REVUE
INTERNATIONALE DE
PHILOSOPHIE

3-2005 / volume 59 / n° 233

DWORKIN avec ses réponses / with his replies

Édité sous la responsabilité de Julie Allard et Benoît Frydman

BENOÎT FRYDMAN *(Université Libre de Bruxelles)*
Pourquoi Dworkin intéresse les philosophes ?

JULIE ALLARD *(Université Libre de Bruxelles)*
Dworkin : une philosophie critique du jugement

STEPHEN GUEST *(University College London)*
Integrity, equality and justice

MICHEL ROSENFELD *(Benjamin Cardozo School of Law, New York)*
Dworkin and the One Law Principle : A Pluralist Critique

GÉRARD TIMSIT *(Université de Paris I Panthéon-Sorbonne)*
Le roman à la chaîne. Les limites d'une métaphore

JEAN-FABIEN SPITZ *(Université de Paris I Panthéon-Sorbonne)*
Ronald Dworkin et le faux dilemme de l'égalité et de la liberté

RONALD DWORKIN
Réponses aux articles

Compte rendu

G. GROSS ALAN & Ray DEARIN, *Chaïm Perelman* (Emmanuelle DANBLON)

Prochains fascicules / Forthcoming

Gödel – Rawis – Levinas – L'ontologie – Philosophie de la musique

ISBN 90-71868-91-5

DWORKIN Revue internationale de Philosophie 2005/3 - n° 233

DIRECTEUR : MICHEL MEYER

Dworkin

avec ses réponses / with his repli

n° 3-2005 / revue trimestrielle / juillet 2(

DIFFUSION : PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRA

découvrir et à ceux qui l'ont déjà rencontrée le goût d'en approfondir les enjeux.

Les contributions réunies dans cette livraison permettront d'examiner dans le détail et de manière originale certains éléments clés ou controversés de la pensée de Ronald Dworkin :

- Julie Allard met en évidence la dimension critique qui sous-tend la philosophie dworkinienne du jugement.
- Stephen Guest discute sa conception du « droit-intégrité » (*law as integrity*).
- Michel Rosenfeld revient sur sa théorie de la « bonne réponse » (*right answer theory*) qui a suscité maintes controverses et nombre de malentendus.
- Gérard Timsit analyse de manière critique l'analogie du « roman à la chaîne » (*chain novel*).
- Jean-Fabien Spitz rend compte, quant à lui, des travaux plus récents de Dworkin sur le principe d'égalité.

Enfin, Ronald Dworkin lui-même répond à l'ensemble des contributions.

Université de Bruxelles

Dworkin : une philosophie critique du jugement

JULIE ALLARD [1]

Ronald Dworkin est considéré comme un auteur résolument contemporain. Il a participé aux débats les plus brûlants d'actualité [2] et son « herméneutique judiciaire » a fait l'objet tant d'admiration fervente que de critiques respectueuses de la part de nombreux théoriciens du droit de notre temps [3]. Pourtant, l'œuvre de Dworkin [4] ne semble pas avoir obtenu des philosophes toute l'attention qu'elle mérite, en particulier dans le monde francophone. Ce peu de goût des philosophes de langue française pour l'œuvre de Dworkin n'est pas justifiée, loin s'en faut, et tend à évoluer. Mais il peut s'expliquer par un certain nombre de facteurs, dont principalement, d'une part, la méfiance de la tradition française à l'égard des formes de pensée juridique [5] et, d'autre part, le style même de l'écriture

1. Julie Allard est Docteur en philosophie, chargée de recherches au FNRS, attachée au Centre de Philosophie du Droit de l'ULB et à l'Institut des Hautes Études sur le Justice (Paris).
2. Outre les positions théoriques prises dans ses ouvrages sur des thèmes comme la discrimination positive, la désobéissance civile ou la liberté d'expression, Dworkin intervient régulièrement, notamment dans la *New York Review of Books*, sur différents thèmes de l'actualité américaine (ainsi, dernièrement par exemple, sur la politique étrangère de George W. Bush, a-t-il analysé les risques de la nouvelle vague de patriotisme qui déferle sur les États-Unis).
3. Voir A. CARTY, « L'impact de Dworkin sur la philosophie du droit anglo-américaine », *in* « Dossier Ronald Dworkin (2) », *Droit et société*, LGDJ, 1986, p. 7-14.
4. La liste des articles et ouvrages publiés par Dworkin depuis les années 70 est impressionnante et ne saurait faire ici l'objet d'un recensement exhaustif (elle est en outre alimentée en permanence). Pour cet article, on se référera surtout aux trois premiers ouvrages de DWORKIN, qui ont été traduits en français : *L'empire du droit*, trad. E. SOUBRENIE, Paris, Presses Universitaires de France, coll. « Recherches politiques », 1994 ; *Prendre les droits au sérieux*, trad. M.J. ROSSIGNOL et F. LIMARE, révisée par F. MICHAUT, Paris, Presses Universitaires de France, 1995 ; *Une question de principes*, trad. A. GUILLAIN, Paris, Presses Universitaires de France, coll. « Recherches politiques », 1996. Ils seront désormais désignés par les abréviations suivantes : *ED*, *PDS*, et *QP*.
5. Les trois pièces maîtresses de Dworkin sur le jugement datent de la fin des années 70 et du début des années 80, mais n'ont été traduites en français que dans les années 90, ce qui a retardé leur réception dans le monde francophone. Ce retard s'explique en partie par le fait que la tradition continentale, et surtout francophone, s'est saisie avec lenteur du droit comme

dworkinienne, marquée par sa double origine juridique et anglo-saxone. Dworkin construit son argumentation à partir de cas juridiques empruntés principalement à la tradition américaine, et il semble parfois difficile de retirer ses raisonnements à cette emprise culturelle pour en saisir toute la portée problématique. Ses démonstrations témoignent alors de quelques naïveté philosophiques, ou tout simplement de confusions (notamment sur la notion de « principes »), qui appellent des précisions conceptuelles.

Essentiellement pourtant, l'œuvre de Dworkin porte les germes d'une thèse ambitieuse sur la question du jugement judiciaire, qui pâtit de ses impensés philosophiques et du peu de cas dont fait preuve Dworkin de la grande tradition critique initiée par Kant (contrairement à des auteurs comme Habermas). Cette carence de la pensée dworkinienne est d'autant plus regrettable que de nombreux liens peuvent être établis entre la philosophie kantienne et la théorie du droit de Dworkin, liens qui, à la fois, offrent à Kant une application concrète remarquable, et élèvent Dworkin au rang des philosophes contemporains de premier plan [6].

C'est un tour d'horizon de ces différents liens entre Dworkin et Kant que je vous propose, en étant plus que consciente qu'il s'agit d'interprétations très libres de ces deux auteurs : elles ne trouvent leur source ni dans la *Doctrine du droit* de Kant, où ce dernier traite notamment du jugement juridique, ni dans les propositions théoriques de Dworkin, qui ne font presque pas mention de Kant. Il s'agit plutôt de rapprocher les *Critiques* kantiennes, et en particulier la troisième *Critique*, des hypothèses de Dworkin sur le droit comme processus d'interprétation. Le point de rencontre essentiel entre ces deux auteurs sera par conséquent le concept de jugement [7].

juridiques. Il expliquait cette incompréhension à l'égard du droit par « l'idéal absolutiste » de la philosophie, qui se caractériserait par la « recherche de l'Être, de la Vérité, du Bien et de la Justice absolus », tandis que le droit viserait essentiellement « à organiser sur terre, avec un minimum de violence, une société d'hommes avec leurs défauts et leurs défaillances » (voir C. PERELMAN, in *Éthique et droit*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 432-433).

6. Les auteurs qui ont analysé cette parenté sont pourtant peu nombreux, du moins dans la littérature francophone. Citons quand même Pierre Bouretz, qui a dessiné les grandes lignes d'une analogie entre le jugement réfléchissant kantien et le droit comme interprétation chez Dworkin, ainsi qu'André Berten et Jacques Lenoble, qui ont thématisé et problématisé l'influence de Kant sur des auteurs contemporains de la philosophie morale, politique et juridique, et notamment sur Dworkin. Ils ont souligné l'aspect implicite de cette référence, qui est d'autant plus curieux que Dworkin assume par ailleurs pleinement sa parenté avec Rawls, dont la référence à Kant est explicite. Voir P. BOURETZ, « Prendre le droit au sérieux, de Rawls à Dworkin », *in La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Éditions Esprit, 1991 ou A. BERTEN et J. LENOBLE, *Dire la norme*, Paris, LDDJ, 1996. Je me permets également de ren-

Son étude permettra de souligner l'intérêt du modèle kantien de jugement réfléchissant pour une théorie contemporaine du jugement judiciaire, ainsi que – c'est l'essentiel pour ce qui nous concerne ici – la portée philosophique de Dworkin, que j'espère ainsi contribuer à mettre en évidence.

Cette densité philosophique se traduit par une articulation étonnante de l'herméneutique, qui fait du jugement un acte interprétatif, et de la philosophie critique, dans sa dimension à la fois rationnelle et réflexive. Pour Dworkin, le travail du juge ne se réduit pas à l'application d'une norme à un fait, d'une règle à un cas, et ce pour deux raisons dont l'une est justifiée par la référence à l'herméneutique et l'autre ne trouve de sens qu'à la lumière de la philosophie kantienne. D'une part, dit Dworkin, toute application de la loi présuppose d'abord une interprétation de la loi. Le jugement par conséquent n'est pas un processus mécanique en bout de course. D'autre part, dit Dworkin, toute interprétation du droit tend à le faire paraître sous son meilleur jour et – moment kantien – cette prétention agit en retour sur le jugement et le contraint à prendre en considération les principes.

Cette articulation laisse donc entrevoir que l'œuvre de Dworkin pourrait être comprise comme une véritable « herméneutique des principes » (II). De plus, les thèses de Dworkin prennent sens dans la controverse qui oppose les théoriciens du droit sur la question des désaccords, désaccords qui viennent miner la validité des jugements judiciaires et que je vous proposerai de lire à la lumière de l'antinomie de la faculté de juger esthétique (III). L'argument central de Dworkin est lui-même formulé comme une « hypothèse esthétique » : dans chaque interprétation, le juge cherche à faire paraître le droit sous son meilleur jour et cet effort s'accompagne d'une prétention qui contraint rationnellement le jugement (IV). Plus profondément encore, une interprétation idéaliste des thèses de Dworkin, au sens transcendantal du terme, pourrait offrir une issue aux apories auxquelles conduit une lecture réaliste et plate de ces thèses, pour considérer au contraire les concepts centraux de son œuvre comme des idées régulatrices (V). Mon point de départ résulte en effet d'une hypothèse qui, à la lecture de l'œuvre dworkinienne et des critiques qu'elle a suscitées, peut sembler contre-intuitive : cette œuvre pècherait plus par défaut que par excès d'idéalisme. On commencera donc par évaluer ce sentiment à l'aune du statut épistémologique des thèses de Dworkin sur le jugement, en montrant qu'essentiellement, celles-ci cherchent à établir les conditions de possibilité de la pratique judiciaire (I).

I. Les conditions de possibilité de la pratique judiciaire

Pour Dworkin, le droit est une pratique *globalement* interprétative. Pour interpréter les faits et la loi qui s'y applique, je juge réinterprète toujours le droit dans son ensemble, en fonction de la théorie du droit dans son ensemble à laquelle il adhère. Il n'est dès lors plus possible de distinguer entre l'attitude interprétative du théoricien qui décrit le droit et le point de vue interprétatif du juge qui doit l'appliquer [8]. Le droit, dit Dworkin est un processus d'interprétation qui n'est pas transparent et que nous ne pouvons pas observer. Dworkin rejette donc la position extérieure de l'observateur, car le droit n'est pas seulement un phénomène social [9]. Dans le texte anglais, Dworkin définira en conséquence le droit comme un « *interpretive concept* ». Le droit est pour Dworkin un « concept interprétatif », ou encore une « attitude interprétative ». De ce fait, le droit est pensé non seulement comme un concept *sur lequel* on réfléchit, mais aussi comme un concept *par lequel* on réfléchit : la réflexion (du théoricien comme du juge) reflète autant qu'elle produit le concept de droit. Le théoricien du droit ne peut donc adopter un point de vue de surplomb, mais doit au contraire se placer du point de vue des acteurs. C'est l'idée même d'intériorité critique qu'on peut voir dans ce concept, car interpréter, pour Dworkin, signifie aussi juger, c'est-à-dire critiquer.

Cette démarche critique de Dworkin est illustrée par une phrase évocatrice tirée de *L'empire du droit* : « L'empire du droit se définit par une attitude, et non par un territoire, un pouvoir ou des principes de procès. [...] C'est une attitude d'interprétation d'autoréflexion » [10]. Quelles sont ses implications ? D'abord, le droit, son domaine, son lieu, son territoire ne sont pas strictement délimités : ils se définissent, à chaque fois différemment, par une *attitude*. Par extension, on peut donc dire que le droit ne

8. S'entremêlent sur le plan pratique ce que le juge pense que le droit est et ce qu'il pense qu'il devrait être – Dworkin et ses adversaires tels que MacCormick peuvent s'entendre sur ce point. Mais, en outre, pour Dworkin, ce que la pratique *est* véritablement, c'est-à-dire ce qu'elle serait pour un observateur extérieur totalement neutre (le théoricien), est une représentation qui résulte elle-même d'un jugement interprétatif, dont l'essence n'est pas radicalement différente du jugement produit par le juge. De ce fait, le jugement chez Dworkin ne s'inscrit plus strictement dans un des deux ordres, théorique ou pratique. Interprétatif, le jugement est à la fois une lecture et une création, une description et une justification. Le juge, mais aussi le théoricien, sont toujours à la fois auteur et interprète.

9. « Tout acteur de cet exercice comprend que ce qu'il permet ou demande dépend de la vérité

se laisse délimiter que par le point de vue, par l'attitude, de ses acteurs. En ce sens, le droit est une pratique dont les juges, par exemple, ont une interprétation, et c'est l'ensemble de ces interprétations qui définit ce qu'est le droit ou ce qu'est son territoire. Mais si les juges ont leur propre idée du droit, l'ensemble de toutes ces conceptions n'épuise jamais la définition du droit. De plus, ces conceptions évoluent, de sorte que le droit lui-même ne constitue pas un territoire aux frontières immuables. Ensuite, second élément important, le point de vue du juge se définit lui-même comme une « attitude d'autoréfléxion ». Le regard que portent les juges sur le droit est une autoréflexion, c'est-à-dire une réflexion critique, tournée sur eux-mêmes (ce que j'appellerai un « jugement de second degré »). Ils peuvent alors juger la société démocratique à laquelle ils appartiennent (interpréter par exemple ses principes), comme ils peuvent également évaluer leurs propres sentiments ainsi que les motifs qu'ils ont de trancher dans un sens ou dans un autre.

En quoi ces deux éléments, la définition du droit par une attitude et l'idée que cette attitude est autoréfléxive, sont-ils kantiens ? D'une part, contre tout dogmatisme, Kant s'oppose farouchement à l'idée d'une méthode qui permettrait de définir à tous les coups un territoire délimité pour la philosophie. Certes la critique a pour fin une telle délimitation, mais celle-ci est une activité de la raison accomplie de l'intérieur. Seul celui qui pratique la critique peut attribuer un territoire légitime à la philosophie. En d'autres termes, le territoire de la philosophie se redéfinit à chaque fois par la pratique de la critique. Dans ce sens, la critique est d'abord une pratique, ou une *attitude* philosophique, et non une nouvelle définition de la philosophie. D'autre part, on peut dire que l'autoréflexion, chez Dworkin, renvoie à deux éléments kantiens, qui apparaissent en fait aux deux bouts du processus critique : initialement, dès la « Préface » de la *Critique de la raison pure*, la critique est définie comme un procès *de* la raison et *par* la raison ; par la suite, dans la *Critique de la faculté de juger*, le jugement philosophique apparaît comme un jugement réfléchissant, par lequel le philosophe peut penser sa propre raison comme étant capable à la fois de connaître selon les lois de la nature (raison théorique) et de déterminer l'action selon les lois de la liberté (raison pratique). Le jugement réfléchissant est le jugement critique par excellence puisqu'il permet à la raison de se penser elle-même, de se réfléchir, sans pour autant se déterminer comme un objet de connaissance. Il permet la critique de la raison par la raison, il permet à la raison de se juger elle-même.

veut renvoyer positivisme et scepticisme dos à dos : le positivisme a tort de vouloir garantir la prise de décision judiciaire par des critères formels, et le scepticisme a tort d'en conclure que toutes les décisions et tous les jugements se valent [11]. En d'autres termes, il existe des choix subjectifs qui sont meilleurs que d'autres et, par conséquent, le droit n'est pas irrémédiablement arbitraire. Fort de cette affirmation, Dworkin mène une réflexion sur ce que l'on pourrait appeler « les conditions de possibilité de la pratique judiciaire ». Plus que définir le jugement, Dworkin pose dans son oeuvre une question d'ordre transcendantal : « Comment un jugement judiciaire valide est-il possible ? ». La théorie du droit de Dworkin ne cherche pas à indiquer au juge de l'extérieur comment juger [12]. Interpréter le droit de l'intérieur revient au contraire à rechercher ses conditions de possibilité et de légitimité du point de vue de celui qui doit juger. Plus précisément, Dworkin recherche ce qui peut d'une façon ou d'une autre contraindre le jugement. Cherchant à renforcer la raison juridique, il doit établir les conditions de possibilité universelles du jugement, même si tous les jugements aboutissent à des conclusions différentes. Il doit notamment montrer que le juge ne peut pas se contenter d'un arbitraire, et qu'il est mû par un idéal régulateur. Cette démarche place le jugement au fondement de la théorie du droit. Pour Dworkin, la question de la rationalité du droit trouve ainsi son centre de gravité dans celle du jugement [13].

11. Opposé à l'alternative, classique depuis Kant, entre une confiance illimitée dans les pouvoirs de la raison (dogmatisme) et un rejet pur et simple de la raison (scepticisme), Dworkin reconnaît qu'il est difficile de garantir l'exercice d'une « raison juridique », sans pour autant adopter une attitude déconstructive et sceptique à l'égard de la raison. Pour trouver une issue à cette alternative, Dworkin affronte simultanément positivistes et réalistes juridiques, qui conduisent tous deux à un scepticisme insatisfaisant. C'est cette troisième voie que permet d'éclairer l'antinomie de la faculté de juger esthétique chez Kant à laquelle nous allons venir.
12. C'est pourquoi elle avoue ouvertement sa vertu phénoménologique : « Cette théorie ne dit rien de nouveau sur ce que font les juges, elle offre une façon différente de décrire ce que nous savons tous qu'ils font ; et les vertus de cette nouvelle description ne sont pas de caractère empirique mais politique et philosophique » (DWORKIN, *PDS*, p.164).
13. L'essence de la pratique juridique se révèle pour Dworkin dans le jugement judiciaire. En cela digne héritier de la tradition jurisprudentielle à laquelle il appartient, il s'intéresse à la mise en œuvre du droit, au détriment d'autres étapes jugées fondatrices par la philosophie politique et juridique du continent : souveraineté et contrat social, représentativité et société civile, par exemple. Le rapprochement de l'œuvre de Dworkin de la troisième *Critique* kan-

II. L'herméneutique des principes

J'ai dit en introduction que l'œuvre Dworkin n'offrait pas toujours les conditions d'une lecture philosophique approfondie, tant ce dernier semblait ignorer les concepts qui pourraient renforcer sa pensée. Cette affirmation, quelque peu caricaturale, ne tient pas compte de la référence ouverte de Dworkin aux philosophes tels que de Dilthey, Gadamer ou, dans une moindre mesure, Habermas. Comme l'a montré Ioannis Papadopoulos, une série d'hypothèses théoriques de Dworkin découle même directement de l'influence de l'herméneutique philosophique [14]. L'analogie entre la manière dont un juge interprète le droit et celle dont on lit un roman se traduit par la présence, dans la théorie du jugement, de notions telles que celles de « sens », d'« auteurs » ou de « critiques ». Dans les deux cas, l'interprète met plus dans son jugement que ce qu'il peut trouver dans le texte ou la pratique qu'il interprète. De plus, l'interprète cherche toujours à mettre en valeur l'œuvre dont il juge (hypothèse abondamment reprise par Dworkin).

Toutefois, ces thèses ne permettent pas de déterminer suffisamment précisément la portée philosophique de l'œuvre de Dworkin. À la suite de Hart et du « tournant interprétatif » [15], le « paradigme » herméneutique traverse toutes les sciences sociales, et en particulier les théories du droit, y compris les théories dites positivistes. Banalisé, ce paradigme, on le sait, trouve sa source philosophique chez Gadamer. Dans *Vérité et méthode*, Gadamer propose en effet d'interpréter les pratiques sociales comme on interprète la littérature et suggère que cette interprétation ne concerne pas seulement la lecture des textes mais également l'action pratique. L'interprétation sert donc également à déterminer notre conduite dans une situation particulière. C'est par son biais que nous percevons la situation, en nous appuyant sur nos idées, nos valeurs, nos croyances, qui dépendent de notre situation historique, sociale ou culturelle. Toute interprétation, par conséquent, repose sur une forme de « précompréhension » de notre identité historique et de nos relations sociales. Nous héritons d'une tradition qui prédétermine la manière dont nous jugeons et dont nous agissons. Toute application d'une norme, même universelle, requiert donc un goût culturellement acquis, une tradition éthique, élément philosophiquement établi

14. I. PAPADOPOULOS, *Pratiques juridiques interprétatives et herméneutique littéraire. Variations autour d'un thème de Ronald Dworkin*, Québec, Les Éditions Yvon Blais, 1998. L'auteur explore le thème de l'herméneutique d'Aristote à Ricoeur en passant par Gadamer et en prenant Dworkin comme axe central de l'analyse.
15. L'expression est de R. RABINOV et W. SULLIVAN, *Interpretive social science : a reader*,

dans le concept aristotélicien d'*ethos* [16]. Chez Gadamer, l'interprète ne peut s'acquitter de sa tâche sans se référer à sa culture d'appartenance, à cette tradition qui engage ses choix interprétatifs. De ce point de vue, les interprétations seront jugées et sanctionnées à l'aune du « tribunal de la tradition historique, à laquelle nous appartenons ensemble » [17].

La conception herméneutique de la pratique judiciaire, dont Dworkin serait l'héritier, fait du jugement un acte interprétatif qui s'appuie sur la tradition acceptée de la communauté à laquelle appartient le juge. Mais une lecture de l'œuvre de Dworkin éclairée par Kant serait tout autre. Sans renier l'importance du concept d'interprétation pour la pratique du droit, il s'agirait de mettre en exergue le caractère réfléchissant du jugement judiciaire. L'enjeu est évidemment de dépasser le « tribunal de la tradition » au profit du « tribunal de la raison » (grâce à la capacité réflexive du juge qui pense sa propre pensée). Dans son interrogation sur l'interprétation judiciaire, Dworkin pose d'ailleurs une question proche de celle posée par Kant dans sa critique du jugement esthétique : comment des jugements subjectifs peuvent-ils être partagés ? Dworkin montre que des valeurs et des croyances peuvent intervenir dans la décision, mais il montre aussi les contraintes qui pèsent sur l'interprétation subjective quand elle prétend à une certaine validité. Du moins la thèse de Dworkin gagne-t-elle à être interprétée dans ce sens : « La concession au caractère déjà-donné des collectivités politiques et donc à leur relativité historique semble trop forte pour que l'on ne soit pas en droit d'attendre un correctif plus universaliste dans la présentation des différentes théories de la collectivité » [18]. L'idée critique par excellence, dont tire profit la thèse de Dworkin sur le droit comme interprétation, est dès lors la suivante : si le juge prend sa décision en s'appuyant sur des valeurs, des idées, des croyances inscrites dans la tradition à laquelle il appartient, il peut aussi être amené à évaluer ses propres valeurs, idées et croyances. C'est à cette condition d'ailleurs que l'interprète

16. Gadamer reproche au contraire à Kant d'avoir « rationalisé » la compréhension du monde humain et le problème de la vérité, et d'avoir ainsi privé la culture et la tradition de toute prétention à la vérité.
17. H.G. GADAMER, *Vérité et méthode*, Paris, Seuil, 1976, p. xxix. Habermas dénonce la conception herméneutique de la pratique judiciaire, car il juge inacceptable de fonder la validité du droit sur le recours du juge à un ethos dominant, *via* des préjugés dont il n'aurait pas à se justifier. Cet abandon de la raison au profit d'une tradition ancrée et dominante justifierait pleinement le scepticisme. Ces questions, ébauchées ici très rapidement, font l'objet du débat qui oppose Gadamer et Habermas depuis les années soixante. Pour un compte-rendu critique de ce débat, voir J.M.A. ORAA, *Raison critique ou raison herméneutique ?*, Paris, Cerf, 1998.
18. P. BOURETZ, « Interprétation, narrativité, argumentation », in S. WESCHE et V. ZANETTI, *Dworkin, un débat*, Bruxelles, Ousia, 1999, p. 144.

prend position, « juge » au sens strict du terme.

Bien que Dworkin fasse de la pratique juridique une forme d'herméneutique, il ne fait donc que très peu référence aux notions de préjugé ou de précompréhension. La place de la tradition dans la pratique judiciaire ne peut d'ailleurs être dissociée d'un élément clef de l'œuvre de Dworkin, à savoir l'existence de « principes ». Dworkin introduit la notion de principes en réponse au problème suivant, classique en philosophie du droit : si les règles sont appliquées par le jugement, elles ne peuvent, comme le pensait déjà Aristote, guider leur propre application. Selon quels critères ou quelles normes celui-ci sera-t-il donc produit ? Comme la plupart de ses contemporains, Dworkin rejette l'idée de métarègles du droit, qui permettraient en toute situation de désigner le sens exact des autres règles, ou qui permettraient d'indiquer le champ précis de leur application : il n'y a pas de règles de l'interprétation prédéterminées, qui puissent comme telles échapper à l'interprétation. À moins d'imaginer d'autres « standards », internes à l'interprétation mais contraignant celle-ci. Dworkin appelle ces standards des principes [19].

La distinction entre règle et principe est également présente chez Kant. Dans la *Critique de la raison pure*, ce dernier distingue en effet l'entendement, qui est la faculté des règles, et la faculté de juger, qui est celle de subsumer sous des règles selon des principes, c'est-à-dire, selon Kant, « de discerner si quelque chose entre sous une règle donnée » [20]. Les principes président ainsi l'application des règles par la faculté de juger. Kant en déduit notamment la spécificité de la faculté de juger par rapport à l'entendement : « Si l'entendement est capable d'apprendre et de s'équiper au moyen de règles, la faculté de juger est un *talent particulier*, qui ne peut pas du tout être appris, mais seulement exercé » [21]. Talent particulier, la faculté de

19. « Ensemble de ces standards autres que les règles » (DWORKIN, *PDS*, p.79). À la différence des règles, les principes sont en concurrence sans que la validité de l'un rende les autres caduques. Leur interprétation, dit Dworkin, dépend du cas en question. Dans son esprit, la distinction entre les règles et les principes est d'ordre logique. D'un côté, les règles forment un système bivalent qui fonctionne selon le principe du tiers exclu. Comme dans les systèmes logiques bivalents, une règle juridique est, pour un cas donné, ou bien vraie ou bien fausse. C'est la mise en pratique du bon sens cartésien : « Chaque fois que deux hommes portent sur la même chose des jugements contraires, il est sûr que l'un ou l'autre se trompe », disait Descartes (R. DESCARTES, *Règles pour la direction de l'esprit*, Paris, Vrin, 1996, p. 6). Autrement dit, si deux règles se contredisent, l'une doit être valide au détriment de l'autre. De l'autre côté, il y a aussi des principes, qui peuvent être concurrents sans que l'un rende l'autre caduc. Cette interprétation conduira le juge à choisir entre plusieurs principes concurrents, et ce choix pourra guider l'application des règles dans ce cas jugé difficile.
20. KANT, *op.cit.*, p.881.
21. *Idem.* C'est moi qui souligne.

juger suppose une action spécifique de la pensée, action qui, en termes kantiens déjà, requiert des principes. La faculté de juger ne dispose d'aucune règle pour produire un jugement, puisque seul l'entendement est la faculté des règles. « S'agissant du droit, [cette difficulté] s'entend au travers du fait que le pur raisonnement syllogistique, qui fait abstraction du contenu des règles pour n'envisager que leurs liaisons formelles, est impuissant à fournir un principe d'interprétation » [22].

La distinction entre règles et principes ne va pourtant pas sans poser de problèmes pour la théorie du droit. On peut se demander, par exemple, si Dworkin désigne par « principes » les valeurs morales de la communauté d'interprétation du juge, ou des normes du type « principes généraux du droit ». Pour éviter ce dilemme, on peut suivre Pierre Bouretz, qui propose une troisième interprétation : l'œuvre de Dworkin pourrait être comprise comme une « herméneutique des principes » [23]. Ni moraux, ni juridiques, les principes de Dworkin seraient dès lors entendus au sens transcendantal : il s'agirait en quelque sorte de références permettant au juge de juger (usage régulateur). L'antinomie de la faculté de juger esthétique éclaire ce rôle des principes : Kant y aboutit à la conclusion qu'il existe des concepts indéterminés, dont l'application ne produit aucun savoir certain mais aide la faculté de juger réfléchissante à s'exercer. Ainsi comprise, la pensée de Dworkin se démarquerait d'autres théories herméneutiques par un certain nombre de présupposés kantiens. Ce rapprochement impliquerait notamment de renoncer à toute lecture « réaliste » des principes à l'œuvre dans le droit [24] : ils ne correspondent pas à des normes, présentes ou absentes du droit, mais à des idées régulatrices qui permettent de juger. Leur liste, dit d'ailleurs Dworkin, est *a priori* indéfinie. « Mon problème n'était pas de dire que « le droit » contient un nombre déterminé de standards, dont certains sont des règles et d'autres des principes. En fait, je veux m'opposer à l'idée selon laquelle « le droit » est constitué par un ensemble *déterminé*

22. P. BOURETZ (éd.), *La force du droit*, Paris, Éditions Esprit, 1991, p. 80-81.
23. Voir P. BOURETZ, « Préface », *in PDS*.
24. Dans la *Critique de la faculté de juger*, Kant distingue entre deux sortes de principes explicatifs à l'œuvre dans les jugements d'appréciation : les principes empiriques et les principes *a priori*. Il montre que les descriptions psychologiques du jugement, fondées sur l'observation empirique, ne suffisent pas à rendre compte de toute l'activité de notre esprit quand nous jugeons. Les jugements répondent également à un principe *a priori* qui, dans le cas du jugement réfléchissant, est le principe *a priori* de la faculté de juger elle-même. Ces jugements « prétendent à la nécessité et disent, non pas que chacun juge ainsi - car de cette manière la tâche de leur explication serait l'affaire de la psychologie empirique -, mais que

de standards, quel qu'en soit le genre » [25]. C'est pourquoi le juge, s'il a recours à des principes pour appliquer les règles, ne peut s'en servir comme des normes extra-juridiques ou méthodologiques qui guideraient l'interprétation de l'extérieur. Toute référence à des principes suppose une forme de réflexion, par laquelle le juge choisira entre plusieurs principes. Il y a dans les principes chez Dworkin cette forme d'indétermination qui pousse le juge à une telle réflexion. « Un principe [...] ne prétend pas fixer les conditions dans lesquelles son application est nécessaire. Il indique plutôt une raison d'aller dans un sens » [26]. Autrement dit, la force d'un principe, le poids qu'il a par rapport à d'autres principes, dépendra du cas à partir duquel le juge se réfère à lui. Or c'est ce qui correspond au mouvement ascendant du jugement réfléchissant chez Kant : quand on doit juger d'un objet ou d'un fait particuliers sans que la règle de jugement ne soit donnée ou déterminée, la faculté de juger remonte du particulier à l'universel, en suivant un principe qu'elle se donne à elle-même.

III. La question du désaccord et l'antinomie de la faculté de juger esthétique

En s'appuyant sur la distinction entre règles et principes, Dworkin conteste deux thèses rendues célèbres par Hart : d'une part, la notion de « cas difficiles » et, d'autre part, celle de « pouvoir discrétionnaire ». Il est vrai qu'il règne une grande confusion sur le sens et l'étendue de ce pouvoir. Étymologiquement, le terme « discrétion » vient du mot latin « *discretus* ». Or, *discretus* en latin est aussi le participe passé du verbe « *discerno* », qui veut dire séparer, discerner, distinguer ou juger. Comme le rappelle le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, « étymologiquement, ce mot signifie simplement jugement » [27]. Peu à peu, il a toutefois désigné l'autonomie du jugement plutôt que l'action de la faculté de juger elle-même. Aujourd'hui, le terme « discrétion » renvoie à la liberté du choix d'adopter telle ou telle ligne de conduite. Les positivistes ont également utilisé ce terme pour désigner le pouvoir du juge quand la loi est imprécise ou obscure et ne permet pas un jugement assuré. Les positivistes

25. DWORKIN, *PDS*, p.146. C'est moi qui souligne. En dépit de certaines critiques, la référence aux principes ne signifie pas, dans l'esprit de Dworkin, que les juges peuvent faire appel à un code de croyances cohérent et unanime, tant il est convaincu qu'un tel code n'existe pas.
26. *Ibid.*, p.84.

ont donc eu recours à cette notion pour expliquer le passage, dans le jugement judiciaire, de la raison à la volonté, de la connaissance à la décision. Cette définition positiviste est aujourd'hui largement admise dans le langage juridique courant : dans certains cas-limites (des cas difficiles), le juge dispose d'une marge de manœuvre et exerce un pouvoir propre, qui n'est justifié que parce qu'il est exceptionnel. Sans contrainte objective, le juge prend dans ces cas-là les décisions qui conviennent. La décision prend alors un tour arbitraire. Elle dépendra éventuellement de la classe sociale ou de l'humeur du juge, sans qu'un critère rationnel n'entre en ligne de compte.

La représentation d'un tel pouvoir dans des cas soit-disant limites tient selon Dworkin à l'incapacité du positivisme et du décisionnisme à accorder une place constructive au jugement. Partant d'un droit compris comme un système de règles *appliquées* à un cas par le juge, la théorie positiviste, dès qu'un cas ne tombe sous aucune règle, ou sous plusieurs règles à la fois, qualifie ces cas de « cas difficiles », par opposition aux cas ordinaires. Mais cette situation est d'autant plus intolérable selon Dworkin qu'elle n'est pas si exceptionnelle que ça. Dworkin montre en effet que les difficultés liées à l'application de la loi sont moins marginales que ne veut bien le reconnaître le positivisme. C'est pourquoi, selon lui, les cas difficiles sont exemplaires de la pratique judiciaire : ils en révèlent l'essence interprétative. « Personne ne conteste que dans toute pratique interprétative, nombre de cas sont tranchés sans qu'il y ait de grandes controverses : ces cas seront jugés clairs. Mais un tel constat reste l'effet d'un jugement extérieur [...]. Rien *a priori* ne permet de garantir que le cas sera ou ne sera pas clair »[28]. Autrement dit, tout jugement demande toujours une forme de décision. La question de savoir comment interpréter une loi lorsque la langue qu'elle renferme n'est pas claire devient elle-même dénuée de sens : il faut toujours que le juge décide si une loi est claire ou pas. De même, l'obscurité de la loi, terme classiquement utilisé pour désigner l'indétermination des règles ou des principes, n'est pas un fait, mais un argument de l'interprétation. Puisque « l'on ne peut localiser dans l'ambiguïté, dans le vague, ou dans l'abstraction d'une expression ou d'un mot, les doutes que nous avons »[29], Dworkin conclut que « l'épithète " obscur " est le *résultat*, plutôt que l'*occasion*, de la méthode que pratique le juge pour interpréter les textes de droit »[30].

28. J. LENOBLE, « Crise du juge et transformation nécessaire du droit », in J. Lenoble (éd.), *La crise du juge*, Paris, LGDJ, 1996, p.152.
29. DWORKIN, *ED*, p.382.
30. *Idem*.

Selon la vision positiviste du jugement [31], il est présupposé au contraire qu'il n'y a pas véritablement de liberté de jugement lorsque la règle à appliquer est claire et établie, puisque le pouvoir d'appréciation du juge n'intervient que dans les cas difficiles. Le pouvoir discrétionnaire autorise donc le juge à prendre la décision qui lui semble convenir quand la loi n'agit pas, disait déjà Descartes, comme une « force extérieure »[32]. Dans cette tradition, la discrétion appartient au registre de la volonté, distinguée de la raison. Elle appartient à l'arbitraire, puisqu'elle n'est contrainte d'aucune manière. Cette conception du jugement repose sur un rejet de la finitude (défaut dans la connaissance, dit Descartes, plutôt que perfection de la volonté). Elle réduit l'intervention du pouvoir discrétionnaire à la nécessité d'un jugement lors de cas difficiles, supposant par là qu'aucun jugement n'est nécessaire dans les cas dits « faciles ». C'est tout l'inverse que propose Dworkin : « Au contraire, pour nous, la proposition selon laquelle les juges ont un pouvoir discrétionnaire [...], à propos d'un problème ou d'un autre, est une proposition qui doit être expressément établie, lorsqu'on contrebalance les arguments, *et pas uniquement par défaut* »[33].

La théorie du pouvoir discrétionnaire s'appuie sur le constat qu'il existe toujours des désaccords quant à la bonne décision judiciaire, sinon dans l'idéal, au moins dans la pratique : les juristes ne sont jamais d'accord entre eux pour désigner en situation la décision qu'il faudrait ou aurait fallu prendre. Sur le plan judiciaire, ces désaccords minent la validité des jugements, puisque, pour la même affaire, différents juges prendraient des décisions différentes et ne tomberaient jamais d'accord sur la bonne solution à cette affaire. On en conclut généralement que le pouvoir judiciaire est tout sauf rationnel : si l'exercice du jugement était vraiment rationnel, il ne pourrait y avoir de désaccords. « Quand un tribunal est composé de

31. Cette manière de présenter l'analyse positiviste du pouvoir discrétionnaire peut paraître caricaturale. Nombreux sont en effet les héritiers du positivisme juridique, comme MacCormick par exemple, qui admettent l'incapacité du positivisme classique à prendre en compte la contrainte des principes moraux à l'œuvre dans le droit et qui, cependant, critiquent vivement la réponse dworkinienne à cette incapacité. Nous maintenons cependant l'appellation « positiviste » pour cette version du pouvoir discrétionnaire, dans le but de clarifier le positionnement de Dworkin sur la scène philosophique anglo-saxonne.
32. Quand elle n'est pas encadrée par l'entendement et les règles de l'esprit, affirmait Descartes, la volonté humaine « consiste seulement en ce que [...] nous agissons en telle sorte que nous ne sentons point qu'aucune force extérieure nous y contraigne [...]. De façon que cette indifférence que je sens, lorsque je ne suis point emporté vers un côté plutôt que vers un autre par le poids d'aucune raison, est le plus grand degré de la liberté, et fait plutôt paraître un défaut dans la connaissance qu'une perfection dans la volonté » (R. DESCARTES, *Les Méditations métaphysiques*, Paris, Garnier-Flammarion, 1992, p.143).
33. DWORKIN, *PDS*, p. 140.

plus d'un juge, il est à présumer que chacun des juges, s'il avait agi d'une manière *entièrement rationnelle*, serait arrivé, devant le même cas, à juger de la même façon »[34]. On présuppose donc que le défaut de règle équivaut un défaut de rationalité, qui ne peut être compensé que par une décision plus ou moins arbitraire, ou du moins une décision qui ne cherche pas à faire l'unanimité. Dworkin conteste cette conclusion et dénonce le raisonnement implacable qui va du constat des désaccords en droit à la reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire du juge. Ce raisonnement suppose que, d'un point de vue strictement cognitif et rationnel (idéal), il ne peut exister de désaccords. Autrement dit, une décision peut être déclarée supérieure à d'autres, comme étant la « bonne réponse » à apporter, quand elle peut être universellement trouvée et faire l'objet d'un accord objectif. Dans le cas contraire, dans les cas difficiles, la décision n'est pas affaire de raison mais de volonté. Ce raisonnement rappelle évidemment l'antinomie de la faculté de juger esthétique : je ne peux espérer un accord intersubjectif sans concept objectif et déterminé sur lequel fonder cet accord[35].

À l'occasion de la résolution de l'antinomie de la faculté de juger esthétique, Kant traite en effet des désaccords et de la validité des jugements subjectifs. Hume est alors l'interlocuteur implicite de Kant. L'empirisme humien pose que les désaccords, dans les matières subjectives comme le goût, sont un obstacle à la communication et l'entente entre les hommes. Selon Hume, il faut donc accepter et affirmer le relativisme du goût et le désaccord qu'il suscite : « La grande variété de goût et d'opinion qui prévaut dans le monde est trop évidente pour n'être pas tombée sous l'observation de tous »[36]. Cette différence de sentiments est selon lui empirique : elle demeure même si les hommes tombent d'accord sur les termes et le langage (abstraits) qu'il convient d'utiliser. Tous les critiques, dit Hume, louent par exemple l'écriture élégante et simple. Pourtant, quand il s'agit de déterminer concrètement ces termes – qu'est-ce qu'une écriture élégante ? –, chacun leur attribue une signification très différente. C'est pourquoi, dit Hume, la raison n'a aucun mérite particulier dans le fait que les hommes soient unanimes « pour applaudir la justice, l'humanité, la magnanimité, la prudence, la véracité »[37]. Leur accord, bien que rationnel,

34. J. Roland PENNOCK, « Reason in Legislative Decisions », in *Rational Decision*, New York, Atherton Press, 1964, p.102. C'est moi qui souligne.
35. Pour Kant, au contraire, comme le souligne Anne-Marie Roviello, « ce que je recherche dans l'assentiment d'autrui, ce n'est pas seulement un accord de fait entre jugements particuliers, mais un accord *de principe* » (A.-M. ROVIELLO, *L'institution kantienne de la li-*

n'est qu'apparent : il dépend plus du langage commun qui est utilisé pour décrire le beau et le laid, le vice et la vertu, que de la raison naturelle elle-même. On a beau chercher l'unanimité – et la trouver quand il s'agit de dire que la justice est une chose souhaitable –, rien ne laisse penser que les hommes puissent tomber d'accord au-delà de ce seul sentiment. Leur désaccord, en ce sens, n'est pas théorique, car dans l'abstrait ils pourraient louer et blâmer les mêmes choses. Leur désaccord est empirique parce qu'ils jugent différemment, en situation, ce qui est bien ou mal, beau ou laid. Dans les matières de goût, le jugement ne répond *donc* à aucun principe *a priori* et en cela transposable à tous.

Le même débat, qui consiste à savoir si les différences entre jugements judiciaires sont le signe de désaccords empiriques ou de désaccords théoriques, oppose Dworkin à ses adversaires. On peut donc éclairer ce débat en faisant une lecture parallèle de la divergence de Kant avec l'empirisme humien. Selon Hume comme selon Kant, la beauté n'a de réalité que dans le sentiment éprouvé. En effet, dit Hume, « la beauté n'est pas une qualité inhérente aux choses elles-mêmes, elle existe seulement dans l'esprit qui la contemple »[38]. Le sentiment qu'elle suscite ne repose donc pas sur une détermination objective de l'entendement qui renverrait à une réalité à l'aune de laquelle la justesse du sentiment éprouvé pourrait être jugée. Au contraire, la beauté peut susciter des milliers de sentiments divers. Toutefois, cela entraîne pour Hume une conséquence radicalement différente de celle envisagée par Kant : du fait de la multitude des goûts, chaque personne est en accord avec son propre sentiment, mais ne peut prétendre régler celui des autres. « Le proverbe a justement déterminé qu'il est vain de discuter des goûts »[39]. Aucune prétention à l'universel ne peut donc accompagner ce type de jugement (alors que chez Kant c'est ce type de prétention qui fera la différence entre un jugement sur le beau et un jugement sur l'agréable par exemple)[40].

Comment Kant résout-il la difficulté ? Dans l'antinomie de la faculté de juger esthétique, Kant cherche à concilier deux propositions qui semblent incompatibles : un jugement sur le beau n'est pas fondé objectivement ; un tel jugement prétend être partagé. Ces deux propositions peuvent en fait coexister en une troisième proposition, que Kant souhaite démontrer : un jugement qui n'est pas fondé objectivement peut être partagé. Le problème

38. *Ibid.*, p.127.
39. *Idem.*

des désaccords en matière subjective s'exprime ainsi dans une antinomie du goût qu'il faut résoudre, non pas pour réduire les désaccords, mais au contraire pour en établir la légitimité. Pour y parvenir, Kant rejette deux lieux communs sur la validité du jugement esthétique. Premier lieu commun : « *Chacun ses goûts* ». Puisque le jugement de goût est déterminé subjectivement par un sentiment, il ne répond à aucun critère objectif qui s'impose, et *donc* ce jugement n'est pas en droit de prétendre à une validité universelle. Second lieu commun que Kant rejette : il est possible de discuter, de parler des choses qui sont belles mais « *on ne dispute pas le goût* »[41]. Autrement dit, on peut en débattre, mais on ne peut pas tomber d'accord sur un concept déterminé de ce qu'est la beauté. En d'autres termes, les controverses dans ce domaine ne peuvent être que stériles : on peut discuter du goût, mais on ne peut prétendre à aucune universalité à son sujet. « On voit aisément qu'entre ces deux lieux communs manque une proposition [...] qui se prouve dans le sens commun : *on peut discuter du goût* (bien qu'on ne puisse en disputer). Mais cette proposition contient le contraire de la première proposition. Car là où il doit être possible de discuter, il faut aussi avoir *l'espoir* de s'accorder ; donc on doit pouvoir compter sur des fondements du jugement qui n'ont pas seulement une valeur personnelle »[42].

Ces deux lieux communs débouchent en termes philosophiques sur une antinomie. Selon la thèse de cette antinomie, il n'y a pas de preuve du goût puisque le jugement de goût ne se fonde pas sur des concepts. Le goût étant purement subjectif, il ne peut pas être partagé. Dans l'antithèse de l'antinomie, on soutient au contraire que le jugement de goût repose sur des concepts objectifs et qu'il est donc tout à fait légitime de prétendre à l'unanimité. Dans les deux cas, il est présupposé qu'il n'y a que ce qui peut être démontré (par l'adéquation entre le concept et la réalité) qui peut être partagé. C'est donc ce présupposé qu'il faut selon Kant réfuter. Il faut montrer que du subjectif, qui ne repose sur aucun concept déterminé, peut être partagé. En termes juridiques et pour nous rapprocher de Dworkin, c'est comme si l'on cherchait à montrer qu'un jugement qui n'est pas strictement déterminé par une règle peut toutefois prétendre à une certaine validité (toute l'œuvre de Dworkin étant alors comprise comme une analyse de ce processus de « validation »). Par analogie, on peut donc comparer le jugement judiciaire au jugement esthétique décrit par Kant, avec toutes les réserves

qui s'imposent bien entendu[43]. La solution proposée par Kant consiste à trouver le moyen de concilier, d'un côté, la possibilité de discuter du goût et de prétendre à l'unanimité et, de l'autre, l'impossibilité d'obtenir un concept déterminé et une preuve de ce qui est beau ou pas. L'objectif de Kant est de montrer que l'impossibilité d'un accord objectif, soutenu par le savoir, n'interdit pas la possibilité, d'une part, de discuter et de débattre, mais également, d'autre part, de prétendre dans ce débat à la supériorité d'un point de vue sur un autre. En fait, dit Kant, ce type de jugement, subjectif, se réfère sinon à un concept objectif, du moins à un autre type de concepts, que Kant appelle « indéterminés ». Appliqués à l'expérience, ces concepts ne contribuent à aucune connaissance, aucun savoir, mais ils nous permettent de juger. Leur usage est donc régulateur[44].

Dans cette optique kantienne, une place positive peut être attribuée aux désaccords et aux principes indéterminés. On se souvient que Dworkin réfute la représentation d'un pouvoir discrétionnaire libéré de toute contrainte rationnelle en affirmant que ce sont les désaccords eux-mêmes qui contraindront le juge, à la recherche d'un fondement plus « objectif », à se référer à des principes. Les adversaires de Dworkin doutent que les principes constituent une contrainte suffisante pour le jugement judiciaire. Il y aurait même une espèce de tautologie à vouloir fonder le jugement sur les principes. D'un côté, les principes seraient suffisamment contraignants pour assurer un fondement de validité aux jugements ; de l'autre, les principes seraient déterminés par le jugement qu'il sont censés contraindre. Seule une interprétation kantienne des thèses de Dworkin permet de surmonter la difficulté. Pourquoi un concept indéterminé, affirme en effet Kant, ne con-

43. Des lignes de rupture se dressent entre ces deux jugements, notamment l'absence de conséquences pratiques du jugement esthétique ou encore le peu d'importance du rôle qu'y joue le langage.

44. Pour Kant, ces concepts fonctionnent comme des principes *a priori*, garants de l'universalité du jugement et compatibles avec le rationalisme, mais ne sont pas pour autant fondés objectivement. Autrement dit, ces principes n'œuvrent pas dans le goût sur le mode de la « conformité ». Les concepts contenus dans de tels jugements sont donc des concepts non seulement indéterminés (sans application déterminée dans l'expérience), mais également indéterminables : même si nos sens ne nous trompaient pas, nous ne pourrions pas *définir* la beauté. Ce n'est pas un concept accidentellement confus, mais une idée qui est structurellement indéterminable. Cette indétermination n'est donc pas le signe d'une incomplétude, d'une imperfection, mais son essence même. La validité du jugement esthétique dépend en quelque sorte de sa capacité à penser des objets d'expérience avec des concepts indéterminés et inépuisables, appelant ainsi à une détermination infinie : le jugement esthétique est valide parce qu'il s'adresse à d'autres facultés de juger et qu'il les incite à juger à leur tour. Le concept de

traindrait-il pas le jugement par lequel il sera déterminé ? Un ensemble de principes peut en effet indiquer, c'est-à-dire conditionner sans déterminer le résultat du jugement. L'indétermination des principes est donc leur force même. Par conséquent, les difficultés rencontrées dans l'application du droit ne relèvent pas d'un défaut dans l'énonciation de la loi : elle sont structurelles, constitutives de la « juridicité », en tant que celle-ci conduit le juge à interpréter la loi. La confusion, rappelons-le, est pour Dworkin un argument de l'interprétation (et non un défaut du système ou de l'esprit du juge)[45].

IV. L'hypothèse esthétique

S'opposant comme on l'a vu aux théories du « pouvoir discrétionnaire », Dworkin montre que tous les jugements subjectifs ne se valent pas parce qu'ils sont l'aboutissement d'un processus réflexif d'interprétation, soumis à un grand nombre de contraintes. Pour illustrer cette conception du jugement, Dworkin élabore la métaphore du « roman à la chaîne » (*chain novel*), à laquelle il accorde une fonction heuristique. Son principe illustratif est simple : un groupe de romanciers écrit un roman et chaque romancier prend individuellement en charge un chapitre à la suite des autres. Or cette œuvre collective implique des contraintes rationnelles. Chaque chapitre individuel doit d'une part s'inscrire dans la continuité de l'histoire, en poursuivant les chapitres antérieurs et en anticipant les chapitres à venir. L'écriture du roman à la chaîne suppose donc à la fois une faculté d'analyse et de compréhension des chapitres existants, et une faculté d'imagination des chapitres postérieurs. D'autre part, chaque auteur doit répondre à un impératif de cohérence qui, selon Dworkin, agit sur sa tâche à deux niveaux. Le romancier doit écrire un chapitre qui respecte la logique et la chronologie de l'ensemble de l'œuvre, et son chapitre doit s'intégrer à l'histoire en rapport avec « l'idée générale » que le roman exprime. Chaque chapitre,

45. La notion de concept confus, évoquée par Kant pour les opposer aux concepts indéterminés que sont les idées, peut aussi de cette façon être réinterprétée. En associant la justice, par exemple, à un concept imprécis et confus pour la raison théorique, Kant demeure prisonnier de la vision positiviste selon laquelle l'imprécision de tels concepts résulte d'un défaut dans la connaissance, et non du caractère régulateur et par essence indéterminé de ces concepts. Le rapprochement entre jugement judiciaire et jugement réfléchissant implique de dépasser cette interprétation strictement kantienne du jugement esthétique, afin d'en tirer profit, grâce à Dworkin, pour l'application du droit. Fonctionnant avec des concepts indéterminés au sens kantien, les jugements judiciaires laisseraient le droit ouvert à l'interprétation, c'est-à-dire aux déterminations successives.

de ce point de vue, cherche à mettre en valeur l'histoire, sa portée, son message, sa beauté, etc. Le niveau de cohérence auquel doit parvenir le romancier suppose qu'il tente, à travers son œuvre individuelle, de faire paraître le roman sous son meilleur jour. Dworkin traduit cet élément par une hypothèse qu'il qualifie lui-même d'esthétique : le romancier « doit essayer d'en faire le meilleur roman possible que l'on puisse concevoir comme œuvre d'un auteur unique »[46]. Le romancier à la chaîne, par sa participation personnelle, doit assurer la cohérence de l'œuvre dans l'ensemble.

La cohérence que vise le romancier est alors, dans les termes de Dworkin, une « cohérence narrative »[47], la cohérence que le juge vise en tant que narrateur. L'élément kantien de cette thèse, inspirée de l'herméneutique, est la contrainte qui pèse sur l'interprétation dès lors qu'elle prétend proposer une vision cohérente de l'ensemble du droit. En termes kantiens, la prétention du juge à faire paraître le droit sous son meilleur jour agit en retour sur son jugement. L'hypothèse esthétique de Dworkin est que le juge ne peut pas interpréter le droit sans *prétendre* que son interprétation est meilleure que celles des autres. « Les tribunaux et les législatures, les dirigeants et les citoyens confrontent ces problèmes à la lumière de l'hypothèse *régulatrice* selon laquelle, d'habitude, une seule interprétation [...] fournit de la pratique constitutionnelle en cours une meilleure justification que tout autre »[48]. Le principe au fondement du jugement judiciaire est dès lors un principe régulateur au sens kantien : pour parvenir à un jugement et trancher le litige qui lui est soumis, le juge doit *supposer* qu'il existe à ce litige des solutions qui sont meilleurs que d'autres et cette supposition le conduit à chercher cette réponse. Elle l'oblige à un effort réflexif. Le juge ne peut donc pas trancher un cas sans penser que sa décision sera, pour ce cas, la meilleure possible.

À la lumière de cette lecture critique, Dworkin fournit l'assise d'un

46. DWORKIN, *ED*, p. 252. Dworkin formule ce principe régulateur sous la forme d'une hypothèse qui est qualifiée d' « esthétique » parce que produire la meilleure interprétation du droit consiste selon Dworkin à faire paraître le droit sous son meilleur jour. L'art est exemplaire dans ce cadre non pas parce que Dworkin cherche à esthétiser le droit : il ne dit pas que le beau est juste, ou que le juste est beau. L'art est exemplaire parce qu'une peinture abstraite peut n'avoir aucun sens clair et évident, et pourtant avoir de la valeur. Cette valeur dépendra en quelque sorte du spectateur, c'est-à-dire de l'interprète ou du juge.

47. Le thème de la « cohérence narrative » est un thème récurrent chez bien d'autres auteurs contemporains, souvent en opposition à Dworkin. Voir par exemple N. MACCORMICK, *Legal reasoning and legal theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978 ; ou encore B.S. JACKSON, *Law, Fact and Narrative Coherence*, Merseyside, Deborah Charles Publication, 1988.

48. DWORKIN, *op. cit.*, p. 403-404. C'est moi qui souligne.

modèle qui déborde la vision herméneutique classique [49] : l'interprétation ne vise pas seulement le sens et la signification, mais une forme de cohérence esthétique. Non pas le beau comme tel, mais une présentation du droit qui le mette en valeur selon des critères qui ressortissent également aux prétentions du jugement esthétique chez Kant. En émettant une hypothèse de type esthétique, Dworkin propose en effet un modèle d'interprétation du droit fondé sur la manière dont les d'œuvres d'art, ou plutôt dont les jugements qui les instituent comme telles, prétendent à une valeur universelle [50]. Nombreux critiques jugent d'ailleurs trop formels les critères tirés de l'hypothèse esthétique – contrairement aux critères de l'herméneutique proprement dite. Ces critères, en effet, ne relèvent pas de la tradition historique de la communauté mais sont au contraire immanents aux prétentions du jugement lui-même, et donc au principe *a priori* de la faculté de juger. Cela rappelle la notion d'intériorité critique : liée au processus du jugement et à la réflexion du juge qui le prononce, la « contrainte [à l'œuvre dans le jugement], reconnaît Dworkin, est intérieure ou subjective. Elle n'en est pas moins bien réelle d'un point de vue phénoménologique, et c'est ce qui compte ici. Nous nous efforçons de voir ce qu'est l'interprétation du point de vue de l'interprète, et, de ce point de vue, la contrainte qu'il ressent est aussi véritable que si elle ne prêtait pas à controverse, que si chacun la ressentait avec autant de force » [51].

Cette hypothèse esthétique, difficile, est la « pierre de touche » de la pensée de Dworkin. Elle repose sur l'idée que le jugement n'est contraint que par sa propre prétention à la légitimité, et que cette contrainte, réelle, garantit la légitimité de l'application du droit. À l'évidence, il s'agit d'une

49. À la lumière du jugement esthétique, le rapprochement opéré par Dworkin entre droit et littérature apparaît plus fécond que ne l'était la seule herméneutique gadamerienne. Contrairement à l'herméneutique traditionnelle, Dworkin insiste davantage sur l'horizon esthétique du jugement et le renvoie ainsi à un espace sensible. Arendt déjà, en parlant de la *Critique de la faculté de juger*, produisait l'analogie : « Ce n'est pas par intérêt pour l'esthétique que je crois tant dans la critique du juger de Kant, mais parce que je pense que la manière dont nous disons ceci est juste n'est pas très différente de la manière dont nous disons ceci est beau, ceci est laid » (H. ARENDT, *Vies politiques*, Paris, Gallimard, 1986, p. 29).

50. L'art est en effet le lieu du désaccord par excellence : il n'y a aucune règle qui permet de mettre tout le monde d'accord sur ce qui est beau. Or, les hommes sont également bien souvent en désaccord quant à la bonne décision judiciaire, sans pourtant que l'un d'entre eux ait fondamentalement raison ou tort. Les jugements d'art et de droit ne répondent donc à aucune règle *objective*, puisque chaque cas sera jugé différemment. Le rapport à la règle de droit, constitutif de la « juridicité » du jugement, ne peut certes pas être mis de côté par un geste théorique, y compris appuyé par le modèle du jugement réfléchissant. Ce qui compte toutefois pour la théorie du droit, c'est de reconnaître que la règle n'est pas déterminante : elle n'indique pas la *bonne* décision.

51. DWORKIN, *op. cit.*, p. 258.

contrainte interne au jugement en tant qu'il a certaines prétentions quant à sa propre validité. Dans cet esprit, comme dans la théorie du jugement réfléchissant, le jugement est contraint par ses propres prétentions à la cohérence [52]. Toutefois, Dworkin appelle aussi cette cohérence l'intégrité, en soulignant le caractère moral de ce terme : le juge doit être intègre par rapport à la communauté à laquelle il appartient et par rapport à ses propres convictions. Cette notion permet donc de souligner la tension entre théorie et pratique. La cohérence implique à la fois une connaissance du droit, des techniques, de l'histoire et un principe d'intégrité dans la décision, qui suppose l'exercice d'une forme de raison pratique [53].

Cette cohérence fait l'objet d'un débat dont les protagonistes sont, outre Dworkin, Neil MacCormick et Aulis Aarnio [54]. MacCormick par exemple dénonce chez Dworkin une confusion des plans cognitifs et moraux, des plans de la pensée et de l'agir. Il distingue ainsi entre la cohérence normative, qui est cohérence de valeurs – c'est-à-dire cohérence d'une décision judiciaire avec les valeurs et les normes exprimées dans l'ordre juridique – et la cohérence narrative elle-même, qui est de portée descriptive. C'est une cohérence d'interprétation qui appartient à l'interprète, compris comme un théoricien et non un praticien ou un juge. Selon MacCormick, ces deux cohérences se recoupent mais ne peuvent être confondues [55]. Pour Dworkin, en revanche, la cohérence narrative, étant donné l'essence même de l'interprétation, est toujours à la fois normative et descriptive. L'intégrité du jugement, par voie de conséquence, devra être assurée par les exigences cognitives et réflexives qui pèsent sur lui.

Le lien proposé par Dworkin entre les prétentions cognitives à la cohérence de toute interprétation et le réquisit d'intégrité ne me semble toutefois valide qu'à la lumière d'une interprétation kantienne, qui tiendrait avant tout l'intégrité pour une norme *de la pensée* (et non une norme morale au sens classique du terme). Le jugement réfléchissant kantien, qui est proche du modèle de Dworkin, est en effet ce jugement qui exprime l'autonomie

52. En vertu de la métaphore du roman à la chaîne, toute affaire singulière renvoie le juge-interprète à la cohérence de l'ensemble. Il suppose que le droit qu'il interprète est un tout cohérent au sein duquel sa décision prend sens et trouve de la valeur. La légitimité de sa décision dépend donc du degré de cohérence avec l'ensemble dont il pourra rendre compte.

53. Cette tension est similaire à celle qui habite le jugement réfléchissant. À son image, le jugement judiciaire de Dworkin n'est ni une opération de l'esprit, ni l'expression d'un principe moral absolu (ou même d'une volonté de puissance). Au contraire, se rencontrent dans tout jugement judiciaire une dimension cognitive, la cohérence, et une dimension morale, l'intégrité.

54. Voir J. LENOBLE, « La théorie de la cohérence narrative en droit : le débat Dworkin – MacCormick », *Archives de philosophie du droit*, t. 33, 1988, p. 120-139.

55. Voir N. MACCORMICK, *Legal reasoning and legal theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978.

non plus dans l'action mais dans la pensée elle-même. Cette articulation entre pensée et autonomie conduit même Kant à énoncer des maximes de la pensée, dont l'une (la pensée conséquente) rappelle à l'évidence le principe d'intégrité [56]. Cette tension entre prétention cognitive et exercice d'une forme de raison pratique permettrait de comprendre chez Dworkin l'association entre la visée de cohérence qui accompagne toute interprétation et la référence aux principes qui, selon lui, garantit sur le plan du droit cette visée de cohérence. Il est vrai que Dworkin ne confirme pas toujours une telle interprétation, insistant parfois de manière problématique sur le caractère moral et substantiel de l'intégrité et des principes (maladroitement identifiés à des valeurs). La référence à Kant semble donc une manière d'éviter la difficulté en considérant les principes comme un plan argumentatif qui serait propre au jugement judiciaire [57]. En insistant sur le caractère réflexif de l'intégrité et des principes, on replacerait l'interprétation au sein d'un processus argumentatif, au sein duquel ce sont les prétentions mêmes du jugement qui rendraient nécessaire la référence aux principes [58]. Ainsi, comme je l'ai déjà suggéré, ces principes gagnent à être examinés non comme des valeurs substantielles de la communauté politique, mais comme des idées régulatrices de la raison qui, selon les termes de Kant, permettent à la faculté de juger de s'exercer comme talent tout à fait particulier.

L'articulation de la cohérence et de l'intégrité prend alors toute sa saveur d'opposition ouverte à la tradition positiviste. Cette dernière cher-

56. Penser sans préjugés de manière autonome, penser en se donnant un point de vue universel (en intégrant les points de vue des autres), et penser de manière conséquente, sont les trois maximes de le pensée, qui ne la préservent jamais des erreurs du jugement, ni d'errances qui lui sont naturelles. Selon Kant, il faut se soumettre à ces trois maximes *ensemble* pour qu'elles ne soient pas détournées. En effet, adoptés de manière isolée, la liberté de pensée mène à l'arbitraire subjectif, l'ouverture aux autres à l'hétéronomie de la pensée, et le respect de ses propres pensées au dogmatisme absolu.

57. En insistant sur le plan argumentatif que représentent les principes pour le droit, « l'interprétation cesserait d'être extérieure à l'argumentation pour devenir son *organon*, dans un mouvement où l'universalisation jouerait le rôle d'une règle de contrôle pour un procès d'ajustement mutuel entre la norme interprétée et le fait interprété » (P. BOURETZ, « Interprétation, narrativité, argumentation », in S. WESCHE et V. ZANETTI, *Dworkin, un débat*, Bruxelles, Ousia, 1999, p.160).

58. Pour être tout à fait exact, il faut préciser que le modèle du jugement chez Dworkin emprunte aux deux modèles kantiens que sont le jugement esthétique et le jugement téléologique. Le jugement téléologique, d'une part, consiste à produire une représentation de la nature comme un tout cohérent, et cette représentation n'est pas sans portée pratique. Le jugement esthétique, d'autre part, ne peut soutenir ses propres prétentions à l'universel, à l'impartialité, qu'en

chait à préserver la vérité grâce à la pratique descriptive du théoricien, tandis que la pratique – le jugement judiciaire proprement dit - était soumise à de nombreux autres critères. Avec Dworkin, au contraire, les prétentions cognitives du juge (la meilleure interprétation possible) structurent la pratique judiciaire elle-même. De plus, chez des positivistes juridiques comme Kelsen [59], l'expression « raison pratique » recelait une contradiction : d'un côté la raison – rationalité technique – et de l'autre la pratique – action et décision du juge [60]. Dworkin met en doute cette distinction : le jugement judiciaire emprunte aux deux ordres – théorique et pratique – et, en termes kantiens, à leur deux législations. Comme la raison théorique, le jugement judiciaire intervient dans le monde phénoménal. Comme tel, le juge est supposé dépositaire d'un certain savoir, qui connaît lui-même des limites : le juge ne *sait* jamais s'il prend la bonne décision. Comme la raison pratique ensuite, le jugement judiciaire porte une responsabilité : il doit faire preuve d'autonomie par rapport à ses déterminations partiales. C'est pourquoi, d'une part, le jugement ne saurait s'apparenter à une inférence logique : le juge n'est pas une machine implacable et sans faille. D'autre part, comme son jugement est subjectif, la légitimité de ce jugement dépend de son degré de cohérence par rapport à l'ensemble. Cela suppose que le juge tente de justifier son jugement par des arguments qu'il estime ne pas lui être propres : il est contraint à cet effort réflexif par sa propre prétention (faire paraître le droit sous son meilleur jour).

V. Réinterpréter l'idéalisme de Dworkin

Dworkin, on l'a vu, accorde une importance de premier plan au rôle du juge dans la définition de ce qu'est le droit. Il partage sur ce point l'avis du réalisme juridique américain [61] : ce réalisme considère le droit non comme

59. Le rapprochement entre l'herméneutique judiciaire et la tradition kantienne ne renie rien de l'existence d'un kantisme profond et solide chez Kelsen, qui assimile le jugement judiciaire à un jugement *strictement* déterminant.

60. Kelsen dénonce la volonté kantienne de penser tout le champ de l'action humaine du point de vue de la raison. Il défend au contraire l'idée que la réflexion théorique est réservée aux théoriciens du droit, tandis qu'on ne demande pas aux juges de réfléchir mais de prendre une décision.

61. Il s'agit en fait surtout de l'interprétation développée par O.W. Holmes et l'École de la *Sociological Jurisprudence*, confusément traduite par « réalisme juridique ». Le « réalisme juridique » américain est un courant de doctrine de la première moitié du XX[e] siècle qui s'est épanoui sur la base de la *Sociological Jurisprudence* mais qui s'en distingue en certains

un système de normes mais comme l'ensemble des décisions prises par les tribunaux. Le réalisme juridique interprète donc le droit en fonction du comportement des juges, considéré de manière empirique et sociologique (comme objet de description pour le théoricien). À l'inverse du réalisme, Dworkin maintient toutefois une référence à l'idée du droit comme ensemble cohérent, comme abstraction par rapport à laquelle les juges prennent leur décision. Le réalisme émet alors de fortes réserves à l'égard des postulats de Dworkin, jugés trop idéalistes. Ses thèses sur les prétentions des interprètes et les contraintes qu'elles impliquent sur le plan du jugement (hypothèse esthétique) leur semblent par exemple totalement décalées par rapport à la pratique réelle du droit. La thèse réaliste de « l'absence de bonne réponse » aux questions soulevées par les affaires judiciaires (*no right answer theory*) consiste au contraire à montrer que, dans les cas difficiles, aucun individu ne peut détenir *la* bonne solution, précisément parce que les cas sont difficiles lorsque plusieurs réponses semblent également bonnes à leur sujet. Le réalisme peut ainsi admettre que, dans l'idéal, un jugement judiciaire peut être qualifié de meilleur ou de plus pertinent, tout en rappelant que, dans la réalité, aucun juge n'est en mesure de démontrer que son jugement correspond à ce jugement idéal.

Dworkin soutient à l'inverse la thèse selon laquelle il existe à chaque cas une solution meilleure que d'autres, une « bonne réponse » [62]. Or cette affirmation de Dworkin a engendré de nombreux malentendus, qui pourraient être en partie levés par une interprétation inspirée de Kant. On a pensé par exemple que Dworkin croyait à l'existence – disons même la pré-existence – d'une bonne solution, au sens réaliste du terme : il serait en effet possible de tester cette réponse, de la mettre à l'épreuve pour en assurer la supériorité. Il va de soi que l'idée dworkinienne est différente : seule la possibilité, pour le juge, d'imaginer qu'il existe une bonne réponse compte aux yeux de Dworkin, car elle agit de manière contraignante sur le jugement, le forçant à cet effort réflexif qui conduit à l'exercice d'une forme de rationalité, d'autonomie, d'impartialité. Il faut donc entendre cette référence comme un idéal, et non comme un principe réaliste.

En dépit de cette précision toutefois, de nombreux commentateurs demeurent sceptiques sur les thèses avancées par Dworkin. La présence de principes « au-delà » des règles, par exemple, rencontre de vives objections. La difficulté tient principalement au fait que Dworkin n'assume pas une position philosophique pleinement idéaliste au sens formel ou transcendantal du terme, et non substantiel ou moral. Habermas, par exemple, estime que Dworkin souffre d'un idéalisme substantiel : Hercule [63], sujet individuel, juge spécial, a une clairvoyance morale exceptionnelle. Mais dans la réalité, les jugements peuvent être soumis à des critères plus dangereux pour la démocratie. Il est même inévitable que les juges réels commettent des erreurs, des injustices, puisqu'ils sont faillibles. La tâche qui incombe au juge chez Dworkin semble donc surhumaine. Il est responsable à lui seul de la légitimité du droit dans son ensemble et cette tâche est idéale et surhumaine (seul Hercule en est capable). Selon Habermas, l'ordre juridique est également idéalisé par Dworkin : en réalité, aucun système ne pourrait jamais être justifié dans son ensemble (il y a des ruptures et des discontinuités) [64]. Dworkin présente le droit et ses principes comme un « droit purifié ». On ne peut donc nier qu'il s'agit d'une image romantique : la pureté est sans cesse diluée par l'existence de contraintes institutionnelles. C'est pourquoi Dworkin est condamné à réintroduire une forme de transcendance : le droit actuel, tel qu'il est appliqué, contient pour lui-même un autre droit, qui délimite ses ambitions.

De nombreux commentateurs partagent la critique habermassienne. Jacques Lenoble par exemple souligne que Dworkin ne perçoit pas suffisamment l'aspect formel, régulateur et non consistant des idéaux auquel il a recours, comme celui de cohérence narrative par exemple. Autrement dit, Dworkin n'aurait pas pris la mesure de l'apport d'une théorie du jugement réfléchissant de type kantien : « Loin pour nous de critiquer la théorie de Dworkin, il nous paraît seulement qu'elle ne construit pas suffisamment le caractère purement régulateur, au sens kantien, de l'idée de cohérence narrative, pourtant postulé par son propre modèle narrativiste » [65]. La question, centre de la controverse autour de Dworkin, est donc pour Habermas « de savoir si les requêtes idéales, vers lesquelles les juges doivent s'orienter s'ils veulent être impartiaux eu égard à la finalité (*telos*) inscrite dans tout exercice moderne de la justice, doivent être considérées comme l'expression d'une idée régulatrice – ou si elles rapportent le pro-

62. Pour un compte rendu de ce débat, voir notamment F. MICHAUT, « La « bonne réponse » n'est-elle qu'une illusion ? », in *Droits*, n° 9 (« La fonction de juger »), Paris, PUF, 1989.

63. Pour donner chair à ses thèses, Dworkin emprunte à la mythologie deux figures, Hercule et Hermès. L'un et l'autre sont deux juges dont Dworkin compare le travail, en montrant chez Hercule l'œuvre de l'intégrité. Voir *L'empire du droit*.

64. Le recours systématique à un arrière-plan théorique laisse d'ailleurs le rationalisme de Dworkin en proie à toutes les critiques classiques du réalisme : la référence à la figure idéale d'un juge ne servirait aux juges qu'à justifier leur pratique, qui n'a rien d'une pratique idéale et qui est davantage motivée par des facteurs extérieurs (intérêts ou positions idéologiques par exemple).

65. J. LENOBLE, « La théorie de la cohérence narrative en droit : le débat Dworkin-MacCormick », *Archives de philosophie du droit*, t. 33, 1988, p.138.

cessus de décision judiciaire à un faux idéal »[66]. Dworkin identifie parfois la visée de cohérence qui accompagne toute interprétation et la référence aux principes qui garantit la cohérence sur le plan du droit. Comme le reste de la théorie, la référence aux principes semble donc devoir être « idéalisée », vidée de sa substance et placée sur un plan argumentatif et non plus moral [67]. Cette idéalisation (ou idéalisme) consiste à considérer les concepts centraux de l'œuvre dworkinienne – Hercule, bonne réponse, roman à la chaîne – comme des idées régulatrices à la disposition du juge, étant entendu que l'on ne peut distinguer radicalement la position du juge et celle du théoricien.

La métaphore du roman à la chaîne est un bon exemple. Dans la thèse de Dworkin, cette métaphore suppose que le juge produit dans chaque jugement une interprétation du droit qui le justifie dans son ensemble. Dans la vision idéaliste classique, on peut conjecturer : ou bien la réalité doit correspondre au modèle, et la tâche du juge peut sembler surhumaine – le juge doit produire une interprétation de toute l'histoire du droit qui le présente comme un tout cohérent, ce qui suppose une grande maîtrise ; ou bien la description du travail du juge est inadéquate à la réalité : la plupart du temps, les juges travaillent par bricolages, sans recours aux grandes idées philosophiques. Dans une telle perspective, la métaphore herculéenne prête main forte à la critique. Elle est en outre empruntée, sans doute sans le savoir, à la *Métaphysique des mœurs* : « Quel genre d'idée peut-on bien se faire de la force extraordinaire et de la puissance herculéenne dont nous devrions faire preuve pour triompher de nos penchants générateurs de vices, s'il fallait que la vertu tirât ses armes de l'arsenal de la métaphysique, laquelle est affaire de spéculation, qui elle-même est à la portée de si peu d'hommes ? » [68]. L'objection kantienne vaut la peine qu'on s'y attarde : si

66. J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, p. 235. Le recours systématique à un arrière-plan théorique laisse d'ailleurs le rationalisme de Dworkin en proie à toutes les critiques classiques du réalisme. La référence à la figure idéale d'un juge, par exemple, ne servirait aux juges qu'à justifier leur pratique, qui n'a rien d'une pratique idéale et qui est davantage motivée par des facteurs extérieurs (intérêts ou positions idéologiques par exemple). Les théories de référence seraient alors des universalisations à la disposition du juge pour occulter les préjugés qui président en réalité son jugement.
67. Selon Paul Ricœur, Dworkin néglige la part argumentative de la pratique judiciaire, avec pour conséquence de proposer une version finalement faible de la cohérence qui demeure une notion indéterminée. Voir P. RICŒUR, « Interprétation et/ou argumentation », in *Le juste*, Paris, Éditions Esprit, 1995, p. 163-164. La critique est proche de celle développée par A. BERTEN et J. LENOBLE, dans *Dire la norme : droit, politique et énonciation*, (Paris, LGDJ, 1990) : il manquerait à Dworkin, comme à la plupart des néokantiens contemporains, une analyse sérieuse de la logique de l'énonciation.
68. KANT « Doctrine de la vertu », *Métaphysique des mœurs*, in *Œuvres complètes*, vol. III, Gallimard, coll. la Pléiade, p.652.

les hommes pouvaient compter sur la spéculation – entendre chez Kant la raison théorique – pour agir dans les affaires humaines, il faudrait s'attendre à ce qu'ils réalisent des tâches surhumaines. Le réquisit de cohérence ne doit donc pas être interprété comme une exigence de la spéculation métaphysique, mais bien comme une idée régulatrice au sens kantien.

Dans ce cadre, la référence à Hercule, quelque malheureuse qu'elle puisse être sur le plan de la théorie du droit, doit être comprise comme une idée régulatrice de la pratique. Hercule n'est pas un modèle, mais une figure singulière : il s'agit d'un juge exemplaire. C'est le propre de l'idéal-typique, qui ne correspond ni à une figure désincarnée, ni à un juge réel [69]. L'impératif esthétique qui s'impose au juge herculéen n'est donc ni un principe métaphysique, ni un impératif moral, mais seulement une visée. Les présupposés cognitivistes qui pèsent chez Dworkin sur le jugement pratique d'Hercule seront, dans ce cas, immanents aux prétentions d'Hercule. Ils ne relèveront pas d'une théorie métaphysique de la pratique judiciaire.

Cette interprétation inspirée de Kant ouvre donc une troisième option de lecture de l'œuvre de Dworkin : la représentation du roman à la chaîne est un idéal destiné aux juges eux-mêmes (ce n'est pas une description théorique). La référence à Hercule, personnage à la fois mythique et surhumain, a pour objectif de rappeler le caractère figuré de cette représentation du travail du juge : Dworkin sait qu'Hercule n'existe pas parmi les juges. Toutefois, selon lui, tous les juges cherchent à ressembler à Hercule dans la pratique. Hercule est ainsi un juge idéal-typique qui, au-delà de la théorie du droit, sert de référence aux juges. Ainsi, s'ils ne produisent pas une justification de l'histoire politique d'ensemble, comme le requiert la théorie, les juges tenteront de le faire en visant l'idée d'Hercule. Certains prétendront parvenir à une telle justification et cette prétention les contraindra à se tenir sur le plan des principes (elle les contraindra à une certaine autonomie). Cela rappelle les propos de Kant au sujet de la norme idéale du goût : « Même si nous ne sommes pas en possession de ce[tte] dernier[e], précise Kant, nous tendons cependant à [la] produire en nous » [70]. Pour autant, l'impératif esthétique de cohérence n'est pas une marche à suivre pour les juges, une règle méthodologique ou déontologique. Quand

69. Comme le suggère Hannah Arendt, « le grand avantage de l'idéal-type, c'est de ne pas être une abstraction personnifiée dotée de quelque sens allégorique, mais plutôt d'avoir été choisi, parmi une foule d'êtres vivants dans le présent ou le passé, pour sa valeur représentative au sein de la réalité » (H. ARENDT, *Considérations morales*, Paris, Rivages Poche, 1996, p. 42).
70. KANT, *Critique de la faculté de juger*, in *Œuvres complètes*, vol. II, Paris, Gallimard, coll. de la Pléiade, 1985, p.994.

Dworkin parle de roman ou de bonne réponse, il ne se place pas du côté du modèle théorique ou de l'ordre moralisateur. Il prend la position du juge. La fiction du roman à la chaîne est donc une idée intérieure au processus d'interprétation, une idée régulatrice de la faculté de juger réfléchissante.

D'autres concepts utilisés par Dworkin gagnent également à être interprétés comme des idées régulatrices au sens kantien, comme la notion de système, que sous-tend malgré Dworkin l'idée de cohérence. Si le droit ne se réduit pas à un système complet de règles, le juge doit pouvoir considérer le droit comme un ensemble cohérent. Chaque cas, en quelque sorte, doit être éclairé par une idée du droit considéré comme un tout (c'est une condition de l'interprétation). Or la possibilité de considérer le système non comme une réalité (qu'on découvre), mais comme une idée visée par le jugement, ressort de la troisième *Critique* et du modèle téléologique. Pour les besoins propres de la faculté de juger, le monde peut être pensé comme un système même s'il n'en est pas un effectivement. Le système, dans cette perspective, est seulement présupposé pour juger. Quand le juge de Dworkin interprète le cas juridique et les règles qui s'y appliquent en cherchant à répondre à un impératif de cohérence, il se réfère lui aussi au système du droit sous la forme de l'idée d'un tout cohérent dans lequel son jugement peut s'inscrire. « Les juges doivent concevoir le corps du droit qu'ils administrent comme un tout plutôt que comme une série de décisions séparées qu'ils sont libres de prendre ou d'amender une par une, n'ayant pour le reste qu'un intérêt stratégique » [71]. Il s'agit bien, c'est important, de faire *comme si* le jugement appartenait au système et participait à l'élaboration de sa signification. Ce « comme si » rappelle que l'idée n'est pas un modèle platonicien auquel le jugement devrait correspondre, mais une visée, voire une prétention du juge par rapport à sa propre interprétation.

Cette interprétation kantienne ne « sauvera » toutefois pas Dworkin de toutes les critiques qui lui sont adressées. Dworkin comprend et explique tout le droit à partir du jugement judiciaire, qui exprime un point de vue individuel et solitaire, le point de vue du juge, qui n'est confronté à aucune altérité. Dans cette perspective, le jugement, même réfléchissant, est un monologue et non un dialogue. Or comment assurer la validité de cette pensée si elle n'est jamais soumises aux contraintes pragmatiques de l'argumentation et de l'échange, si ce n'est en supposant la « moralité » du juge, ou sa bonne foi [72] ? L'objection de « monologisme » était d'ailleurs

71. DWORKIN, *PDS*, p.186.
72. Dworkin semble incapable de justifier l'exigence de cohérence par la seule prétention à « la bonne réponse ». Le modèle de Dworkin présuppose que les hommes tiennent des raisonnements sincères, au point d'en arriver, *par choix*, à critiquer l'injustice politique. Cette supposition de la bonne foi de celui qui juge induit que si le juge *doit* se référer à des principes dans son jugement, ce devoir présuppose l'engagement initial du juge en faveur de l'intégrité. « Les juges ne peuvent faire intervenir leurs opinions politiques qu'à la condition de penser de *bonne foi* que ces convictions s'intègrent dans une interprétation globale plus cohérente de la culture juridico-politique de leur société » (DWORKIN, *QP*, p.3. C'est moi qui souligne).

déjà adressée à Kant : malgré la méthode critique, Kant serait demeuré prisonnier du solipsime et de la métaphysique du sujet qui l'accompagne. Même à considérer que la dimension intersubjective est inscrite au cœur de la faculté de juger, le raisonnement kantien, soulignent Apel [73] et Habermas, parvient de manière résiduelle à l'intersubjectivité au lieu d'en partir. Autrement dit, même si les prétentions du jugement réfléchissant le conduisent au débat et à l'argumentation, c'est la *réflexion* (comme regard tourné sur soi) et non le *langage* qui en constitue la structure essentielle. En effet, l'intersubjectivité qui est propre au jugement réfléchissant n'ouvre pas un espace de communication effectif : je communique aux autres un sentiment pour lequel j'exige l'adhésion, mais Kant le dit bien, le fait de ne pas obtenir d'adhésion effective a au fond peu d'importance, de telle sorte qu'en définitive le sujet peut faire la sourde oreille à ce que pensent et disent les autres. De même chez Dworkin, l'idée perelmanienne d'un auditoire universel est seulement supposée, sans que l'adhésion de cet auditoire ne soit effectivement exigée. Toute la discussion, l'argumentation, la

73. L'utilisation répétée de la figure du sujet conduirait à une mécompréhension de la structure fondamentalement langagière et dialogique de la conscience et de la pensée humaines qui ne seraient pas, selon l'objection, fondées sur la subjectivité mais sur l'intersubjectivité. Apel dénonce les grands présupposés à l'œuvre dans la philosophie et parmi eux, d'une part, le solipsisme méthodique que Apel attribue à Husserl, et qui consiste selon lui en une survalorisation de la relation sujet-objet ; d'autre part, la secondarité du langage par rapport à la pensée. L'idée de Apel est que le kantisme, partant de ces présupposés, a échoué dans ce qui était sa tentative de fondation universelle, notamment à cause de l'attachement qu'il conserve à l'idée d'une conscience individuelle. C'est à cet échec qu'Apel entend substituer la visée pragmatico-transcendantale de l'éthique de la discussion (l'expression même indiquant qu'Apel envisage de conserver la richesse du moment kantien). Les deux présupposés que Apel reproche à la philosophie tiennent ensemble : ils impliquent que la valeur de fondement est attribuée au *cogito* et que, par conséquent, le langage et la communication ne sont pas des médiations nécessaires à la relation du sujet avec l'objet. Il s'ensuit que les conditions de validité, d'une proposition comme d'un acte, demeurent exclusivement du côté du sujet de connaissance, et ne sont pas considérées du point de vue de l'échange entre deux sujets. Cette primauté du modèle cognitif exclut donc, selon Apel, la possibilité d'un fondement universel de l'éthique à partir de la validité intersubjective de l'évaluation des normes. Dès que la pensée est comprise comme étant structurée par le langage, la conscience du sujet individuel se voit d'emblée projetée dans l'intersubjectivité : ses prétentions à la vérité et au sens seront soumises au dialogue, et par son biais à l'argumentation et à l'évaluation. Apel insiste donc sur le fait que le dépassement majeur du solipsisme consiste à transformer la pensée en argumentation.

confrontation, peut dès lors avoir lieu dans la seule réflexion du juge. La survalorisation par Dworkin de la fonction de juger et de la position du juge, au détriment de l'argumentation, du débat contradictoire ou d'autres jeux de langage, pourra donc paraître problématique. Frank Michelman souligne ainsi que, chez Dworkin, « 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. Dworkin a produit une apothéose en matière de jugement judiciaire sans faire attention à ce qui semble être la caractéristique institutionnelle la plus universelle et la plus frappante d'une juridiction d'appel, sa pluralité »[74].

L'idéalisme kantien auquel se rattacherait Dworkin prête donc le flanc à une telle objection. Le concept de réflexion figure le retour perpétuel du sujet sur ses propres représentations[75]. C'est là la seule forme exigée de dialogue. Elle implique un dédoublement, dans le temps, entre le sujet et ses représentations. Le sujet ne peut donc jamais penser sa pensée (réflexion) *en même temps* comme sujet et comme objet. Cette temporalité implique un décalage entre le sujet qui pense et le sujet qui est pensé, l'auteur et le critique, l'acteur et le spectateur. Le juge « à la chaîne » travaille de manière analogue : il doit se *réfléchir* comme auteur mais aussi comme critique. Il s'agit pour le juge d'une pensée de second degré, qui lui permet de « juger » sa propre pensée et d'aller d'un point de vue à l'autre. Cette lecture kantienne de Dworkin se concentre sur le concept de réflexion. Bouretz affirme d'ailleurs que « c'est très précisément sur ce point que de manière définitive la théorie kantienne de la réflexion parviendrait sans doute à desserrer l'étreinte de l'objection sceptique, en libérant d'ailleurs le juge de sa solitude »[76]. C'est pourtant ce décalage réflexif qui constitue le nœud de la critique habermassienne. Il faut, dit Habermas, dépasser la réflexion au profit de la parole, dépassement qui suppose l'idée d'un citoyen *en même temps* auteur et destinataire, en même temps sujet et objet de la norme. Dans la réflexion, aucune transparence ne peut délivrer le

74. F.I. MICHELMAN, « The Supreme Court 1985 Term. Foreword : Traces of Self-Government », in *Harvard Law Review*, vol. 100, 1986, p. 76.
75. L'idéalisme transcendantal s'oppose sur ce point à l'idéalisme absolu : ce retour est le signe de la finitude du sujet et de l'impuissance de ses représentations à « absorber » la totalité du réel.
76. P. BOURETZ, « Interprétation, narrativité, argumentation », in S. WESCHE et V. ZANETTI, *Dworkin, un débat*, Bruxelles, Ousia, 1999, p. 162.

sujet de ce décalage avec lui-même, dès qu'il essaye de penser, de réfléchir sur ses propres représentations. La théorie de la discussion habermassienne table au contraire sur l'intersubjectivité du processus d'entente à l'œuvre dans les espaces publics. Le principe de ces communications est que personne n'en est véritablement le sujet (ou que tous le sont).

On peut toutefois se demander, dans cette situation, comment le jugement judiciaire est-il prononcé ? Comment juger sans sujet désigné pour juger ? Il en résulte une difficulté, pour Habermas, lorsqu'il tente d'interpréter la pratique judiciaire proprement dite, dans la mesure où son interprétation, centrée sur l'échange, n'est pas capable d'expliquer comment le jugement lui-même est produit. C'est pourquoi Habermas est contraint d'imposer en théorie une position de neutralité au juge, au profit du débat contradictoire qui se déroule devant lui. Or le juge n'est pas simplement un arbitre. Alors qu'il fait du juge un « tiers impartial pendant les débats, et ce de plusieurs manières – soit en administrant activement les preuves, soit en observant de manière neutre »[77], Habermas n'explique pas comment a lieu le passage du débat au jugement. Interpréter le jugement du point de vue du juge se justifie au contraire chez Dworkin par le souci d'établir les conditions de possibilité d'un jugement subjectif valide. Même prononcé par un collège de magistrats, ce jugement demeure une appréciation subjective. Pour comprendre comment ce genre d'appréciation est rendue possible, Dworkin rejette l'extériorité neutre du juge habermassien pour privilégier ouvertement le point de vue du juge, compris comme acteur, comme participant[78]. Toute sa réflexion est centrée sur un point de vue *parce qu*'il veut comprendre *comment* le jugement subjectif n'est pas, pour *celui qui juge*, un jugement seulement différent de celui des autres, mais aussi meilleur que celui des autres. En ce sens, la référence de Dworkin à une philosophie du sujet s'inscrit dans un idéalisme de type transcendantal, même s'il ne parvient pas toujours à thématiser cet idéalisme de manière satisfaisante.

Malgré l'objection, l'intérêt du modèle réfléchissant kantien pour la pratique judiciaire demeure donc la capacité du jugement à produire du pluriel à partir du singulier. Capacité du juge à imaginer, comme l'a souligné Arendt, le point de vue des autres. Le jugement réfléchissant, en l'absence de règle déterminée, renvoie les juges à leur faculté de juger. Parce que ce jugement permet, à partir du singulier, de faire le tri entre, d'un côté, ce qui

77. J. HABERMAS, *op. cit.*, p.258.
78. Pour Habermas, on ne peut privilégier aucun point de vue. Le citoyen ordinaire est lui-même capable de jugement. Il n'est donc pas nécessaire de réserver la fonction de juger à des juges, qui doivent se contenter d'arbitrer le débat contradictoire.

est subjectif et peut être partagé et, de l'autre, ce qui est seulement personnel, il prouve aux yeux de Kant que du subjectif peut être rationnellement mis en commun. C'est finalement une hypothèse partagée par Dworkin au sujet de la pratique judiciaire, et qui constitue sans doute l'élément philosophique le plus fécond de son œuvre.

Université Libre de Bruxelles

Integrity, equality and justice.[1]

STEPHEN GUEST

My aim is to raise questions about Dworkin's theory of law as integrity. I shall do this by proposing two views: first, that justice is a better model for law than integrity and second, that even if integrity is the better model, that will only be on the contingent ground that integrity happens best to fulfil justice's requirements in the real world. Another way of putting this second point is to say that integrity is only a theory about what is second best to justice, and this shows that integrity could only be, to borrow a term that Dworkin uses in relation to his theory of equality of resources, a theory of 'equity deficit repair'.

I make six assumptions in this paper. First, I assume that when we debate what is just that we think there is a right answer to the question even if we are uncertain what it is.[2] Second, I assume that because legal positivism cannot account for controversial argument about what the law is in a way that characterises it as distinctively or significantly *legal*, legal positivism has nothing to offer in what follows. Third, I assume that, at least at the highest appellate level, where argument concentrates on resolving difficult legal problems, it is problematic to say that a judge's private convictions about what is just can be clearly distinct from what the law requires. Fourth, I assume that no issue in legal, political and moral philosophy can be 'settled' by reference to the way people happen to speak; a starting point, yes, but not a matter of closure (and so the meaning of integrity – see later – is a matter of getting sense out of the idea, not looking to how the word is in fact used). Fifth, when I talk of legislative and judicial duties to be just, I do not mean that judging 'what is just' is merely a matter of ignoring or discarding other people's unjust decisions, actions, beliefs, and attitudes.

1. I presented this paper during 2004 at Otago University, the University of New England, NSW, the School of Public Policy, UCL and the Oxford Jurisprudence Group. I am grateful for many helpful suggestions. I am particularly grateful to my two research