

RESUME. — Les rapports entre le droit et la morale dans l'œuvre de Ronald Dworkin sont indiscutablement des rapports d'inclusion. Le système juridique comprend des règles mais également et surtout des « principes » préexistants qui lient l'interprète. Si ces derniers, guidant le juge Hercule dans sa quête de la meilleure solution possible, sont sa principale force, ils en sont également le talon d'Achille. Toute séduisante qu'elle est, la théorie de Ronald Dworkin n'en n'est pas moins incohérente. Insusceptibles de vérité ou de fausseté, ces principes moraux ne sont en réalité que le fruit de la libre création du droit par les juges.

Mots clé : Ronald Dworkin – droit et morale – interprétation – théorie des principes – pouvoir discrétionnaire du juge

ABSTRACT. — Unquestionably, the relationship between Law and ethics in Ronald Dworkin's work is an integrative one. The law system includes rules, but also pre-existing "principles" which oblige the interpreter in their decision making. These principles, guiding justice Hercules in the pursuit of the one right answer, are his main strengths, but also his Achilles' heel. Although Ronald Dworkin's theory is attractive, it evidences some inconsistencies. Neither true, nor wrong, these ethical principles are, in reality, only the fruit of the law made by the judges.

Keywords: Ronald Dworkin – law and ethics – interpretation – theory of principles – judge made law

Les rapports entre le droit et la morale dans l'œuvre de Ronald Dworkin La force d'Hercule et le talon d'Achille

Wanda MASTOR

*Professeur de droit public à l'Université de Limoges
Membre de l'Observatoire des mutations institutionnelles et juridiques*

« Ces essais constituent la charpente d'une théorie du droit particulière » nous prévient Ronald Dworkin à la fin de l'introduction de *Taking rights seriously*, ouvrage au retentissement immense publié en 1977. Aux États-Unis, d'innombrables articles, commentaires et critiques sont consacrés à son œuvre. Séduisante pour les uns, illusoire pour les autres, rarement un auteur aura fait l'objet d'une telle attention de son vivant. « Ne jamais l'accepter sans le discuter » nous met en garde N. McCormick¹. Un auteur a même essayé d'identifier les facteurs expliquant une telle « attraction » malgré un très large rejet². L'une des raisons de ce succès, outre une grande clarté dans le propos et une force de persuasion rare, réside dans le caractère « inclassable » de l'auteur. Dworkin n'est ni positiviste, ni jusnaturaliste, mais il est aussi un peu des deux³, ce qui lui vaudra d'être attaqué de part et d'autre. Une part non négligeable de son œuvre se situe dans des réponses faites aux critiques qui lui ont été adressées par des auteurs tels que N. McCormick, S. Fish, J. Raz, R. Posner, J. Habermas, sans oublier H. L. A. Hart, son prestigieux « meilleur ennemi »⁴. Si l'on devait céder à la critiquable tentation de classification, qui présente néanmoins un intérêt pour la présente étude, l'auteur pourrait se situer au carrefour des deux grands courants classiques. Contre le positivisme,

1 McCormick, N., « Dworkin as Pre-Benthamite », in Cohen (M.) (dir.), *Ronald Dworkin and contemporary jurisprudence*, Londres, Duckworth, 1984, p. 200.

2 Reagan, D., « Glosses on Dworkin : rights, principles and policies », in *ibid.*, p. 119 et s.

3 Pour les tentatives de classification de Ronald Dworkin, voir not. : Bell, R.S., « Understanding the model of rules : toward a reconciliation of Dworkin and Positivism », *Yale Law Journal*, 1972, n°81, p. 936 et s. ; Carrio, G.R., « le opinioni del Professore Dworkin sul positivismo giuridico », *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1980, n° 1, p. 143 et s. ; Rebuffa, G., « Costituzionalismo e giusnaturalismo : Ronald Dworkin e la riformulazione del diritto naturale », *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1980, n° 1, p. 209 et s., Pastore, B., « Dworkin giusnaturalista ? », *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, 1984, n° 1, p. 66 et s. Sur l'intérêt et les inconvénients d'une telle classification, voir Troper, M., « Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin », *Droit et Société*, n° 6, 1986, p. 53 et s.

4 Auxquels il faut ajouter, entre autres, Greenawalt, Munzer, Richards, Soper, Nickel, Mackie, voir « réponse aux critiques », annexée à Dworkin, R., *Prendre les droits au sérieux* (trad. de *Taking rights seriously*, 1977), Paris, PUF « Léviathan », 1995, p. 413-511.

Dworkin avance l'idée que les hommes possèdent bien des droits naturels, que le droit ne saurait se limiter aux règles posées (*rules*). En l'absence d'une règle écrite, ou dans la résolution des cas difficiles (*hard cases*), le juge ne jouit pas d'un quelconque pouvoir discrétionnaire : il est lié, non pas par un droit posé, mais par des principes (*principles*). Contre le jusnaturalisme, Dworkin avance que ces principes moraux ne sont pas immuables, inscrits quelque part dans l'ordre naturel : il appartient au juge de les découvrir dans une quête herméneutique.

Problème central de la philosophie du droit, les rapports entre le droit et la morale sont la plupart du temps présentés comme des rapports d'inclusion ou d'exclusion, même si des développements récents envisagent plus modérément la séparation entre les thèses unioniste et séparatiste⁵. Tandis que la première s'inscrit dans la tradition jusnaturaliste, la seconde se veut plus scientifique, décrivant le droit indépendamment de toute attitude morale qu'il conviendrait ou non d'adopter. Tout en voulant se démarquer des positions jusnaturalistes, la conception dworkienne desdits rapports, non seulement relève de la thèse unioniste, mais en est certainement l'expression la plus radicale⁶.

Replacer l'œuvre de Ronald Dworkin dans le contexte des grands courants de la pensée juridique contemporaine aux États-Unis aide à mieux appréhender les rapports qui y sont établis entre le droit et la morale. Sa théorie se construit en détruisant tout d'abord celle des autres : affirmer que les hommes ont des droits moraux contre l'État, c'est plaider contre la thèse selon laquelle il n'est de légitimité que dans l'État, c'est réfuter les écrits de Hobbes ou de Hegel assimilant le juste au légal. C'est aussi refuser l'idée de Bentham d'une société qui s'organiserait selon la finalité définie par l'utilité collective : « c'est alors contre le sacrifice que plaide à nouveau Dworkin, refusant que la liberté du sujet soit immolée sur l'autel du bonheur public après avoir évité qu'il ne le soit à la raison de l'État »⁷. Dire que les hommes ont des droits individuels – cette « pompeuse absurdité » selon le mot célèbre de Bentham – contre l'État, que celui-ci doit prendre au sérieux⁸, c'est enfin rejeter toute forme de scepticisme. Il faut avoir à l'esprit, en découvrant son œuvre, que Dworkin est un libéral, au sens américain du terme⁹ : il défend la protection des droits individuels constitutifs de la *Common law*, à travers les questions de

5 C'est le cas notamment des partisans d'un « positivisme inclusif », tel que Jules Coleman, voir Pfersmann, O., « Morale et droit », in Alland (D.) et Rials (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF/Lamy « Quadrige », 2003, p. 1040-1046 ; Waluchow, W. J., *Inclusive legal positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 290 p.

6 Dworkin s'est cependant défendu d'assimiler complètement droit et morale. Selon M. Troper, sa théorie peut se définir ainsi : « le droit et la morale sont distincts en ce sens qu'une règle juridique peut toujours être moralement injuste, mais ils ont des liens étroits puisque les principes juridiques, qui forment une partie du droit, sont de nature morale (même s'ils sont injustes) », Troper, M., « Les juges pris au sérieux... », *op. cit.*, p. 59.

7 Bouretz, P., Préface à Dworkin, R., *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.*, p. 7.

8 Dworkin, R., *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.*, p. 282.

9 Clairement orienté en politique vers un projet social libéral et progressiste, il n'hésite pas à critiquer de manière acerbe la politique de Nixon (voir *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.*, p. 215 et s., p. 281) ou de commenter durement l'élection de G. Bush en 2000 (« The phantom poll booth », *The New York Review of Books*, vol. 47, n° 20, 21 déc. 2000 ; « A badly flawed election », *The New York Review of Books*, vol. 48, n° 1, 11 janv. 2001).

l'homosexualité¹⁰, de la liberté d'avortement¹¹, de l'euthanasie¹², du refus de porter des armes au Vietnam¹³, de la désobéissance civile¹⁴, de la liberté de la pornographie¹⁵, de l'*Affirmative Action*¹⁶ ou plus récemment, des droits des détenus terroristes¹⁷.

Selon le professeur américain M. Rosenfeld, la théorie dworkinienne de la bonne réponse (*one right answer*) s'élève avant tout contre les trois principaux courants contemporains : le positivisme juridique, le réalisme et Droit et économie¹⁸. Les deux premiers, ainsi que d'autres écoles héritières du réalisme telles que les *Critical Legal Studies*, rejettent la thèse selon laquelle une seule bonne réponse serait possible dans la résolution des cas difficiles. Le troisième rejoint cette idée, mais en associant principes et politiques, ce que réfute Dworkin. Dans *Law's Empire*, il passe en revue trois manières d'envisager le droit américain : le modèle conventionnaliste, le modèle pragmatiste, inspirés du positivisme et du réalisme, et celui du droit comme unité (*law as integrity*). La première théorie partage l'idée populaire selon laquelle « la loi est la loi, les juges sont là pour l'appliquer »¹⁹, tandis que la deuxième ne trouve sa justification que dans l'efficacité²⁰. Dworkin fait sienne la troisième conception du droit, la définissant comme une théorie qui « maintient que les hommes ont comme droits juridiques tous les droits qui sont soutenus par les principes qui apportent la meilleure justification à la pratique juridique dans son ensemble »²¹. La traduction de *law as integrity* par « droit comme unité », faite par F. Michaut à l'occasion du commentaire de l'ouvrage²², nous paraît préférable à celle, plus connue, de « droit comme intégrité » retenue par les publications en français de l'œuvre de Dworkin. Elle rend mieux compte de sa conception

10 Voir not. Dworkin, R., *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., chapitre 10, « Liberté et moralisme », p. 349-371.

11 Voir not. Dworkin, R., *Life's Dominion. An argument about abortion, euthanasia and individual freedom*, New York, Alfred A. Knopf, 1993, 288 p.

12 *Ibid.* et Dworkin, R., « The right to death », *The New York Review of Books*, vol. 38, n° 3, 31 janv. 1991.

13 Voir not. Dworkin, R., *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., p. 308-309.

14 Voir not. *in ibid.*, chapitre 8, « La désobéissance civile », p. 305-326 ; Dworkin, R., *Une question de principe*, (*A matter of principle*, 1985), Paris, PUF « Recherches politiques », 1996, chapitre 4, « Désobéissance civile et protestation contre le nucléaire », p. 133-148.

15 Voir not. *in ibid.*, chapitre 17, « Existe-t-il un droit à la pornographie ? », p. 417-465 ; « Liberty and Pornography », *The New York Review of Books*, vol. 38, n° 4, 15 août 1991.

16 Voir not. Dworkin, R., *Une question de principe*, op. cit., Cinquième partie, « la discrimination positive », p. 365-414 et *Sovereign Virtue: the theory and practice of equality*, New York, Harvard University Press, 2000, 528 p.

17 Dworkin, R., « The threat to patriotism », *The New York Review of Books*, vol. 49, n° 3, 28 fév. 2002 ; « The trouble with the tribunals », *The New York Review of Books*, vol. 49, n° 7, 25 avril 2002 ; « What the Court really said », *The New York Review of Books*, vol. 51, n° 13, 12 août 2004.

18 Rosenfeld, M., « Dworkin and the one law principle: a pluralist critique », *Revue internationale de philosophie*, 2005/3, n° 233, p. 363-392. Pour une présentation générale des grands courants contemporains américains, voir Michaut, F., « États-Unis (grands courants de la pensée juridique américaine contemporaine) », in Alland (D.) et Rials (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 661-667.

19 Dworkin, R., *L'Empire du droit*, trad. de *Law's Empire*, 1986, Paris, PUF « Recherches politiques », 1994, p. 132.

20 *Ibid.*, p. 170.

21 *Ibid.*

22 Michaut, F., « *Law's Empire* de Ronald Dworkin », *Arch. phil. droit*, tome 33, 1988, p. 113-119.

de l'interprétation constructive, en équilibre entre le respect de la « cohérence » de l'édifice juridique et d'autres valeurs.

De *Taking Rights seriously* (1977) à *Sovereign Virtue* (2000), les liens entre le droit et la morale, que H.L.A. Hart considère être le point le plus inacceptable de l'œuvre de Dworkin, sont indiscutablement des liens d'inclusion. Tout en étant inextricablement liés, les deux concepts n'en sont pas pour autant confondus, d'où l'intérêt de mener une étude spécifique sur cette thèse unioniste. Surtout, celle-ci donne l'occasion de démontrer que la théorie de Dworkin, – en réalité, une méta-théorie selon le mot du Professeur M. Troper²³ –, toute séduisante qu'elle est, n'en est pas moins incohérente. Si les principes sont le nerf le plus séduisant de son œuvre (I), ils en sont aussi la faiblesse la plus évidente (II).

I – LA FORCE D'HERCULE : LA MORALE COMME CLOTURE DU SYSTEME JURIDIQUE

Le juge se sent nécessairement valorisé par les écrits de Dworkin²⁴. Face à la résolution d'un cas difficile, il se doit de formuler une interprétation globale du système juridique afin de le présenter sous son meilleur jour. Pour ce faire, il recourt à des « principes » implicites, conférant droits et obligations, qu'il a pour mission de découvrir et non de créer. Ce sont eux, et non un quelconque pouvoir discrétionnaire, qui vont permettre au droit de tendre vers la complétude. Ces principes moraux, « déjà là »²⁵, jouent ainsi le rôle de « clôture » du système juridique (A). Le droit en vigueur est nécessairement complet car y coexistent des règles mais aussi des principes, qui vont permettre au juge héroïque de s'orienter vers la bonne solution (B).

A. – *Les principes au service de la complétude du droit*

La question des lacunes en droit va permettre l'émergence des principes salvateurs de la complétude du système (1). C'est par des exemples désormais célèbres que Dworkin illustre sa théorie des principes (2).

23 Troper, M., « Les juges pris au sérieux ... », *op. cit.*, p. 54 et s. L'auteur précise que le terme de « métathéorie » ne doit pas s'entendre, appliqué à l'œuvre de Dworkin, dans le sens habituel d'une théorie ayant pour objet une théorie du droit elle-même distincte de son propre objet : « Si [...] on utilise à propos de Dworkin le terme de "métathéorie", c'est dans un sens différent du sens habituel [...], seulement pour parler de la manière dont notre auteur se représente la théorie du droit, quels que soient la fonction et l'objet qu'il assigne à celle-ci », p. 56.

24 C'est même l'une des raisons expliquant son succès, voir Pfersmann, O., « Morale et droit », in Alland (D.) et Rials (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1045.

25 Dworkin se défend pourtant d'avoir développé l'idée d'un sens « déjà là », nous y reviendrons dans la seconde partie, voir *Une question de principe*, *op. cit.*, p. 210-212.

1. Les lacunes comme point de départ de la théorie des principes

« Les principes ont une fonction de "clôture" du système juridique : ils permettent de combler les lacunes de la loi »²⁶. Un système juridique lacunaire peut s'entendre soit comme un système ne comportant pas une norme qui devrait s'y trouver, soit comme un système comportant bien une norme mais indéterminée, accordant une marge d'appréciation à l'organe chargé de l'appliquer²⁷. Au niveau du constat final, mais à ce niveau seulement, la théorie de Dworkin rejoint celle des positivistes : le droit en vigueur est nécessairement complet. Pour Kelsen, l'idée selon laquelle en l'absence d'une norme générale, les tribunaux doivent créer une norme pour combler cette lacune (*Lücken*) est une théorie erronée : « Elle repose sur la méconnaissance du fait que, lorsque l'ordre juridique n'établit pas l'obligation d'un individu d'adopter une certaine conduite, *il permet la conduite contraire* »²⁸. Selon cette théorie, le système juridique n'est pas « comblé » par quelque élément ou procédé que ce soit : il n'est jamais lacunaire. Dworkin, au contraire, admet l'existence possible des lacunes. Mais l'ordre juridique peut être complet pour une raison morale : il existe toujours une bonne réponse à toute question. Ainsi, tant pour les positivistes kelseniens que pour Dworkin, la complétude est intrinsèque à l'ordre juridique lui-même. Pour les premiers, le tout est dans la norme elle-même, dans ce qu'elle dit et ce qu'elle ne dit pas ; pour le second, le système est complet parce qu'il comprend des principes préexistants. Or cette vision de l'élément « déjà là » est facilement critiquable. En réalité, le système juridique selon Dworkin n'est pas intrinsèquement complet ; il l'est par *intégration* de quelque chose qui lui est *extérieur*²⁹.

C'est ainsi la question des lacunes du système juridique qui est à l'origine de la théorie des principes. L'absence du pouvoir discrétionnaire du juge, entendu comme « marge de liberté dans le choix des normes qui doivent guider une ligne de conduite »³⁰, est l'un des piliers de l'édifice dworkinien. Il ne saurait exister plusieurs bonnes réponses au même problème juridique, notamment parce que le juge ne jouit pas d'un quelconque pouvoir discrétionnaire. Même s'il a recours à des « standards » qui ne sont pas toujours posés, le juge applique un droit préexistant qui a pour effet de le lier.

À la question « les juges doivent-ils avoir un pouvoir discrétionnaire ? », posée dans *Taking rights seriously*, Dworkin répond par la négative³¹. Il reprend pour sa démonstration les discours des positivistes, notamment de H.L.A. Hart pour lequel le juge jouit bien d'un pouvoir discrétionnaire qui lui permet de créer un droit nouveau lorsqu'il est face à la résolution d'un cas

26 Guastini, R., « Théorie et ontologie du droit chez Dworkin », *Droit et société*, n° 1, 1985, p. 20.

27 La lacune, dans un troisième sens, peut être dite « technique », « lorsqu'une norme prévoit une action alors que les circonstances juridiques rendent sa réalisation impossible », Pfersmann, O., « Lacunes et complétude », in Alland (D.) et Rials (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 911.

28 Kelsen, H., *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 330 (souligné par nous).

29 Voir Pfersmann, O., « Lacunes et complétude », *op. cit.*, p. 913.

30 Arnaud (A.J.), (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, « Discrétionnaire (pouvoir) », Paris/Bruxelles, LGDJ, Story-scientia, 1993, 2^e éd., p. 183.

31 Dworkin, R., *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.*, p. 90-101 et 137-141.

difficile³². Si la solution d'un litige ne peut être déterminée à l'aide d'une règle en vigueur, le juge doit trancher en exerçant un pouvoir discrétionnaire. Cela étant, le juge ne bénéficie pas d'un tel pouvoir lorsqu'il dispose d'une norme claire. Selon Dworkin, « la proposition selon laquelle en l'absence d'une règle claire, il faut user d'un pouvoir discrétionnaire, en ce sens qu'il faut utiliser son jugement, n'est qu'une tautologie »³³. Pour le théoricien américain, le juge est toujours lié dans sa prise de décision, que ce soit par la norme explicite ou par les principes qu'il a pour mission de découvrir. Le système de droit en vigueur est complet, le vide juridique ne pouvant exister.

C'est par le biais de l'attaque du positivisme, notamment sa version hartienne, que Dworkin développe ainsi sa théorie des principes : « ma stratégie s'organise autour du fait que dans leurs raisonnements ou leurs discussions au sujet des droits et des obligations juridiques, tout spécialement lorsqu'il s'agit de cas difficiles où les problèmes avec ces concepts semblent les plus aigus, les juristes font appel à des *normes qui ne fonctionnent pas comme des règles mais opèrent différemment, comme des principes, des politiques et d'autres types de standards*. Je soutiendrai que le positivisme est le modèle d'un système de règles et pour un tel système et que sa notion centrale d'un test unique, fondamental pour le droit nous empêche de reconnaître le rôle important joué par ces standards qui ne sont pas des règles »³⁴. Tandis que les politiques (*policies*) déterminent un but à atteindre, le principe est « un standard qu'il faut appliquer, non pas parce qu'il assurera la survenue ou la protection d'une situation économique, politique ou sociale jugée désirable, mais parce qu'il est *une exigence dictée par la justice, l'équité ou quelque autre dimension de la morale* »³⁵. Certains positivistes, à l'instar de J. Raz, admettent bien l'existence de tels standards moraux³⁶. Le point de divergence avec Dworkin ne se situe pas au niveau de l'acceptation ou non de tels principes mais à celui du statut devant leur être attribué. Pour J. Raz, le caractère juridique de ces principes ne naît pas d'un seul jugement, ils sont « présents tout autour de nous », pour reprendre le mot de Dworkin aux accents très jusnaturalistes, sous une sorte de forme coutumière³⁷.

Ces principes moraux³⁸ sont parfois confondus avec les règles. Pour Dworkin, les raisons de cette assimilation sont multiples. Elle est tout d'abord

32 Hart, H.L.A., *Le Concept de droit*, Bruxelles, publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1976, chapitres V à VII. Voir, sur l'opposition entre H.L.A. Hart et R. Dworkin sur ce point, Jackson, B.S., « Hart et Dworkin sur le pouvoir discrétionnaire : points de vue sémiotiques », *Arch. phil. droit*, tome 34, 1989, p. 243-258. Selon cet auteur, la différence principale entre les deux théoriciens sur ce sujet tient à ce que la vision du premier est fondamentalement pragmatique et extensionnelle, tandis que celle du second est proche du modèle de la sémantique structurale.

33 Dworkin, R., *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.*, p. 94.

34 *Ibid.*, p. 79 (souligné par nous).

35 *Ibid.*, p. 80 (souligné par nous).

36 Voir not. Raz, J., *The morality of freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986 ; Hacker, P. et Raz, J., *Law, Morality and Society : Essays in honor of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977 et les contributions in Cohen (M.) (dir.), *Ronald Dworkin and contemporary jurisprudence*, précité.

37 Carty, A., « L'impact de Dworkin sur la philosophie du droit anglo-américaine », *Droit et société*, n° 2, 1986, p. 9.

38 Richards reproche notamment à Dworkin de tirer, « de manière injustifiable, du fait que les principes juridiques sont parfois des principes moraux, la conclusion qu'ils le sont toujours », « Rules, policies and neutral principles : the search for legitimacy in Common

d'ordre terminologique, la langue anglaise employant le même mot pour désigner la loi et le droit (*a law/the law*), alors que le français (*la loi/le droit*) et l'allemand (*Gesetz/Recht*) distinguent les deux. Elle découle ensuite de la formation des juristes : « la raison principale de l'association du droit et des règles est plus profonde et tient, à mon avis, au fait que la formation juridique a pendant de longues années consisté à enseigner et à examiner les règles établies qui constituent le tranchant du droit »³⁹, sous-entendu : et non les standards extra-juridiques...

Cette distinction entre les règles et les principes se retrouve, à des degrés différents, chez d'autres auteurs. Les défenseurs de l'idée selon laquelle Dworkin serait en réalité un « néokantien » comparent cette distinction avec celle opérée par Kant dans *Critique de la raison pure* entre l'entendement et le jugement : « si l'on définit l'entendement comme la faculté des règles, la faculté de juger est la faculté de subsumer sous des règles, c'est-à-dire de discerner si quelque chose rentre ou non sous une règle »⁴⁰. La seconde implique un « talent particulier » qui n'est pas sans rappeler celui d'Hercule. Ce dernier applique la loi en l'interprétant, en la réfléchissant ; « en termes kantien, on pourrait dire que tout cas de droit requiert un jugement réfléchissant, c'est-à-dire une réflexion du juge sur sa propre pratique et sur les conditions de sa validité »⁴¹. Le concept de « principe » distinct de la règle se retrouve également dans l'œuvre de R. Alexy, sans pour autant donner une réponse satisfaisante à la définition des premiers⁴².

2. Illustrations jurisprudentielles

À l'appui de sa démonstration sur l'absence de pouvoir discrétionnaire du juge, Dworkin cite deux affaires jugées respectivement par la Cour suprême des États-Unis et par une cour du New Jersey, toutes deux ayant eu recours non pas à des règles de droit mais à des *principes juridiques*, lesquels, même non écrits, lient le juge dans son activité. Le juge constitutionnel américain, dans l'affaire *Riggs v. Palmer* dite « Elmer », a refusé l'interprétation littérale des lois testamentaires de New York (qui n'étaient absolument pas ambiguës) au motif que les conséquences de la décision auraient été absurdes. En l'espèce, la

Law and constitutional adjudication », *Georgia Law Review*, vol. 11, 1977, p. 1096. Dans une « réponse aux critiques » annexée à *Prendre les droits au sérieux*, p. 478, Dworkin précise ce qu'il entend par « principes moraux » : « la proposition pourrait signifier que les principes du droit sont toujours des principes moraux bien fondés ou décents et si c'est son sens, alors [...] ce n'est pas ce que je pense. Mais elle pourrait signifier que les principes du droit sont toujours des principes moraux en la forme (qu'ils soient bien-fondés ou non, qu'ils s'imposent ou soient méprisables en tant que jugements moraux) [...]. C'est une affirmation plus intéressante, et j'y souscris ».

³⁹ Dworkin, R., *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., 100.

⁴⁰ Kant, *Critique de la raison pure*, in *Œuvres philosophiques*, tome I, Paris, Gallimard « Pléiade », 1980, p. 880-881. V. Allard, J., *Dworkin et Kant, réflexions sur le jugement*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles « Philosophie politique et juridique », 2001, p. 34-35. De manière plus générale, sur la filiation entre Kant et Dworkin, voir, outre l'ouvrage de J. Allard précité, Bouretz, P., « Prendre le droit au sérieux, de Rawls à Dworkin », in *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Éd. Esprit, 1991, not. p. 80-81 ; Bertin, A. & Lenoble, J., *Dire la norme*, Paris, LGDJ, 1996, not. p. 7.

⁴¹ Allard, J., *Dworkin et Kant, réflexions sur le jugement*, op. cit., p. 36.

⁴² Alexy, R., « Zum Begriff des Rechtsprinzips », *Rechtstheorie Beiheft*, vol. 1, 1979, p. 59-87 ; *Id.*, « Rechtssystem und praktische Vernunft », *Rechtstheorie*, vol. 18, 1987, p. 405-419.

question était celle de savoir si Elmer pouvait être l'héritier de son grand-père, auteur du testament, qu'il avait lui-même assassiné. La majorité de la Cour a préféré recourir aux intentions du législateur en ne faisant pas du meurtrier l'héritier de sa victime, jugeant que nul ne peut profiter du mal qu'il a lui-même commis⁴³. L'interprète écarte ainsi la règle de droit existante pour lui préférer un principe plus moralement acceptable : « toutes les lois, de même que tous les contrats, peuvent être restreintes dans leur action et dans leurs effets au moyen de maximes générales et fondamentales de la *Common law*. Nul ne doit être autorisé à tirer profit de sa propre fraude ou à tirer avantage du mal qu'il a lui-même commis ou à fonder une requête sur sa propre injustice ou à acquérir une propriété grâce à un crime »⁴⁴. En décidant ainsi, le juge n'a pas fait usage d'un quelconque pouvoir discrétionnaire. Il n'a pas appliqué la règle de droit mais un principe qui, tout comme la norme explicite, le liait dans son activité interprétative. La maxime dégagée par le juge constitutionnel selon laquelle « nul ne peut profiter du mal qu'il a lui-même commis » est un *standard* à la lumière duquel le juge lit les lois testamentaires de New York, lui permettant de justifier une nouvelle interprétation de celles-ci.

Dans l'affaire *Henningsen v. Bloomfield Motors* jugée par une cour du New Jersey en 1960⁴⁵, la question était celle de savoir si un constructeur automobile pouvait limiter sa responsabilité en matière de défautuosité du véhicule. Henningsen, acheteur d'une voiture et signataire d'un contrat limitant la responsabilité du constructeur à la remise en état des pièces défectueuses, dénonce son caractère abusif mais ne peut trouver une règle de droit empêchant le constructeur de s'abriter derrière ledit contrat. Faute de s'appuyer sur des normes écrites lui permettant de sanctionner un tel comportement, la cour va rechercher des principes juridiques afin de satisfaire l'acheteur abusé : « 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 ? [...] Plus précisément les tribunaux refuseront de manière générale de se prêter à l'exécution d'une "bonne affaire" lorsque l'une des parties a injustement abusé des nécessités économiques dans lesquelles l'autre se trouvait »⁴⁶.

Dans *Law's Empire*, Dworkin reprend l'affaire *Elmer* puis expose celle du « toxote »⁴⁷, dans laquelle les principes sont découverts non pas par la majorité mais par un juge dissident. La construction d'un barrage risquait de détruire la seule zone d'habitat du toxote. Un groupe d'écologistes demande que ce petit poisson fasse partie de la liste des espèces menacées, ce qui aurait pour conséquence de faire arrêter la construction – très coûteuse – d'un barrage presque achevé. L'affaire est portée devant la Cour suprême, qui va dans le sens des revendications des écologistes. Quand le texte est clair, décident les juges majoritaires sous la plume du juge Burger, la Cour n'a pas le droit d'en refuser l'application simplement parce qu'elle juge le résultat stupide (en l'espèce, la destruction d'un ouvrage quasiment achevé dont le

43 *Riggs v. Palmer*, 115 NY 506, 22 NE 188 (1889).

44 *Riggs v. Palmer*, citée par R. Dworkin in *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.*, p. 80-81.

45 32 New Jersey 358, 161 A. 2d 69 (1960), cité par R. Dworkin, *ibid.*, p. 81-82.

46 Cité in *ibid.*, p. 82.

47 Dworkin, R., *L'Empire du droit*, *op. cit.*, p. 21-24.

coût s'élève à plus de 100 millions de dollars). Dans cette affaire, c'est l'un des juges dissidents qui adopte un raisonnement analogue à celui des juges majoritaires dans les affaires *Elmer* et *Henningsen*. Tandis que la Cour se réfère à l'intention du législateur, à savoir la protection des espèces, le juge minoritaire condamne l'application stricte de la loi sans prise en compte du caractère absurde des conséquences. Selon le juge dissident Powell, le juge devrait toujours adopter une interprétation des textes qui soit « compatible avec un peu de bon sens et avec le bien public ». Le juge herculéen est cette fois-ci du côté de la minorité et non de la majorité.

Des principes comme ceux révélés dans les affaires *Elmer* et *Henningsen* ou dans l'opinion dissidente du juge Powell sous l'affaire du toxote sont présents tout autour de nous et jouent un rôle plus particulièrement important dans des cas difficiles. Ainsi, même dans ces derniers, le juge, contrairement à ce qu'affirment les positivistes, ne jouit pas d'un pouvoir discrétionnaire mais demeure lié par le droit, que ce soit par la règle explicite ou par les principes que le juge ne fait que « découvrir ». Ces derniers vont permettre au juge de parvenir à ce que Dworkin appelle la « bonne réponse », certainement l'un des éléments de sa théorie les plus critiqués.

B. – Hercule à la recherche de la « bonne réponse »

Dworkin ne parle pas de « solution unique » mais de l'« unique bonne réponse » (*One Right answer*). La nuance tient à une capacité humaine : seul un juge omniscient, que l'auteur dénomme « Hercule », peut atteindre la bonne réponse avec certitude. Face aux cas difficiles, entraînant plusieurs interprétations possibles, il devra choisir celle qui rend le mieux compte de la cohérence du système juridique (1). L'auteur compare alors les juges à des écrivains qui doivent collaborer à la rédaction d'un roman collectif en écrivant l'un après l'autre des chapitres (2). Le résultat final doit donner l'impression que le roman est l'œuvre du même auteur ; il doit en être de même pour l'interprétation des droits.

1. Une quête herméneutique...

Hercule, ni conservateur, ni libéral⁴⁸, est « doué d'une intelligence et d'une patience surhumaines »⁴⁹ et est « consciencieux, méthodique »⁵⁰. Érigé en grand champion du droit-intégrité⁵¹, Hercule sur l'Olympe peut trouver la bonne réponse. Mais tous les juges n'étant pas herculéens, le plus important est que ces derniers s'astreignent à essayer de chercher la bonne réponse et soient persuadés de l'avoir trouvée. Faute d'être parvenus à la bonne réponse, le fruit de leur quête herméneutique sera tout au moins *leur* bonne réponse. Le juge

48 *Ibid.*, p. 432.

49 *Ibid.*, p. 261.

50 *Ibid.*, p. 263.

51 « Le droit-intégrité demande aux juges, dans la mesure du possible, d'admettre que le droit est structuré par un ensemble cohérent de principes sur la Justice, sur l'équité et sur les principes de procédure garantissant un juste procès et il leur demande de les appliquer dans les nouveaux cas qui leur sont soumis, pour que chaque situation individuelle soit juste et équitable au regard des mêmes normes », *in ibid.*, p. 266.

peut prétendre que son jugement est meilleur qu'un autre car il pense avoir pris la meilleure décision, sans pour autant en être certain : « cette prétention lui tient lieu d'idéal régulateur. Elle l'oblige en quelque chose à prendre une décision qui ne soit pas purement arbitraire »⁵². Peu importe au fond si la bonne réponse n'existe pas : « cette certitude suffit pour les nécessités de la construction dworkinienne »⁵³, précise F. Michaut qui poursuit ainsi, à propos de la bonne réponse : « elle représente l'objet de la recherche du juge et il est possible d'en préciser l'équation : elle doit être à la fois la plus compatible avec l'ensemble des décisions déjà prises et présenter le système juridique sous son meilleur jour possible »⁵⁴.

La bonne réponse d'Hercule, à qui l'on reproche de jouer avec la politique, d'être un imposteur, arrogant, et pour finir, de n'être qu'un mythe⁵⁵, se situe au carrefour du droit, de la morale et de la politique. Elle s'appuie sur des principes *déjà là* qui lient l'interprète, ceux-ci étant des arguments qui « justifient une décision politique en montrant que cette décision assure le respect ou la garantie d'un droit détenu par un individu ou un groupe »⁵⁶. L'auteur oppose à ces arguments de principe « les arguments de politique (qui) justifient une décision en montrant que celle-ci fait progresser vers un but collectif que s'est assigné la société dans son ensemble »⁵⁷. Ainsi, tandis que « les arguments de principe sont des arguments destinés à établir un droit individuel, les arguments de politique sont des arguments destinés à établir un but collectif », les premiers seuls devant être le fondement des décisions judiciaires⁵⁸.

C'est la découverte de ces principes qui font la force d'Hercule et la faiblesse de Herbert, le juge positiviste imaginé avec humour – « Herbert » renvoyant bien sûr au prénom de Hart – par G. Marshall. En l'absence de règle, ou lorsque celle-ci n'est pas claire, Herbert est désarmé, il doit faire intervenir son pouvoir discrétionnaire faute de règles à appliquer. « Hercule, de son côté, n'est pas désarmé. Selon sa théorie, les cas difficiles n'impliquent pas que le juge légifère, il n'entre donc pas en compétition ou en conflit avec la suprématie du législateur. Il n'a pas à choisir entre l'application des règles et l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dès lors qu'il est muni d'un stock de principes ou outillé pour les trouver »⁵⁹.

À la différence des théories cantonnant le rôle du juge à l'application du droit, Dworkin aborde l'activité du juge avant tout comme celle d'un interprète. Déclarant que « le droit est un concept d'interprétation »⁶⁰, il est aux antipodes de la célèbre citation de Montesquieu selon laquelle « Les juges de la Nation ne sont [...] que la bouche qui prononce les paroles de la loi ». Le juge dworkinien, herculéen ou pas, est bien loin de l'image wébérienne du

52 Allard, J., *Dworkin et Kant, réflexions sur le jugement*, op. cit., p. 20.

53 Michaut, F., « La "bonne réponse" n'est-elle qu'une illusion ? », *Droits* n°9, 1989, p. 73.

54 *Ibid.*

55 Dworkin, R., *L'Empire du droit*, op. cit., p. 282 et suivantes.

56 Dworkin, R., *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., p. 155.

57 *Ibid.*

58 *Ibid.*, p. 164-165.

59 Marshall, G., « Positivism, adjudication, and democracy », in Hacker (P.) et Raz (J.), (dir.), *Law, morality and society : essays in honor of H.L.A. Hart*, op. cit., p. 132-144, cité par Grzegorzcyk (C.), Michaut (F.) et Troper (M.), (dir.), *Le Positivisme juridique*, Paris, LGDJ « La pensée juridique moderne », 1992, p. 481.

60 Dworkin, R., *L'Empire du droit*, op. cit., p. 99.

Paragraphen Automat, machine inanimée au service de la froideur syllogistique : « différents juges appartiennent à des traditions politiques différentes et opposées, et le tranchant des interprétations de ces différents juges sera aiguisé par des idéologies différentes. Il ne faut pas non plus s'en affliger. Au contraire, le droit gagne en pouvoir là où il est sensible aux frictions et aux pressions de ses sources intellectuelles »⁶¹. Mais contrairement aux théories affirmant le pouvoir créateur du juge, celle de Dworkin nie ce dernier, car la décision judiciaire est fondée sur les principes liant le juge dans son activité. Aussi l'auteur présente-t-il sa théorie comme une manière d'échapper à l'alternative classique droit comme acte de connaissance/droit comme acte de volonté.

Dans *Law's Empire*, il conclut le chapitre relatif à l'intégrité en la définissant ainsi : « le principe de délibération de l'intégrité recommande aux juges d'identifier droits et devoirs juridiques, autant que possible, en admettant qu'ils sont l'œuvre d'un créateur unique, la collectivité en personne, et qu'ils sont l'expression d'une conception cohérente de la justice et de l'équité »⁶². Pour expliciter cette unité cohérente du système juridique, Dworkin a de nouveau recours au procédé métaphorique qu'il affectionne tant. Après avoir été comparé au plus grand héros de l'Antiquité, voilà que le juge est envisagé tel un romancier « à la chaîne ».

2.... Pour l'écriture d'un nouveau chapitre du droit

La bonne réponse est présentée comme la meilleure interprétation du processus juridique en son entier. Hercule doit parvenir à cette dernière dans un ensemble cohérent de principes. Face à un cas difficile, deux interprétations peuvent être possibles : « il doit alors choisir entre les deux interprétations à retenir en se demandant laquelle présente sous son meilleur jour, du point de vue de la morale politique, la structure des institutions et des décisions de la collectivité, les normes de vie publiques dans leur ensemble »⁶³. Dworkin compare les juges à des écrivains qui doivent collaborer à la rédaction d'un roman collectif en écrivant l'un après l'autre des chapitres⁶⁴. Chaque romancier, à l'exception du premier, interprète le matériau dont il dispose et essaye de réaliser le meilleur roman, en le considérant comme l'œuvre d'un seul auteur.

Ceci exige de leur part un jugement global, dont Dworkin distingue deux aspects : la dimension de compatibilité et la dimension de valeur esthétique. La première signifie que l'interprétation doit avoir une valeur explicative générale et appelle au « sens d'interprétation » du romancier, qui implique sans aucun doute une part de création. Si ce « sens d'interprétation » conduit à plusieurs interprétations possibles, la seconde dimension du jugement « l'amène alors à apprécier laquelle de ces lectures possibles rend meilleure l'œuvre en cours de rédaction, tout bien considéré. Là, ses jugements esthétiques les plus essentiels, sur l'importance, sur la pénétration, sur le réalisme ou sur la beauté des différentes idées que peut être amené à exprimer le roman entrent en jeu »⁶⁵.

61 *Ibid.*, p. 100 (souligné par nous).

62 *Ibid.*, p. 247.

63 *Ibid.*, p. 279.

64 *Ibid.*, p. 247-303.

65 *Ibid.*, p. 253.

Cette exigence d'unité présente dans l'entreprise du roman à la chaîne est similaire avec le principe d'unité en droit : « la complexité de cette tâche reproduit la complexité du verdict à rendre dans un cas délicat de droit-intégrité »⁶⁶ : tout comme dans cette image du roman à la chaîne, les juges interprètent l'ensemble des règles et des institutions en les faisant apparaître sous leur meilleur jour, tels les maillons humains d'une *chaîne du droit*. Le roman doit donner l'impression d'avoir été écrit par la même personne ; il doit en être de même pour l'interprétation des droits. Face à de multiples interprétations possibles, le juge doit choisir, selon la formule de Dworkin, celle qui montre la communauté sous un meilleur jour du point de vue de la morale politique. Le critère de valeur esthétique du romancier devient donc celui de moralité politique pour le juge. Dans le contexte de cette théorie, la proposition de droit sera vraie si elle apparaît comme la meilleure interprétation du processus juridique en son entier. Ainsi, « l'interprétation, chez Dworkin, ne vise pas que le sens, et en cela la cohérence à laquelle les interprétations judiciaires prétendent est tout à fait spécifique. L'interprétation en droit vise une forme de cohérence esthétique : non pas le beau comme tel, mais un récit, une présentation du droit qui le met en valeur »⁶⁷. C'est le recours aux principes qui permettra cette opération herméneutique de mise en valeur du droit.

Dans sa démarche herméneutique, le juge aura nécessairement recours à ses propres convictions politiques. Néanmoins, sans pour autant nier ces dernières, Dworkin rappelle que la décision judiciaire est *une question de principe*, pour reprendre l'intitulé de l'un de ses ouvrages, et non de politique : « les juges ne doivent faire intervenir leur conviction politique qu'à la condition de penser de bonne foi que ces convictions s'intègrent dans une *interprétation globale cohérente* de la culture juridico-politique de leur société »⁶⁸. Il poursuit en précisant que le juge capable de formuler une interprétation globale du droit ne saurait avoir des convictions très ancrées, en citant de manière quelque peu surprenante, l'exemple des marxistes, anarchistes, ou « adeptes de quelque tradition religieuse excentrique »⁶⁹...

Cette comparaison de l'interprétation du droit avec l'écriture d'un roman à la chaîne vaut également pour un juge qui, tout en acceptant le droit-intégrité, a recours aux intentions du législateur. Dworkin appelle ce confrère d'Hercule « Hermès ». Quand bien même cette méthode d'interprétation est-elle possible, de quelle intention s'agit-il ? L'analyse des discussions qui ont précédé l'adoption d'une loi fait apparaître plusieurs opinions, y compris à l'intérieur d'un même groupe au Congrès. Quelle est celle que le juge doit retenir ? Dworkin répond qu'Hermès doit agir « en direction d'Hercule » pour en devenir même son jumeau. Pour ce faire, il « peut exercer son imagination d'interprétation, non pas sur le dossier législatif des différents législateurs, l'un après l'autre, mais sur le dossier de la législature elle-même, en se demandant quel système cohérent de conviction politique serait la meilleure justification de ce qu'elle a fait »⁷⁰.

66 *Ibid.*, p. 251.

67 Allard, J., *Dworkin et Kant, réflexions sur le jugement*, op. cit., p. 125.

68 Dworkin, R., *Une question de principe*, op. cit., p. 3.

69 *Ibid.*

70 Dworkin, R., *L'Empire du droit*, op. cit., p. 365 (en italique dans le texte).

L'argumentation a ainsi pour objectif de rendre le jugement *cohérent* avec des principes implicites. Le jugement rendu par Hercule « s'apparente dans la forme à celle qui décrit le jugement réfléchissant kantien. Ce type de jugement qui ne peut descendre de la règle universelle vers la situation concrète qu'elle doit trancher, mais qui doit au contraire s'élever à partir d'un conflit empirique vers le plan des principes, construire celui qui permet de résoudre le problème posé et doit encore traverser l'épreuve de l'universalisation proposée »⁷¹. Même si le jugement d'Hercule fait la part belle à l'argumentation, contrairement à celui décrit par des théories insistant plus sur son mode rhétorique⁷², Dworkin n'en néglige pas totalement sa cohérence narrative. Selon J. Lenoble, il développe même une théorie narrativiste du droit, ce qui lui valut la critique de N. MacCormick et A. Aarnio⁷³.

Dworkin excelle dans l'art de répondre à ses détracteurs. Dans *Taking rights seriously*, une « réponse aux critiques » est annexée ; dans *Law's Empire*, la présentation d'Hercule précède « quelques objections bien connues ». C'est de nouveau avec élégance que l'auteur reprend les critiques de ses adversaires, accusant notamment Hercule de n'être qu'un mythe. Mais son héros s'affaiblit face à des objections imparables. Les principes moraux, présentés comme l'une des forces de l'édifice dworkinien, ne résistent pas à la critique, malgré les innombrables réponses en défense de leur créateur.

II. – LE TALON D'ACHILLE : LA MORALE COMME PILIER D'UNE THÉORIE IDEALISTE

Le jugement rendu par Hercule, qui, dans sa quête de la bonne réponse, s'est appuyé sur des normes non posées, est non seulement valide mais également juridiquement correct. La thèse de Dworkin s'oppose ainsi à l'ontologie hiérarchique, les principes moraux ne répondant pas au test de descendance hartien. En effet, en vertu de ce dernier, le droit étant un système normatif hiérarchisé, il ne peut contenir que des normes déterminées par d'autres normes de ce même système, en fonction d'un test généalogique. Or la morale contenue dans les principes est une norme qui n'est pas produite selon une norme faisant déjà partie du système : elle est donc *extérieure* au système et ne saurait fonder la vérité d'un jugement. Pour les normativistes, cette « ontologie réaliste juridico-morale » selon l'expression d'O. Pfersmann, doit être rejetée : « la preuve de la fausseté de la théorie hiérarchique est fautive puisque le système ne peut pas, *par définition*, contenir autre chose que des normes répondant au test de descendance »⁷⁴. La théorie de Dworkin est bien loin de la théorie kelsénienne qui se veut « pure » car neutre du point de vue éthique. Contrairement aux thèses positivistes, droit et morale, droit réel et droit idéal,

71 Bouretz, P., Préface à Dworkin, R., *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.*, p. 10-11.

72 À l'image not. des *Critical Legal Studies*, voir Livet, P., « Argumentation et rhétorique juridique », in Alland (D.) et Rials (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 85.

73 Lenoble, J., « La théorie de la cohérence narrative en droit, le débat Dworkin-MacCormick », *Arch. phil. droit*, tome 33, 1988, p. 121-139.

74 Pfersmann, O., « Arguments ontologiques et argumentation juridique », in Pfersmann (O.) et Timsit (G.), *Raisonnement juridique et interprétation*, journée d'étude du 14 juin 1999, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 22 (souligné par l'auteur).

droit tel qu'il est et droit tel qu'il devrait être ne sont pas séparés⁷⁵. Si les rapports entre le droit et la morale comme rapports d'inclusion sont critiquables, c'est donc tout d'abord parce que la version dworkinienne de l'unionisme, servie par la théorie des principes est en soi difficilement défendable (A). C'est ensuite, à supposer que cette thèse soit acceptée, parce que la morale contenue dans les principes dworkiniens répond à l'idéal d'universalité, tout comme le système juridique répond à l'idéal de cohérence (B).

A. — *Des principes apocryphes*

« Illusion séduisante » selon le mot de R. Guastini⁷⁶, les principes dworkiniens sont douteux à un double titre : d'une part, parce qu'ils ne sont ni vrais ni faux et qu'ils représentent une *certaine* vision de la morale – en réalité, celle de Dworkin – (1) ; d'autre part, parce qu'ils manifestent un pouvoir de création et non de découverte du juge, contrairement à ce qu'affirme leur auteur (2).

1. Hercule ou le mensonge qui dit toujours la vérité

« Je suis un mensonge qui dit toujours la vérité » : si cet énoncé de Cocteau est vrai, alors, il est faux ; s'il est faux, alors il est vrai. Il en va de même avec les principes découverts par Hercule, insusceptibles de vérification ou de falsification. Les principes ne sont inscrits nulle part : ils sont *là*, ou plus exactement, *déjà là*, présents tout autour de nous. Ils ne figurent dans aucun énoncé mais ne sont en même temps nullement le fruit de l'imagination du juge. Ils sont en définitive bien consensuels, ces principes qui permettent au droit d'être complet sans pour autant passer par un quelconque pouvoir créateur. Les craintifs de l'arbitraire qui ne croient pas pour autant en la froideur syllogistique au service de l'application stricte de la loi peuvent être rassurés : si les règles ne suffisent pas, des principes non écrits sont là pour lier l'interprète. Mais quelle est leur essence ? Quels sont ces principes formulés par les juristes qui « ne décrivent pas des normes en vigueur mais ajoutent plutôt au discours législatif des énoncés normatifs apocryphes »⁷⁷ ? C'est « une exigence dictée par la justice, l'équité ou quelque autre dimension de la morale »⁷⁸ répond Dworkin.

Le droit repose ainsi sur des conceptions morales que le juge découvre. L'engagement moral du juge, inévitable, apparaît objectif car contenu dans les principes préexistants. C'est en ce sens que Dworkin peut être qualifié d'« objectiviste moral »⁷⁹, voire de « réaliste moral »⁸⁰. La définition qu'en donne R. Ogien paraît être écrite à propos des principes de Dworkin : « le

75 Voir en sens contraire Hart, H.L.A., « Positivism and the separation of law and morals », *Harvard Law Review*, 1959, p. 593-630.

76 Guastini, R., « Théorie et ontologie du droit chez Dworkin », *op. cit.*, p. 18.

77 *Ibid.*, p. 26.

78 Dworkin, R., *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.*, p. 80

79 Voir Dworkin, R., « Objectivity and truth : you'd better believe it », *Philosophy and Public Affairs*, n°25-2, 1996, p. 87-139.

80 Voir Ogien, R., « Qu'est-ce que le réalisme moral ? », *in Id. (dir.), Le Réalisme moral*, Paris, PUF « Philosophie morale », 1999, p. 61.

réalisme moral ne voit aucune bonne raison de nier que les prédicats "être vrai" ou "être faux" s'appliquent aux énoncés moraux. Il pense que les propriétés morales ne sont pas inventées, purement et simplement, ou créées *ex nihilo* mais *découvertes*, comme des propriétés réelles du monde »⁸¹. Pour Dworkin, les principes sont ainsi susceptibles de vérité ou de fausseté, notamment parce qu'ils sont vérifiables par l'observation⁸². Un auteur voit même dans sa position un « réalisme sans limites », en ce sens que l'auteur américain affirme que tous les énoncés moraux sont vrais dans un sens ordinaire⁸³. L'énoncé « l'esclavage est injuste » est, pour Dworkin, une vérité morale incontestable. À son propos, il écrit dans *Law's Empire* : « je ne veux pas dire qu'il existerait des vérités "transcendantes", semblables aux idées platoniciennes [...]. Tout ce que je peux dire, c'est qu'une interprétation sociale comme l'esclavage peut être déclarée injuste non en vertu de l'opinion des gens, ni en vertu d'un décret qui la déclarerait injuste, *mais simplement parce que l'esclavage est intrinsèquement injuste* »⁸⁴. Cette vision des jugements intrinsèquement – et objectivement – bons ou mauvais fut la cible principale des critiques de S. Fish⁸⁵. Face à l'objection selon laquelle un jugement moral ne saurait être objectif, Dworkin apporte une réponse étonnante de fragilité : « je n'ai aucun intérêt à bâtir une défense générale de l'objectivité des opinions dans le domaine juridique ou moral. En fait, je pense que toute la question de l'objectivité [...] est une sorte de rideau de fumée. Nous devrions plutôt justifier le mieux possible à nos propres yeux les convictions que nous pouvons avoir, et être prêts à abandonner celles qui ne résistent pas à notre enquête réflexive ». Et l'auteur de reprendre l'exemple de l'énoncé sur l'esclavage : « Je pense vraiment que l'esclavage est un système injuste, et que ce n'est pas seulement ma façon de voir, je pense que tous devraient partager mon point de vue, que tout le monde a des raisons de s'opposer à l'esclavage »⁸⁶. Dworkin conclut en soulignant que la question de l'objectivité des jugements moraux est elle-même une question morale : « ma position dénie à quiconque le droit de critiquer la moralité sans se placer lui-même dans un point de vue moral »⁸⁷.

Comme toute thèse unioniste, les rapports entre droit et morale envisagés par Dworkin lui permettent de rendre inopérantes certaines normes jugées injustes. C'est dans cette optique qu'il développe sa vision de la désobéissance civile. Face à une décision politique jugée mauvaise ou immorale par le citoyen,

81 *Ibid.*, p. 39 (souligné par nous).

82 Sur cette idée de vérification par l'observation, Dworkin rejoint J. Rawls. Voir Rawls, J., *Théorie de la justice* (1971), Paris, Seuil, 1987. Pour une critique de cette vision, voir Sayre-McCord, G., « La théorie morale et l'absence de pouvoir explicatif », in Ogien (R.), (dir.), *Le Réalisme moral*, *op. cit.*, p. 211.

83 Virvidakis, S., « Stratégies de modération du réalisme moral », in Ogien (R.), (dir.), *Le réalisme moral*, *op. cit.*, p. 437-438, note n° 3.

84 Dworkin, R., *Une question de principe*, *op. cit.*, chapitre 5, « Les affaires délicates sont-elles vraiment indécidables ? », p. 176 (souligné par nous).

85 Voir Fish, S., « Working on the Chain gang », *Texas Law Review*, n°60, 1982, p. 551-567 ; *Id.*, « Wrong again », *Texas Law Review*, n° 62, 1983, p. 299-316 et la réponse de Dworkin, « My reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels) : please don't talk about objectivity any more », in W. J. T. Mitchell (ed.), *The politics of interpretation*, Chicago/ Londres, University of Chicago Press, 1983, reproduit in *Une question de principe*, *op. cit.*, chapitre 7, « Interprétation et objectivité », p. 210-222.

86 Dworkin, R., *Une question de principe*, *op. cit.*, p. 217.

87 D'où l'impossibilité du scepticisme, *Ibid.*, p. 220.

celui-ci peut être autorisé à désobéir. La désobéissance selon Dworkin peut s'appuyer sur plusieurs fondements : la « conscience morale » (exemple des soldats refusant de participer à une guerre qu'ils trouvent injuste), le « sentiment d'injustice » (exemple d'un citoyen noir enfreignant une loi raciale) ou un fondement « pragmatique » (exemple de la protestation contre les missiles nucléaires : un citoyen enfreint la loi, non pas parce qu'il la juge immorale ou injuste, mais parce qu'il estime ses conséquences stupides ou dangereuses)⁸⁸.

Inversement, des principes pourront être jugés supérieurs aux normes posées en ce qu'ils seraient plus justes : l'exemple de la défense par Dworkin des politiques de discriminations positives est à cet égard particulièrement éclairant. Dans le célèbre arrêt *Bakke* relatif aux quotas en faveur des minorités à l'entrée des facultés de médecine⁸⁹, la Cour suprême a estimé qu'une politique d'*Affirmative Action* était constitutionnelle tant que les quotas ne sont pas rigides et que l'organisme peut justifier d'un intérêt public impérieux. L'avocat de l'étudiant blanc victime de cette politique de quotas avançait comme argument de défense qu'une telle politique, bien que louable, contrevient aux droits constitutionnels de son client. Comme si Dworkin se réjouissait que les principes soient non seulement invocables par le juge, mais aussi par d'autres praticiens du droit, il relève qu'aucune disposition de la Constitution ne permettait de condamner de tels quotas. Si les arguments de l'avocat sont convaincants, ce n'est pas parce qu'ils s'appuient sur une norme posée, mais sur un principe d'une grande importance morale : « personne ne devrait souffrir un dommage quelconque à cause du mépris ou des préjugés des autres »⁹⁰. À ce niveau de la démonstration, Dworkin est tout à fait cohérent avec sa définition des principes donnée dès *Taking rights seriously*. La suite est plus problématique, et rend compte du caractère circonstancié de sa théorie. Le principe invoqué par Bakke n'a en réalité, précise l'auteur, aucun rapport avec l'affaire : étant donné que ce sont les Noirs qui ont souffert de dommages causés par les Blancs, dire que la couleur de Bakke fasse l'objet de mépris est absurde. Une certaine interprétation du XIV^e Amendement et du *Civil Rights Acts* de 1964 permettent une condamnation des politiques des quotas. Mais Dworkin les écarte au profit du principe supérieur de la nécessité de tels programmes. Ce faisant, il adopte une position proche de l'utilitarisme qu'il a pourtant tant condamné : « ce n'est pas la faute de Bakke si la rectification des injustices raciales est aujourd'hui un des besoins les plus pressants ; mais il n'a pas le droit d'empêcher la mise en œuvre des mesures les plus efficaces pour parvenir à une situation plus juste »⁹¹. Outre le fait que cette affirmation relève des *politiques* et non des *principes*, tels que définis par Dworkin lui-même, elle est en contradiction avec ce qu'il écrit plus haut, dans le même ouvrage, à propos de la question de l'interdiction de l'avortement : « j'estime que la Cour doit faire dépendre ses jugements de principes plutôt que de stratégies politiques : elle doit définir quels sont les droits des personnes dans

88 Dworkin, R., *Une question de principe, op. cit.*, chapitre 4, « Désobéissance civile et protestation contre le nucléaire », p. 136-137.

89 *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 US 265 (1978).

90 Dworkin, R., *Une question de principe, op. cit.*, chapitre 14, « Le procès Bakke : le système des quotas est-il injuste ? », p. 374.

91 *Ibid.*, p. 374.

notre système constitutionnel, plutôt que définir quelles sont les voies qui défendent le mieux l'intérêt général »⁹².

Les principes dworkiniens ont ainsi le regrettable défaut d'être à *géométrie variable*, déduits dans chaque cas des convictions personnelles de l'auteur. La démarche argumentative du juge herculéen est ainsi *régressive* : souhaitant aboutir à tel résultat (la validation des programmes d'*Affirmative Action*, la liberté d'avortement, de pornographie, les droits des homosexuels...), le juge recherche, *a posteriori*, le principe qui lui fournirait la justification de son jugement. Dans ce contexte, le juge herculéen apparaît bien comme un imposteur : sous couvert de « découvrir » des principes, il crée en réalité la norme qui lui permet d'aboutir au résultat recherché.

2. Un paravent au pouvoir créateur du juge

Selon la théorie de Dworkin, le juge ne fait que découvrir des principes pré-existants qui le lient dans son activité interprétative ; il n'est pas autorisé à créer de nouvelles normes, y compris face à un problème de lacune ou d'antinomie du droit. Hercule ne fait pas le droit, il le découvre. Cette affirmation, rejetant la thèse du pouvoir discrétionnaire, découle de l'argument de la démocratie : le pouvoir de création n'appartenant qu'aux représentants élus au sein d'une démocratie (et c'est le cas des États-Unis), le juge ne saurait le détenir. Cette négation du pouvoir créateur du droit par l'argument démocratique ne résiste pas à la critique. Comme le souligne M. Troper, « la question n'est pas de savoir s'il est conforme ou contraire au principe démocratique que les juges puissent créer du droit, mais seulement s'ils ont en fait le pouvoir d'en créer »⁹³. Toujours est-il que Dworkin tient à se démarquer des théories réalistes de l'interprétation, et notamment de sa version extrême, le scepticisme, selon lequel « la loi ne dépend que du petit-déjeuner pris par le juge »⁹⁴. Le rôle de son juge n'étant pas non plus réduit à une application machinale de la loi, sa théorie apparaît ainsi comme une sorte de troisième voie idéale : « le droit-intégrité renvoie à son inutilité la question sans âge de savoir si les juges découvrent ou s'ils inventent le droit »⁹⁵. À propos de l'interprétation de la Constitution américaine faite par Hercule, Dworkin la positionne une fois de plus idéalement : le champion du droit-intégrité ne peut être taxé de passivité ou d'activisme : « il n'est pas passiviste parce qu'il rejette l'idée stricte que les juges doivent s'en remettre aux dirigeants élus [...]. Il n'est pas non plus activiste. Il refusera de substituer son jugement à celui de la législature lorsqu'il pensera que la question en jeu est essentiellement une

92 *Ibid.*, chapitre 2, « La tribune des citoyens », p. 94.

93 Troper, M., « Les juges pris au sérieux... », *op. cit.*, p. 65.

94 Dworkin, R., *L'Empire du droit*, *op. cit.*, p. 39.

95 *Ibid.*, p. 247. Voir, dans le même sens, l'introduction de *Une question de principe*, *op. cit.*, p. 3 : « je conteste l'opinion, fort répandue mais peu fondée, selon laquelle les convictions politiques ne devraient jouer aucun rôle dans la prise de décision, et selon laquelle droit et politique appartiendraient à deux univers distincts et autonomes. Mais je récusé aussi l'idée opposée : je refuse d'affirmer que justice et politique ne sont qu'une seule et même chose, et que les juges, qui statuent sur des points constitutionnels délicats ne font qu'exprimer leurs opinions politiques au travers de leur vote, comme s'ils étaient des législateurs ou des délégués dans une nouvelle assemblée constitutionnelle ».

question de politique plutôt que de principe »⁹⁶. Décidément, ce demi-Dieu tient plus de Zeus que d'Alcmène...

Tout en affirmant que le juge ne crée pas le droit, Dworkin concède qu'entrent nécessairement en jeu ses convictions personnelles : celles-ci, notamment politiques, sont acceptables tant qu'elles s'intègrent dans une interprétation globale cohérente de la culture juridico-politique de sa société⁹⁷. Le juge doit cependant tendre le plus possible vers la neutralité, aussi un juge aux idées très ancrées ne peut-il être au service du droit-intégrité. C'est pour cette raison que le juge Bork fut l'une des cibles des critiques de Dworkin. Conformément à l'article II, Section II, paragraphe 2 de la Constitution américaine, le Sénat doit confirmer la nomination d'un juge à la Cour suprême par le Président des États-Unis. Une véritable bataille s'engage alors entre partisans et adversaires de la nomination, une « chasse aux antécédents » pouvant être entreprise pour rejeter la proposition de la Maison Blanche⁹⁸. L'exemple le plus frappant du contexte très conflictuel de la désignation présidentielle demeure sans aucun doute celui de la candidature de Robert Bork en 1987. Trois semaines d'audiences publiques et télévisées ont précédé le rejet de la nomination de l'ancien juge à la Cour d'appel du district de Columbia⁹⁹. Le juge champion du droit-intégrité découvrant sans faire œuvre créatrice devant nécessairement être caractérisé par une certaine neutralité

96 *Ibid.*, p. 431-432. Par exemple, poursuit Dworkin, Hercule ne se serait jamais joint à la majorité dans l'affaire *Lochner*. Cette décision de la Cour suprême de 1905 est célèbre pour avoir ajouté à la clause de *due process* du XIV^e Amendement une portée matérielle (*substantive due process of law*), et non plus seulement procédurale (*procedural due process of law*). Rendue à une majorité de cinq contre quatre, elle est souvent citée comme l'un des emblèmes de la tendance activiste de la Cour. Voir Zoller, E., *Grands Arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, PUF « Droit fondamental », 2000, p. 321-344.

97 Voir Leader, S., « Le juge, la politique et la neutralité. A propos des travaux de Ronald Dworkin », *Droit et société*, n° 2, 1986, p. 29-51.

98 Voir Ginsburg, R., « Confirming Supreme Court Justices ; thoughts on the second opinion rendered by the Senate », *University of Illinois Law Review*, 1988, p. 101-117. Entre 1789 et 1996, la chambre Haute du Congrès a rejeté vingt-huit fois les nominations présidentielles. C'est dire que « les avis et consentements » imposés par la Constitution ne le sont pas par simple courtoisie... L'intervention du Sénat dans le processus de désignation d'un juge à la Cour suprême a parfois été entourée de fortes polémiques. Ainsi, la nomination par le Président Wilson en 1916 du juge Brandeis ne fut confirmée qu'à une très faible majorité, les sénateurs lui reprochant des positions trop « progressistes ». Une campagne de grande ampleur menée par certains syndicats et des groupes Noirs conduisit au rejet de la nomination de J. Parker souhaitée par le Président Hoover en 1930. De même, ce sont des considérations politiques mais aussi éthiques qui ont motivé le rejet par le Sénat en 1969 de la proposition de Nixon de nommer C. Haynesworth.

99 Des témoins aussi prestigieux que Ford, l'ancien Président des États-Unis et de nombreux professeurs de droit ont été entendus par la commission sénatoriale des affaires judiciaires. Tout a été – publiquement – passé en revue : les compétences professionnelles de R. Bork, remises en cause par certains membres de la toute puissante *American Bar Association*, les dérapages de sa vie privée, parmi lesquels un accident de voiture à l'issue d'un réveillon de Noël. Le célèbre présentateur télévisé David Letterman plaisanta même sur le caractère modeste de la barbe de R. Bork, se demandant si « l'Amérique voulait d'un juge de la Cour suprême qui ne parvenait même pas à décider s'il voulait ou ne voulait pas en porter » (*sic*). Au-delà de ces anecdotes révélatrices de l'attention que porte le peuple américain à la désignation des juges de la prestigieuse juridiction, ce sont surtout les positions publiques de R. Bork sur la jurisprudence de la Cour suprême qui furent critiquées, entraînant l'échec de sa nomination. C'est finalement l'ancien juge de la cour d'appel de Californie, Anthony Kennedy, aux positions conservatrices mais bien plus « réservées » que celles de R. Bork, qui fut nommé à la Cour suprême.

d'opinion, c'est très logiquement que Dworkin lança à de nombreuses reprises, dans *The New York Review of Books*, de violentes attaques contre la conception du droit du candidat¹⁰⁰. R. Bork s'était en effet souvent publiquement élevé contre la jurisprudence de la Cour suprême : « c'est tout un pan de l'édifice constitutionnel mis en œuvre par la Cour suprême que la candidature de Bork pouvait donc remettre en cause »¹⁰¹.

Cette intervention de Dworkin dans un débat très politique est plutôt à son avantage, tant son implication paraît cohérente avec sa conception de la neutralité du juge. Or elle reflète aussi sa conception de la neutralité qui, en réalité, n'est précisément jamais neutre. Dworkin est un libéral, et cet engagement est manifeste dans tout l'ensemble de son œuvre¹⁰² ; si la nomination de Bork était pour lui inacceptable, c'est avant tout en raison des positions très conservatrices – et déclarées ouvertement comme telles – du candidat présidentiel. C'est ainsi que les principes – ses principes moraux –, sous couvert d'une action neutre de « découverte », masquent en réalité le pouvoir de création du juge Hercule. L'auteur réfute toute vision métaphysique de principes inscrits dans l'univers : « m'accuser de défendre la thèse du "déjà là" », répond-il à l'un de ses détracteurs, « c'est commettre un contresens total »¹⁰³, et l'auteur de rappeler la dimension interprétative du droit. Les principes ne sont pas sans fondement et se trouvent notamment dans un ensemble de décisions antérieures. Mais c'est le juge qui doit interpréter ce matériau en lui donnant la meilleure justification possible. À l'objection selon laquelle il confondrait interprétation et invention, le texte interprété n'exerçant qu'une contrainte illusoire sur le résultat final, Dworkin oppose « l'existence de nos propres pratiques d'interprétation »¹⁰⁴. Ce n'est pas le texte mais les différentes convictions qui tiennent lieu de contraintes argumentatives : « les convictions [peuvent] se contraindre mutuellement, de façon à éviter toute circularité et donner lieu à des affirmations positives ».

Les principes, inexistant d'un point de vue normatif, servant en réalité de paravent au pouvoir créateur du juge, sont ainsi au centre d'une théorie que l'on peut qualifier d'idéaliste.

B. – Une théorie du « comme si »

La théorie de Dworkin est résolument une théorie optimiste. Non sans rappeler le monde platonicien, l'univers de Dworkin est ainsi fait de bons principes, découverts par de bons juges, au sein d'un bon système : « la théorie de

100 Dworkin, R., « The Reagan's Justice », *The New York Review of Books*, 8 nov. 1984 ; « The Bork nomination », *The New York Review of Books*, 13 août 1987 ; « The Bork nomination : an exchange », *The New York Review of Books*, 8 oct. 1987 ; « From Bork to Kennedy », *The New York Review of Books*, 17 déc. 1987, p. 36-41.

101 Gourdon, H., « La candidature du juge R. Bork ; Dworkin v. Bork », in Cabanis (D.), (dir.), *Constitutionnalisme américain et opinion, incidences internes et externes*, Presses de l'Institut d'études politiques de Toulouse, 1989, p. 130.

102 « Au fil des différents chapitres se trouve définie et défendue une théorie libérale du droit », écrit-il par exemple en introduction de *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.*, p. 39.

103 Dworkin, R., « My reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels) : please don't talk about objectivity any more », précité, p. 211.

104 Dworkin, R., *Une question de principes*, *op. cit.*, chapitre 7, p. 215.

Dworkin se fonde sur une hypothèse ouvertement métaphysique qui n'est pas susceptible de vérification ou de falsification »¹⁰⁵. Sa théorie est fondée sur une multitude d'hypothèses, la plupart du temps très imagées : le juge doit agir *comme si* il était doué d'attributs surhumains (1) ; l'interprète doit se référer au droit en tant qu'entité cohérente, *comme si* celle-ci était le résultat d'une intention unique (2).

1. Un juge supposé herculéen

La vision d'Hercule que nous présente Dworkin est plus proche des récits d'Ovide que de ceux d'Euripide, le premier omettant l'épisode de l'égorgement, par le plus grand héros de l'Antiquité lui-même, de son épouse et ses enfants... Le fondement de la survalorisation de la fonction de juger n'est qu'hypothétique : Dworkin développe une théorie de l'interprétation dont un juge comparable à un demi-Dieu serait l'acteur. Dans *Law's Empire*, il répond à « quelques objections bien connues », parmi lesquelles celle accusant Hercule de n'être qu'un mythe. Dworkin commence par reformuler la critique de ses adversaires : « Hercule est un mythe. Aucun juge bien réel n'a de tels pouvoirs, et il est absurde de le présenter aux autres comme modèle à suivre. Les juges réels statuent sur des cas difficiles beaucoup plus instinctivement. Ils ne vont pas élaborer diverses interprétations opposées, pour les mettre à l'épreuve d'une matrice complexe de principes politiques et moraux qui s'entrecroisent. [...] S'ils décidaient d'imiter Hercule, d'essayer, dans chaque cas, de préserver une théorie générale du droit dans son ensemble, ils seraient paralysés, tandis que le rôle des causes serait surchargé »¹⁰⁶. Dworkin répond que le juge humain n'est pas fondamentalement éloigné du juge herculéen. Il admet bien qu'Hercule a plus de pouvoir qu'un juge réel, mais il est surtout plus méthodique. Hercule est plus fort parce qu'il a plus de temps et qu'il travaille plus vite : « c'est en ce sens qu'il peut avoir des visées plus hautes que [les juges réels] : il peut viser à une théorie synthétique, tandis que la leur doit demeurer partielle »¹⁰⁷. Cette réponse est étonnante de naïveté – voire de mauvaise foi ? – : les différences entre les deux juges ne sont donc que superficielles, puisqu'elles relèvent d'éléments matériellement corrigibles.

Hercule et son homologue humain que nous appellerons John, en référence à la banalité qu'implique l'un des prénoms les plus courants aux États-Unis, ne sont donc pas fondamentalement distincts. Hercule, c'est John en un peu plus travailleur. Leurs jugements de morale politique « sont faits de la même matière, et ont la même nature »¹⁰⁸. John pourrait parvenir à la bonne réponse s'il disposait d'un peu plus de temps. Mais là aussi, l'argument de Dworkin pêche par un excès d'idéalisme. Ce « un peu plus de temps » qui suffirait à John pour parvenir à la bonne réponse relève encore du domaine de l'impossible : « [Hercule] fait ce que [les juges réels] feraient s'ils avaient une carrière entière à consacrer à une seule décision ; ce qu'il leur faut n'est pas une conception du droit différente de la sienne, mais des talents d'intendance et d'efficacité qu'il n'a jamais eus à cultiver »¹⁰⁹. Or Hercule et John ne sont pas

105 Guastini, R., « Théorie et ontologie du droit chez Dworkin », *op. cit.*, p. 23.

106 Dworkin, R., *L'Empire du droit*, chapitre 7, « L'intégrité en droit », *op. cit.*, p. 288.

107 *Ibid.*

108 *Ibid.*

109 *Ibid.*, p. 289.

seulement des juges aux méthodes différentes, mais sont substantiellement différents : Hercule n'est pas humain et John ne sera jamais herculéen.

Et quand bien même John, affublé de toutes les qualités de son héroïque homologue, disposerait en plus d'un long délai et de moyens matériels efficaces pour résoudre un cas difficile, y parviendrait-il ? Le juge constitutionnel, incapable de se prononcer sur le statut de l'embryon, parviendrait-il à trouver la bonne réponse s'il avait devant lui vingt longues années ? La réponse doit être négative, tant qu'il ne dispose pas d'un support lui permettant de se prononcer. Dworkin pourrait alors répondre qu'Hercule peut compenser cette absence de norme de référence par le recours aux principes. C'est ce qu'a fait le juge constitutionnel allemand dans les décisions du 25 février 1975¹¹⁰ et du 28 mai 1993¹¹¹ relatives à la dépenalisation de l'avortement. Le Tribunal de Karlsruhe a décidé que le droit à la vie, inséré dans la Loi fondamentale en réaction au programme de l'euthanasie par les nazis, s'appliquait également à l'enfant à naître. Nul doute que cette solution ne convient pas au Dworkin libéral défenseur de la liberté d'avortement. Mais le juge constitutionnel a œuvré exactement comme son Hercule. Face à un cas particulièrement difficile, deux interprétations s'offraient à lui : reconnaître le droit à la vie de l'embryon et donc censurer la loi dépenalisant l'avortement, ou lui dénier un tel droit en faisant primer les droits de la mère désireuse d'avorter. Faute de règle suffisamment précise, le juge s'est référé à un principe cohérent avec ce qu'il estime être la meilleure interprétation du système juridique allemand : il a interprété le droit à la vie et la dignité humaine à la lumière des douloureuses expériences du passé. Les opinions dissidentes des juges Rupp-Von Brünneck et Simon sous la décision de 1975 condamnent une attitude qui n'est pas sans rappeler celle d'Hercule décrite par Dworkin. En effet, pour ce dernier, le juge doit avoir recours à des principes en cas d'absence de règle ou d'imprécision de celle-ci, mais aussi s'il estime que le principe est plus valable qu'une règle écrite pour la résolution d'un cas. Le risque de cette théorie est parfaitement illustré par l'exemple de ces deux décisions allemandes. Selon les termes des juges minoritaires, « le danger existe que l'examen ne se limite pas à l'examen de la décision du législateur, mais revienne à remplacer celle-ci par une autre que le Tribunal *estimerait meilleure*. Ce danger existe encore plus quand, comme c'est le cas ici, la décision prise par la majorité parlementaire, après de longs débats dans une question très controversée, est attaquée devant le Tribunal par la minorité battue. Indépendamment du droit légitime des plaignants de faire clarifier par ce moyen des doutes d'ordre constitutionnel, le Tribunal se trouve soudain dans la situation d'être traité en *instance politique d'arbitrage* pour décider entre des projets législatifs concurrents »¹¹².

Même en disposant de toute une carrière pour résoudre un cas difficile, John n'est donc pas assuré de parvenir à la bonne réponse, et l'exemple cité nous permet d'aboutir à la même conclusion pour Hercule. Ce dernier, de toute façon, n'est qu'un mythe. C'est cette existence fictive d'un modèle de juge idéal qui conduit J. Habermas à qualifier l'approche de Dworkin de « monologique »¹¹³. La clairvoyance morale exceptionnelle d'Hercule n'est

110 *BVerfGE*, Bd N° 39, p. 71.

111 *BVerfGE*, Bd N° 88, p. 203.

112 *BVerfGE*, Bd, 39, p. 73 suivantes (souligné par nous).

113 Habermas, J., *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, p. 34.

pas compatible avec la réalité de la faillibilité du jugement humain. Le juge dworkinien, responsable à lui seul de la légitimité du droit dans son ensemble, toujours supposé de bonne foi, se voit confier une mission idéale et sur-humaine. Seul le fils de Zeus est capable d'accomplir une telle tâche ; Hercule ne peut donc que relever du monde des idées. Il n'est qu'un concept, et l'absence de toute approche pragmatique est problématique : « Les requêtes idéales ne pèsent alors plus sur la conscience d'un seul homme, mais sur les procédures immanentes à la construction de la théorie à laquelle fait référence la décision du juge. [...] Il faudrait expliciter le lien entre le plan des principes et la réalisation pragmatique d'un droit valide et légitime »¹¹⁴.

Non seulement Hercule n'est qu'un modèle, mais il est un modèle non transposable : « ce qui fait défaut, c'est le dialogue. Hercule [...] est un solitaire. Il est beaucoup trop héroïque. Ses constructions narratives sont des monologues. Il ne converse avec personne, hormis par le truchement des livres. Il ne fait aucune rencontre. Il ne va au devant d'aucune altérité. Rien ne l'ébranle. [...] Personne, homme ou femme, ne pourrait être comme cela »¹¹⁵. John ne saurait être ainsi, et c'est tant mieux... Tout au plus peut-il essayer de *tendre* vers ce modèle. C'est d'ailleurs ce que dit Dworkin en soulignant que le plus important n'est pas que les juges parviennent à la bonne réponse, mais qu'ils soient persuadés de l'avoir trouvée. Mais que le modèle soit transposable ou pas, l'image d'Hercule est bien au cœur d'une théorie idéaliste. Elle suppose que le juge soit herculéen, comme elle suppose que les principes moraux qui l'animent sont universellement partagés au sein d'un système juridique idéalement cohérent.

2. Une morale supposée consensuelle dans un ordre juridique supposé cohérent

Pour Dworkin, Hercule ne nous impose pas sa morale : il formule une interprétation en pensant qu'elle est la meilleure. Dans le passage de *Law's Empire* relatif à « quelques objections bien connues », l'auteur répond à la critique selon laquelle « Hercule jouerait à la politique »¹¹⁶. Selon lui, dire qu'Hercule substitue ses propres convictions en matière de morale politique à une interprétation politiquement neutre de la loi « est un catalogue de confusions ». Le juge ne choisit pas une interprétation parce qu'elle correspondrait à sa vision de la morale, mais parce qu'il la juge meilleure. Or il ne peut estimer qu'une solution est « meilleure » qu'une autre autrement que par ses propres référents. Pourtant, Dworkin distingue bien l'interprétation basée sur des convictions personnelles de celle jugée « meilleure », seule cette seconde étant le fait d'un juge herculéen : « l'esprit d'intégrité [...] serait violé si Hercule devait prendre sa décision autrement qu'en choisissant l'interprétation qui lui paraît la meilleure du point de vue de la morale politique dans son ensemble »¹¹⁷. La morale politique selon Dworkin n'est pas, comme elle peut l'être chez J. Habermas par exemple, une question subjective et individuelle. La

114 Allard, J., *Dworkin et Kant, réflexions sur le jugement*, op. cit., p. 164.

115 Michelman, F.I., « The Supreme Court 1985 term. Foreword: traces of self-government », *Harvard Law Review*, n° 100, 1986, p. 76, cité par Allard (J.), *Dworkin et Kant, réflexions sur le jugement*, op. cit., p. 164.

116 Dworkin, R., *L'Empire du droit*, op. cit., p. 282-284.

117 *Ibid.*, p. 286.

solution implique « un engagement moral de la part du juge, mais fondé sur la reconnaissance de ce que cette position morale fait partie intégrante du droit et est objective puisque contenue dans les principes juridiques fondamentaux des démocraties modernes »¹¹⁸. Hercule ne juge pas en son for intérieur ce qui est mal et ce qui est bien : il s'en remet à ce qui s'inscrit le mieux dans l'ordre juridique en vigueur. Cette position renvoie nécessairement à l'idée d'une morale qui serait majoritairement partagée : « Dworkin court le risque de promouvoir le mythe qu'il y aurait une moralité commune et la tautologie que le droit est la moralité institutionnelle des tribunaux »¹¹⁹.

Cette théorie suppose donc un *consensus* : la morale intervenant dans la décision judiciaire provient des principes déjà acceptés par la grande masse de la communauté¹²⁰. C'est celle de la *communauté personnifiée*. Dans chaque système juridique national se trouve un ensemble de valeurs morales constituant le fondement et la justification du droit en vigueur. Dworkin néglige ainsi l'argument du « pluralisme raisonnable » développé par celui qui est traditionnellement présenté comme son maître, J. Rawls. La vision dworkinienne de la communauté personnifiée entre en contradiction avec cette idée de « différences profondes et irréconciliables entre les conceptions raisonnables et englobantes du monde, qu'elles soient philosophiques ou religieuses, auxquelles les citoyens sont attachés, et dans leurs visions des valeurs morales et esthétiques qui doivent être réalisées dans une vie humaine »¹²¹. C'est notamment en raison de ce pluralisme raisonnable que les citoyens ne peuvent pas s'accorder sur une autorité morale ; « ils ne peuvent pas non plus s'accorder sur un ordre moral de valeurs, ou sur les commandements de ce que certains conçoivent comme le droit naturel »¹²². La vision idéaliste d'une morale universellement partagée ne résiste pas à l'argument du pluralisme, caractéristique de nos sociétés démocratiques modernes¹²³. Pour R. Guastini, la grande faiblesse de cette thèse est qu'elle présuppose également un dogme de la cohérence du droit¹²⁴. Or nos systèmes ne sont pas cohérents mais incorporent de nombreux principes antinomiques, et connaissent ruptures et discontinuités.

Après l'hydre de Lerne, le lion de Némée, les oiseaux de Stymphale ou le sanglier d'Erymanthe, pour ne citer qu'eux, nul doute que le treizième des travaux d'Hercule n'est pas des moindres. Interpréter le droit en vigueur sous son meilleur jour à l'aide de principes préexistants non écrits, voilà bien une tâche mettant de nouveau à rude épreuve le héros grec. L'œuvre de Dworkin est indiscutablement l'une des plus séduisantes. Il est plus facile de rallier la conviction de jeunes chercheurs en exposant la formule selon laquelle « les hommes ont des droits contre l'État » plutôt que « le droit nazi était un

118 Niort, J.-F. et Vannier, G., « Sur la théorie du droit de Dworkin : de l'interprétation des principes à leur application aux cas difficiles », *Droits*, n° 19, 1994, p. 166.

119 Carty, A., « L'impact de Dworkin sur la philosophie du droit anglo-américaine », *op. cit.*, p. 10.

120 Raz, J., « Legal principles and the limits of law », *Yale Law J.*, n° 81, 1972, p. 842 et s.

121 Rawls, J., *La Justice comme équité, une reformulation de la Théorie de la justice*, Edition La Découverte, textes à l'appui, collection Politique et sociétés, Paris, 2003, p. 20.

122 *Ibid.*, p. 34.

123 Dans le même sens, voir Rosenfeld, M., « Dworkin and the one law principle : a pluralist critique », *op. cit.*, p. 388-392.

124 Guastini, R., « Théorie et ontologie du droit chez Dworkin », *op. cit.*, p. 23.

véritable droit »... Elle est séduisante comme le sont toutes les histoires dont on aimerait croire qu'elles sont vraies. En ajoutant un style imagé, s'appuyant sur des exemples relatifs à des thèmes de société objets de controverses (l'avortement, l'homosexualité, l'*affirmative action*, la pornographie, le droit des journalistes à ne pas révéler leurs sources, Guantanamo...) et une certaine accessibilité, tant au niveau de l'écriture que du support (Dworkin publie régulièrement dans une revue littéraire, *The New York Review of Books*), on obtient une œuvre qui, tout en étant fortement rejetée, attire remarquablement l'attention. Sans oublier de porter un regard critique sur cette idéologie qui parfois s'apparente plus à un programme politique libéral qu'à une œuvre de philosophie du droit, ne nous privons pas du plaisir de le lire encore et toujours...

w.mastor@free.fr