se distinguent des règles, car ils ne sont pas de la même nature et ne fonctionnent pas comme celles-ci. Ils possèdent un cœur commun. Dworkin parle dans ses œuvres génériquement de principes pour désigner à la fois les « principes-principes » et les « principes-politiques », ce qui est parfois source de confusion. Ces standards, ces principes ont la vertu de donner une « force d'adaptation à la diversité des conduites humaines » qui fait toute la richesse de sa théorie; Isabelle PARIENTE-BUTTERLIN, « Principes et Politiques chez Ronald Dworkin », (ss. dir.), Steffe WESCHE et Veronique ZANETTI, *Dworkin, un débat, In der Diskussion, debating Dworkin*, Mentis, OUSIA, 1999, p. 324.
106. Ronald DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, trad. Marie-Jeanne Rossignol et Frédéric Limare, Paris, PUF, 1995, p. 82.
107. *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, 32 N.J. 358, 161 A.2d 69 (N.J. 1960). Dans cette affaire, un constructeur automobile, lié à Chrysler, avait limité sa responsabilité contractuellement au remplacement des pièces défectueuses. Un plaignant, à la suite d'un accident, demandait des dommages au constructeur et dénonçait le contrat, pourtant valablement consenti, même si M. Henningsen n'avait pas lu toutes les clauses. Pour Dworkin, il y a ici la conjonction d'une règle, le contrat, et

contrairement aux règles, les principes se présentent comme des standards indéterminés, plus larges que la règle, et peuvent viser des situations non prévues. Toutefois, ils ne seront pas obligatoirement opérationnels, ils ne joueront pas forcément et dans tous les cas pour les domaines où ils peuvent entrer en ligne de compte. Il y a une pondération à faire, aux cas par cas afin de hiérarchiser et résoudre les conflits de principes :

Les principes ont une dimension dont sont dépourvues les règles, celle du poids ou de l'importance. Quand deux principes entrent en conflit (la politique de protection des acheteurs d'automobile, par exemple, s'opposant au principe de liberté contractuelle), celui qui est chargé de résoudre le litige doit prendre en considération le poids relatif de chacun d'eux. [...] Cela fait partie du concept de principe que la question de l'importance ou du poids d'un principe ait un sens¹⁰⁸.

Comme le souligne Isabelle Pariente-Butterlin :

Entendu ainsi, les principes offrent au droit une possibilité d'adaptation, et de nouvelles solutions, que la règle seule ne lui offrait pas. [...] Le droit parvient, dans cette conception, avec ses seules armes qui ne sont pas

de principes juridiques, qui vont dans un sens différent. La Cour a considéré, en appel, qu'en dépit du contrat, certains principes justifiaient d'écarter la logique de celui-ci, alors même que d'autres principes allaient dans le même sens que la logique contractuelle. Il y a donc hiérarchisation des principes en l'espèce et la règle est écartée au nom de principes supérieurs. Dworkin identifie certains standards dans ce jugement tels que : « [...] en l'absence de fraude, celui qui n'a pas choisi de lire un contrat avant de le signer ne peut après coup se libérer des charges qu'il lui impose » ou, au contraire souligne que « Y a-t-il un principe qui soit mieux connu ou plus profondément ancré dans l'histoire du droit anglo-américain que la doctrine fondamentale selon laquelle les tribunaux ne se laisseront pas utiliser comme instruments d'iniquité et d'injustice »; Ronald DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, trad. Marie-Jeanne Rossignol et Frédéric Limare, Paris, PUF, 1995, p. 81.

108. *Id.*, p. 84 et 85.

réduites aux lois écrites, à régler tous les cas, aussi divers soient-ils, qui lui sont soumis¹⁰⁹.

La difficulté réside – et Dworkin en est conscient – dans la distinction entre principes et politiques, distinction dont il tempère fortement la radicalité¹¹⁰.

On retrouve la logique esquissée par l'auteur américain dans la jurisprudence canadienne où les juges, traditionnellement, se refusent à intervenir en matière de détermination de politique générale, et se cantonnent – du moins dans le discours judiciaire – à expliciter des règles ou des principes d'ores et déjà existants. Ce faisant, ils s'appuient sur la proximité des principes aux valeurs, afin de renforcer la perception de la légitimité de leur action.

109. Isabelle PARIENTE-BUTTERLIN, « Principes et Politiques chez Ronald Dworkin », (ss. dir.), Steffe WESCHE et Veronique ZANETTI, *Dworkin, un débat, In der Diskussion, debating Dworkin*, Mentis, OUSIA, 1999, p. 328 et 329.

110. Dans le cas de *Henningsen v. Bloomsfield*, il fait la caractérisation suivante : Ainsi, le standard selon lequel le nombre d'accidents de voitures doit être diminué est une politique, et celui selon lequel personne ne doit profiter d'un mal qu'il a fait est un principe. La distinction peut s'effondrer si l'on interprète un principe comme définissant un but social (c'est-à-dire le but d'une société dans laquelle personne ne profite du mal qu'il a fait), ou si l'on assigne à une politique la signification d'un principe (à savoir le principe selon lequel le but que se fixe cette politique est digne d'être poursuivi) ou encore si l'on adopte la thèse utilitariste pour laquelle les principes de justice sont des affirmations déguisées de buts (assurer le plus grand bonheur du plus grand nombre). Dans certains contextes, la distinction joue un rôle qui disparaît lorsqu'elle est ainsi réduite; Ronald DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, trad. Marie-Jeanne Rossignol et Frédéric Limare, Paris, PUF, 1995, p. 80. Il souligne de plus que les principes et les politiques ne prennent leur pertinence que dans les cas difficiles, où aucune loi explicitement formulée ne permet de trancher dans un sens ou l'autre, la pratique juridique devenant alors créatrice de l'évolution du droit, et non pas de droits; Isabelle PARIENTE-BUTTERLIN, « Principes et Politiques chez Ronald Dworkin », (ss. dir.), Steffe WESCHE et Veronique ZANETTI, *Dworkin, un débat, In der Diskussion, debating Dworkin*, Mentis, OUSIA, 1999, p. 333.

B/ Une distinction pourtant intrinsèque

Une proximité conceptuelle certaine réunit ainsi les valeurs et les principes quelle que soit la définition doctrinale qui est donnée à ces derniers. Ils peuvent toutefois être distincts, notamment lorsqu'on les caractérise par leur force axiologique. Ils se posent certes eux aussi comme des éléments contigus à la morale, à un idéal intellectualisé. Le principe constitue lui aussi le fruit d'une réflexion abstraite et d'essence intellectuelle. Comme le souligne Franck Moderne, d'un point de vue étymologique, « le terme se réfère à une origine, une cause première, une matrice dont découlent des règles et des comportements »¹¹¹. Ainsi, « le terme « principes » est souvent utilisé par les juristes pour désigner des choses, des entités, des objets idéels, demeurant extérieurs et traités comme supérieurs, en valeur, au droit positif »¹¹². Il semble néanmoins exister une différence de nature entre les deux concepts, en conférant une nature plus générale et une portée plus large aux valeurs par rapport aux principes¹¹³.

De nos jours, « l'intervention constructive des cours et tribunaux se manifeste non seulement dans l'interprétation du droit écrit (et au premier chef du droit légiféré), mais aussi et surtout dans l'élaboration et la mise en œuvre des principes généraux du droit »¹¹⁴. Cette perspective justifie donc pleinement de revenir à l'ordonnateur de cette introduction des valeurs et des principes au sein des systèmes juridiques, le juge, pour juger de

111. Frank MODERNE, « Actualité des principes généraux du droit », préc., note 73, p. 1.

112. Sylvie CAUDAL, « Rapport introductif », S. CAUDAL (ss. dir.), *Les principes en droit*, Economica, Paris, 2008, p. 49-74.

113. Cela s'illustre aux yeux de Léontin-Jean Constantinesco, par le fait que « [l]e système de valeurs sociales est constitué par l'ensemble des principes et des représentations que la grande majorité du groupe social considère ou accepte comme fondamentaux pour assurer l'ordre désiré, la cohésion et la paix sociale dans le présent et l'avenir »; Léontin-Jean CONSTANTINESCO, *Traité de Droit comparé*, « La science des droits comparés », Economica, Tome III, 1983, p. 292.

114. Frank MODERNE, « Actualité des principes généraux du droit », préc., note 73, p. 8.

son appréhension commune ou différenciée des deux concepts. Frank Moderne souligne que le pouvoir judiciaire

[...] est investi d'un office majeur dans les sociétés étatiques : celui de « dire », de « régler » avec autorité les litiges sans pouvoir opposer aux justiciables le silence de la loi ou son inadéquation aux données du problème à traiter. Si ces principes sont le reflet ou le support de valeurs (jugées dignes ici d'être transcrites en normes jurisprudentielles), telle est également la situation du droit écrit ordinaire, la rationalité du droit pouvant être, comme l'avait observé Weber, une rationalité « en valeur » et non seulement une rationalité « en finalité »¹¹⁵.

L'accent se trouve ainsi sur le caractère plus particulier des principes, dont la combinaison permet de retrouver les valeurs qui les inspirent. On trouve une illustration de ce caractère plus déterminé des principes dans le droit de l'Union européenne. La Commission européenne a par exemple publié en 2001 un livre blanc sur la gouvernance européenne afin de mieux définir ce qu'il convenait d'entendre à travers ce nébuleux concept de gouvernance¹¹⁶. Ce livre blanc référait à des valeurs et des principes, qu'il convenait de distinguer, selon la doctrine – notamment François Forest – dans la mesure où

[d]e grands principes sont définis, mais il s'agit moins de finalités morales à accomplir que de règles instrumentales. [...] Ces principes semblent difficilement pouvoir être qualifiés de « valeurs » au sens défini précédemment de croyances fondant un jugement de légitimation ou de stigmatisation et suscitant un investissement émotionnel¹¹⁷.

115. *Id.*, p. 9.

116. *Gouvernance européenne, un livre blanc*, COM (2001) 428 final.

117. François FORET, « Un discours sans maître? Livre blanc sur la gouvernance et rhétorique politique européenne », D. GEORGAKAKIS, M. De LASSALLE (ss dir.), *La « nouvelle gouvernance européenne » – Genèses et usages politiques d'un livre blanc*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2008, p. 160-161.

Le caractère de « croyance » – de foi serait-on tenté de dire – et d'adhésion permet donc ici la césure entre les deux notions. Le juriste civiliste n'est d'ailleurs pas surpris d'une telle réflexion. Nous savons tous que le code civil est fondé sur un certain nombre de valeurs – telles que l'individualisme, le libéralisme, l'équité dans les conventions – et que des principes prolongeant celles-ci gouvernent et transcendent le code, comme la bonne foi, la responsabilité..., le Code civil du Québec renvoyant explicitement aux principes, sans s'engager sur le terrain des valeurs, qui ont toujours mauvaise presse en matière de droit privé. Les principes consacrent donc les valeurs au sein des systèmes juridiques et jouent un rôle d'intermédiaire entre valeurs et normes.

Si les valeurs se définissent comme des émotions et des préférences qui ne sont ni vraies ni fausses et ne font l'objet d'aucune connaissance objective, les principes gravent ces choix éthiques dans le marbre du droit positif au point de se présenter à la science du droit, par l'intermédiaire des énoncés qui en sont porteurs, comme un objet connaissable. Tandis que les valeurs [restent] méta-juridiques, les principes qui en sont le reflet s'insèrent dans le droit positif¹¹⁸.

Le domaine privilégié du recours aux droits et principes est toutefois le domaine des droits et libertés de la personne. L'évidente proximité entre droits fondamentaux, valeurs et principes transparait évidemment au sein des instruments juridiques qui les expriment de la manière la plus éclatante, comme les chartes ou les textes fondamentaux. Leur multiplication symbolise une moralisation du droit, particulièrement remarquable depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale¹¹⁹. Ce type de document, s'il ne constitue certes pas le

118. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, préc., p. 972.

119. Cette tendance du droit amène à constater qu'aujourd'hui, « l'appel aux valeurs n'a jamais été aussi prégnant, que ce soit pour conforter notre modèle social ou pour justifier certains choix politiques. Les valeurs de la République, celles de l'Europe, ou plus largement le monde occidental apparaissent alors comme [...] l'issue de secours providentielle quand

seul instrument juridique à même de formaliser des principes ou des valeurs, prête cependant sa voix à un droit qui leur est viscéralement lié dans la mesure où ils « ont effectivement fini par irriguer [la] conscience collective et par s'imposer aux États »¹²⁰.

Dans l'ordre juridique canadien, c'est une litote d'affirmer que le Canada a enchâssé dans la Charte des droits¹²¹ « les valeurs fondamentales de la société canadienne »¹²². La jurisprudence de la Cour suprême abonde également en ce sens, puisqu'elle affirme que « les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique [...] », tout en prenant le soin d'ajouter que « [l]es valeurs et les principes sous-jacents à une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la Charte [...] »¹²³. On a évoqué la distinction entre les principes de justice fondamentale et les valeurs sous-jacentes, notamment dans *R. c. Malmo-Lévine*. Il en est de même dans *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, où la majorité de la Cour suprême estimait que la dignité n'est pas *stricto sensu* un principe de justice fondamentale, mais une valeur dont les tribunaux peuvent tenir compte en vertu de l'article 1^{er} de la *Charte*¹²⁴. Ils apportent à cette occasion en filigrane des

tout le reste a sombré en matière de morale, ou encore comme l'alibi confortable d'une société moralement suspecte »; Vincente FORTIER, *Le juge gardien des valeurs*, CNRS, Paris, 2007, p. 13.

120. Frédéric ROUVILLOIS, *Les déclarations des droits de l'Homme*, Flammarion, Paris, 2009, p. 21.
121. *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B du *Canada Act, 1982* (R.U.), 1982, c. 11
122. Nicole DUPLÉ, *L'Enchâssement des valeurs de la démocratie libérale dans les chartes*, Bjarne MELKEVIK (ss. dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, Les presses de l'Université Laval, Québec, 1998, p. 121; L'auteur affirme également que « La Charte (...) vise à circonscrire l'exercice du pouvoir des gouvernants, en les assujettissant au respect d'une morale du pouvoir, en désignant les valeurs que notre société situe hors de leur atteinte, les valeurs qui ne peuvent faire l'objet de l'exercice du pouvoir ni même en subir les effets indus »; *Id.*
123. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 au para. 64.
124. *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519.

éléments permettant d'identifier les principes et les valeurs. Ils soulignent qu'

[u]ne simple règle de common law ne suffit pas pour former un principe de justice fondamentale. Au contraire, comme l'expression l'implique, les principes doivent être le fruit d'un certain consensus quant à leur caractère primordial ou fondamental dans la notion de justice de notre société. Les principes de justice fondamentale ne doivent toutefois pas être généraux au point d'être réduits à de vagues généralisations sur ce que notre société estime juste ou moral. Ils doivent pouvoir être identifiés avec une certaine précision et appliqués à diverses situations d'une manière qui engendre un résultat compréhensible. Ils doivent également, à mon avis, être des principes juridiques¹²⁵.

La CSC a souvent affirmé¹²⁶ que, pour identifier les principes de justice fondamentale qui régissent un cas particulier, il est utile de se reporter à la *common law* et à l'historique législatif de l'infraction en cause, mais à ne pas se limiter à ce simple constat. En effet, reprenant Luc Tremblay, la Cour soulignait dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.* que

[l]a question de savoir si un principe donné peut être considéré comme un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 dépendra de l'analyse de la nature, des sources, de la raison d'être et du rôle essentiel de ce principe dans le processus judiciaire et dans notre système juridique à l'époque en cause¹²⁷.

Il semblerait donc que la part de l'historique législatif soit plus importante pour le principe, alors que pour la valeur, l'idée d'adhésion prend le pas sur l'historique de sa traduction dans le système juridique. Toutefois, la marge est faible dans l'usage que la jurisprudence canadienne fait des deux concepts, le critère

125. *Id.* p. 94 du jugement.

126. Voir *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933.

127. *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, aux pp. 512 et 513.

d'adhésion de la valeur pouvant facilement rentrer en résonance avec le critère du consensus formulé dans l'établissement des principes de justice fondamentaux :

Les principes de justice fondamentale ne peuvent être créés pour chaque cas afin de refléter la désapprobation de la Cour à l'égard d'une loi donnée. Si les principes de justice fondamentale ne s'appliquent pas seulement au processus, il faut se référer aux principes qui sont « fondamentaux » en ce sens qu'ils seraient généralement acceptés parmi des personnes raisonnables. L'analyse qui précède ne me permet de discerner rien qui ressemble à une unanimité sur la question dont nous sommes saisis. Indépendamment des opinions personnelles de chacun sur la question de savoir si les distinctions établies entre, d'une part, la cessation de traitement et les soins palliatifs et, d'autre part, l'aide au suicide sont en pratique convaincantes, le fait demeure qu'elles sont maintenues et peuvent être défendues de façon persuasive. S'il se dégage un consensus, c'est celui que la vie humaine doit être respectée et nous devons nous garder de miner les institutions qui la protègent¹²⁸.

Les juges jouent ainsi un rôle de premier plan, comme les y invitait Dworkin, afin de réaliser à la fois pleinement les droits fondamentaux, mais aussi déterminer la bonne réponse qui seule prolonge les principes sous-jacents du système juridique, notamment à travers l'exercice d'interprétation¹²⁹.

Le TDP, par sa nature, joue un rôle prépondérant au regard de la protection de la Charte des droits et libertés de la personne ainsi que d'interprète des valeurs et des principes qu'elle consacre, reflétant ainsi les choix de la société et du législateur¹³⁰. On

128. *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519 au para.

129. Stéphane BEAULAC, « L'interprétation de la Charte : reconsidération de l'approche téléologique et réévaluation du rôle du droit international », (2005) 27 S.C. Law Rev. (2d) 21.

130. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (St-Jacques) c. Phil Larochelle Équipement et Bernard Larochelle*, 1998 QCTDP 37 (CanII).

retrouve dans la jurisprudence de celui-ci la nature axiologique des principes, qui transparait naturellement au sein de la Charte.

Selon des principes bien établis, la législation sur les droits de la personne, en raison des valeurs fondamentales qu'elle vise à promouvoir et à protéger, jouit d'un statut quasi constitutionnel qui lui confère préséance sur les autres lois en cas de conflit [...]. Ce principe, qui vaut pour les lois dont la portée est restreinte à l'interdiction de la discrimination, s'applique d'autant plus à la Charte québécoise en raison du nombre et de l'étendue des droits et libertés qui y sont protégés et ce, tant de manière autonome qu'en conjonction avec l'interdiction de la discrimination¹³¹.

Toutefois, le caractère axiologique peut également jouer pour les valeurs dans la jurisprudence du TDP. Prolongeant l'arrêt de la CSC *Montigny c. Brossard (Succession)*¹³², celui-ci souligne la fonction dissuasive que doit jouer la législation, qui « s'impose encore davantage lorsque l'enjeu est le respect des droits et libertés que garantit la Charte, un document représentant l'expression des valeurs les plus fondamentales de la société québécoise »¹³³. Il en est de même lorsqu'il souligne que « non seulement les dispositions du Code de procédure civile doivent être interprétées à la lumière de la Charte québécoise, mais que les tribunaux doivent tenir compte des valeurs véhiculées par les Chartes dans toute décision qu'ils sont appelés à rendre »¹³⁴. Il en est de même lorsqu'il affirme que « l'exercice des droits protégés par la Charte doit être aménagé en conformité avec les valeurs qui

131. « Dans un pays démocratique, la tâche du Tribunal est de respecter les choix retenus par le législateur, surtout lorsque ces choix sont clairement exprimés »; *C.D.P. c. Compagnie minière Québec Cartier*, 1994 TDPQ MINGAN, 2132 (CanLII).

132. *De Montigny c. Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51, [2010] 3 R.C.S. 64.

133. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Bombardier inc. (Bombardier Aerospace Training Center)*, 2010 QCTDP 16 (CanLII).

134. *C.D.P. (S.N.) c. Communauté urbaine de Montréal (Service de police)*, 1998 T.D.P.Q. MONTRÉAL, 54 (CanLII)

imprègnent celle-ci [...] »¹³⁵ ou que « le régime de droit commun s'applique, en harmonie avec l'objet de la Charte et les valeurs qu'elle véhicule »¹³⁶. Cette proximité est à nouveau affirmée lorsqu'il souligne que « les droits protégés par la Charte [...] reflètent [...] les valeurs bien connues au Québec et au Canada réputé à l'étranger comme étant un pays où les droits et libertés de la personne sont protégés et respectés »¹³⁷. Si la distinction entre caractère axiologique des principes et celui fondateur des valeurs trouve difficilement à s'exprimer dans ces décisions, l'analyse de la jurisprudence du TDP laisse toutefois transparaître une appréciation différente des concepts de valeur et de principe.

C'est le cas notamment dans l'arrêt *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Calego international inc.* où la juridiction reconnaît le rang de valeur à l'égalité en affirmant que « [l]'égalité fait partie des valeurs bien connues au Québec et au Canada [...] », tandis qu'elle rappelle que le fait de ne pas avoir à « démontrer la faute et la mauvaise foi pour conclure à un acte discriminatoire » n'est « qu'un » principe¹³⁸. Le concept de valeur se caractérisant par sa portée générale, par la puissante autorité morale, par son caractère de fondement alors que celui de principe possède une vocation davantage opératoire, structurelle et axiologique, le raisonnement du Tribunal relatif à « l'égalité » et à « la démonstration d'une faute et de la mauvaise foi recoupe cette logique ».

On peut même esquisser une distinction selon la place et la formulation choisies par le législateur, comme c'est le cas autour de la notion dignité. Dans *C.D.P. c. Centre d'accueil Villa Plaisance*, T.D.P.Q. GASPÉ¹³⁹, le Tribunal procède ainsi à une distinction entre la notion de dignité telle qu'elle est employée dans le

135. *Dufour c. Centre hospitalier St-Joseph-de-la-Malbaie*, [1992] QCTDP 11

136. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Pigeon*, [2002] QCTDP 21498 au para.59

137. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Calego international inc.*, [2011] QCTDP 4 au para. 485.

138. *Id.* au para. 393.

139. *C.D.P. c. Centre d'accueil Villa Plaisance*, [1995], QCTDP 2814.

préambule de la Charte québécoise, en l'opposant à son emploi à l'article 4 de la même Charte. Il affirme à ce propos que « la notion de dignité qui est inscrite dans le Préambule de la Charte nous apparaît plus large que celle énoncée à l'article 4. La première n'est pas un droit fondamental en particulier, mais une valeur justifiant la reconnaissance de l'ensemble des droits fondamentaux ». En ce sens, « [l]e Préambule institue la dignité humaine en tant que valeur qui sous-tend la Charte et qui permet d'interpréter les différents droits et libertés fondamentaux »¹⁴⁰. En revanche, reprenant l'affaire *Commission des droits de la personne c. Coutu*¹⁴¹, le Tribunal affirme que « c'est le droit à la dignité au sens de l'article 4, et non du Préambule, qui peut être limité en vertu de l'article 9.1 et qui est protégé par l'application de l'article 10 ou de l'article 49 »¹⁴². L'interprétation de la dignité dans le sens d'une valeur, dans le cadre du Préambule de la Charte québécoise autorise donc à considérer que cette même valeur sous-tend l'ensemble de la Charte, ce qui lui confère une portée remarquablement large et ouverte, ainsi qu'une autorité morale puissante et incontestable. L'opération de juridicisation de cette valeur en tant que principe juridique se fait au sein de l'article 4, à la portée plus technique. Cette logique se retrouve dans *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Transport en commun La Québécoise Inc.* avec toutefois une porosité plus forte entre les deux notions. Le TDP y constate en effet que

140. De plus, « quoique la Charte canadienne des droits et libertés ne réfère pas à la notion de dignité, la Cour suprême a plusieurs fois énoncé le principe que la notion de dignité se situe au cœur des droits et libertés enchâssés dans la Charte »; *C.D.P. c. Centre d'accueil Villa Plaisance*, [1995], QCTDP 2814.

141. *Commission des droits de la personne c. Coutu*, [1995] QCTDP 2537.

142. *C.D.P. c. Centre d'accueil Villa Plaisance*, [1995], QCTDP 2814. Dans l'affaire *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Sfiridis*, la Cour affirme que « [t]out comme pour la Charte, le principe de la dignité humaine est contenu en son préambule en tant que valeur sous-jacente aux droits énumérés. Le droit à la dignité est aussi incorporé en tant que droit fondamental à l'article premier du premier chapitre de cette Charte »; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Sfiridis*, [2002] QCTDP 41910 au para. 145.

[...] le droit à la dignité se pose en tant que valeur transcendante à tous les droits et libertés et inscrite dans le préambule de la Charte, ce qui en fait un principe premier d'interprétation de celle-ci. La Charte consacre ainsi cette valeur non seulement en tant que droit mais en tant que principe constituant le fondement de tous les droits et libertés, incluant le droit à l'égalité¹⁴³.

La large portée du concept de valeur est à nouveau soulignée, puisque du fait de son rang de valeur, celle-ci irrigue et transcende l'ensemble des droits et libertés inscrits dans le préambule de la Charte. Toutefois, elle n'acquiert sa véritable portée juridique qu'à travers une sorte de mutation en tant que principe premier d'interprétation¹⁴⁴. Cette dynamique entre valeur et principe semble, à bien des égards, recouper la réflexion plus fondamentale sur la place des valeurs et des principes dans la pensée juridique moderne. Intrinsèquement consubstantielles à nos systèmes juridiques, les valeurs et leur prolongement axiologique, les principes, apportent donc suffisamment de souplesse et de richesse pour permettre une structure juridique vivante.

Conclusion

La complexité qui s'attache à l'étude et à la compréhension du concept de valeur est elle-même porteuse d'interrogations et d'incertitudes dans l'étude de la relation qui l'unit au droit. Il est encore légitime de s'interroger sur la manière dont les valeurs, issues d'un processus individuel et éminemment personnel,

143. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Transport en commun La Québécoise Inc.*, [2002] QCTDP 9226 au para. 31.

144. De nombreuses autres causes procèdent à une distinction similaire, parmi lesquelles *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Systématix Technologies de l'information inc.*, [2010] QCTDP 18, *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Laverdière*, [2008] QCTDP 15 ou encore *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 9113-0831 Québec inc. (Bronzage Évasion au soleil du monde)*, [2007] QCTDP 18.

s'intègrent à un droit avant tout conçu dans une perspective collective. Le passage de valeurs éthiques, « philosophiques », à des valeurs ayant une véritable existence juridique et donc une force normative trouve ses racines tant dans la science juridique que dans la science politique ou la sociologie de masse. Comme nous l'avons esquissé, la forme d'attraction qui rapproche les concepts de valeur et de droit, et le rôle du principe comme outil médian peut globalement être formalisée à travers deux cadres de discussion. Un premier débat consiste à s'interroger sur la place occupée par le concept de *valeur* dans le droit dans une perspective plus générale, c'est-à-dire sur la force de leur impact sur le droit, puisque « [a]utant l'explication que le fondement du droit s'opèrent à travers une doctrine des valeurs, dont le rôle dans la signification et la finalité des faits juridiques est, à notre avis, essentiel, en tant qu'elle en forme la structure et en régit le fonctionnement »¹⁴⁵. Il est donc capital de chercher à mesurer l'influence réelle de ces valeurs et jusqu'à quel point chaque composante des systèmes juridiques porte le poids des valeurs, celles-ci étant clairement indissociables du droit, même s'il n'en va pas forcément de même pour la science juridique. Cela revient donc à s'interroger sur l'influence des valeurs dans la formation du droit, puisqu'il y a une action fondatrice dans la proclamation des valeurs. Les systèmes juridiques sont en effet orientés pour agir en fonction de ces valeurs, ce qui démontre que celles-ci « commence[nt] lorsque le monde n'est plus pour nous un simple spectacle » et lorsque nous nous faisons créateur du monde qui nous entoure¹⁴⁶. Le deuxième grand axe porte, quant à lui, sur la manière dont le droit appréhende certaines valeurs spécifiques, et à déterminer comment celles-ci s'insèrent dans un système juridique, leur ancrage au sein de ce dernier. C'est alors qu'interviennent essentiellement les principes. Valeurs et principes apparaissent alors comme les parangons de la légitimité et de la cohérence de systèmes façonnés pour et par le pluralisme actuel. Comme le souligne Franck Moderne, ces deux notions sont plus que jamais à l'acmé de nos systèmes juridiques :

145. *Id.* p. 218.

146. Wagdi SABETE, « *De la complexité de détermination des valeurs fondatrices du droit ou suite humienne* », préc., note 2, p. 388.

[...] si les éléments des systèmes juridiques se multiplient et s'entrecroisent, si de nouvelles « internormativités » s'élaborent, les principes dits « généraux » devraient conserver une place non négligeable, ne serait-ce que pour maintenir les liens entre les réseaux faiblement structurés et assurer leur cohésion et leur articulation minimales, gage de l'efficacité pratique du droit dans son ensemble¹⁴⁷.

Ces deux réflexions, la question du fondement et celle de l'ancrage juridique s'entremêlent, comme les juristes mêlent aisément valeurs et principes. En effet, selon que l'on évoque des valeurs « sous-jacentes » à un système juridique ou bien que l'on réfère à des valeurs déjà consacrées dans ces systèmes, l'attitude adoptée pour les étudier ne peut être identique. Dans le premier cas, le regard est porté vers les débats anciens sur le Droit et la Morale¹⁴⁸. Dans le second cas, lorsqu'on se réfère à des valeurs concrètes, déjà clairement désignées, c'est davantage la manière dont elles vont être consacrées dans un système juridique et l'acquisition d'une force normative qui retiennent l'attention. Ce changement de perspective ne marque toutefois pas l'érection d'une frontière absolument hermétique entre ces deux problématiques.

Les valeurs sont donc irrédentes au droit, l'irriguent, le fondent, le structure, ne peuvent lui être dissociées et présentent ce qu'est la justice au sein du système légal. Puisque Dieu n'en est plus le symbole pour les sociétés occidentales, que les grandes idéologies idéalistes ont montré leurs limites, doit-on penser qu'il n'est plus possible de se targuer de dire ce qui est juste? Il ne

147. Frank MODERNE, « Actualité des principes généraux du droit », préc., note 73, p. 14.

148. On cherche alors à savoir si les valeurs, ou du moins des considérations morales, pèsent sur les textes et les décisions juridiques même sans que l'on puisse avoir une « connaissance scientifique » de celles-ci, et si un système juridique se veut porteur d'un certain nombre de valeurs concrètes, au nom de quoi et de qui peut donc se porter le choix dont elles découlent? Il est alors nécessaire de s'interroger plutôt sur l'origine de ces valeurs, la manière dont on les a d'abord désignées puis ensuite consacrées, et pourquoi a-t-on choisi ces valeurs plutôt que d'autres.

resterait alors plus que la valeur procédurale de type habermassienne, c'est-à-dire l'échange argumenté comme source d'une légitime intégration des valeurs aux systèmes juridiques, une valeur alors historiquement datée et circonscrite à une civilisation donnée. Selon le paradigme positiviste, le droit est un instrument qui n'a pas de sens propre, servant d'outil à une idéologie qui le détermine à sa guise. Toutefois, il semble que cette perspective recèle une illusion à laquelle nous sommes confrontés dans l'évolution de nos systèmes juridiques. Le droit peut fixer ou intégrer des valeurs, déterminer des procédures. Il possède une structure, il constitue en lui-même un projet : il figure en quelque sorte l'expression de nos interrogations, de nos problèmes mais également de nos aspirations, de nos valeurs communes, même tacites ou difficilement assumées. Les valeurs ne doivent donc pas être occultées par les praticiens du droit, celles-ci permettant parfois de trancher le nœud gordien des normes, car comme l'écrit Wagdi Sabete, « le réel du monde du droit n'est pas seulement l'autorité, la contrainte, la sanction, et le juge. Ce réel est aussi les valeurs sous-jacentes et les idées fondatrices des principes juridiques »¹⁴⁹.

149. Wagdi SABETE, « *De la complexité de détermination des valeurs fondatrices du droit ou suite humienne* », préc., note 2, p. 229.