

ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT

TOME 33

la philosophie du droit aujourd'hui

publié avec le concours du C.N.R.S.

EXTRAIT



SIREY 1988

La théorie de la cohérence narrative en droit Le débat Dworkin-McCormick

Jacques LENOBLE

Directeur du Centre de Philosophie du Droit
de l'Université Catholique de Louvain

RÉSUMÉ.— Il s'agit de montrer en quoi la théorie de R. Dworkin rencontre les exigences du paradigme herméneutique, qui domine la philosophie du droit depuis H. Hart. A cette fin, est analysé le débat qui oppose N. MacCormick et A. Aarnio à R. Dworkin, dont la position s'éclaire d'être rapprochée de la philosophie de Jürgen Habermas.

INTRODUCTION

Le thème de la cohérence narrative est devenu récurrent dans la théorie contemporaine du droit. Les publications les plus significatives et les plus récentes de notre discipline y font écho. Qu'il nous suffise de citer, outre la pensée bien connue de R. Dworkin sur cette question, les réflexions de N. MacCormick (1), d'A. Aarnio (2) et d'A. Peczenik (3).

L'émergence de ce thème dans la réflexion actuelle sur le droit est liée à une modification plus profonde de la théorie du droit relative au paradigme épistémologique qui la régit.

Elle est aussi à relier avec ce qui se passe dans d'autres secteurs de la pensée philosophique actuelle. La théorie narrative a trouvé son premier champ d'application en effet dans la philosophie de l'histoire anglo-saxonne (4). Il s'agit ici de poser l'identité structurale du récit de fiction et de l'historiographie. Sur un plan plus philosophique la signification de ce modèle narrative a été essentiellement dégagée et développée par deux philosophes contemporains, P. Ricoeur en France et H. Arendt aux Etats-Unis.

Ces deux « contextes » de référence de la théorie de la cohérence narrative dans le raisonnement juridique peuvent aider à mieux percevoir les implications et les présup-

(1) N. MACCORMICK, *Legal reasoning and legal theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, p. 106 et s. ; « Coherence in legal justification » in *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger*, Berlin, Duncker und Humblot, 1984, p. 37 et s.

(2) A. AARNIO, *The rational as reasonable – A treatise in Legal Justification*, Dordrecht, D. Reidel, 1987, p. 196 et s.

(3) A. PECZENIK, « Creativity and Transformations in Legal Reasoning », in *Theorie der Normen, op.cit.*, p. 277 et s.

(4) V. sur l'exception – ambiguë par ailleurs – que constitue l'historien français Paul Veyne, P. RICOEUR, *Temps et Récit*, t. 1, Paris, Seuil, 1983, p. 239.

posés philosophiques d'une telle problématique. Dans le présent article (5) seront seulement dégagées les implications liées aux controverses actuelles de la théorie du droit. Celle-ci tente en effet depuis Hart de faire prévaloir le paradigme herméneutique dans l'approche de son objet. Cette approche épistémologique donne cependant présentement lieu à deux orientations qui explicitent adéquatement le débat suscité par la théorie de la cohérence narrative de R. Dworkin (le débat N. MacCormick, A. Aarnio vs R. Dworkin). Nous tenterons de montrer qu'une lecture conséquente des exigences du paradigme herméneutique telle que notamment elle trouve à s'exprimer dans la lecture habermasienne de la rationalité du discours normatif, conduit à endosser la théorie narrative du droit de R. Dworkin.

I. — MÉTHODE HERMÉNEUTIQUE ET THÉORIE DE LA COHÉRENCE NARRATIVE EN DROIT

Neil MacCormick relève, à la suite de Hacker, que « Hart's primary distinction as a legal theorist is that he introduced the hermeneutic method to our jurisprudence » (6). La remarque a une double portée.

Elle entend tout d'abord qualifier le point de vue épistémologique de Hart. L'observation, pour être exacte, ne laisse pas cependant de poser des questions difficiles sur la question de savoir si Hart a dégagé toutes les conséquences du point de vue herméneutique, tant sur la nature des propositions de la théorie du droit que sur l'idéal descriptiviste de la science du droit. Tel n'est cependant pas ici l'enjeu de nos réflexions.

Sur un second plan, la remarque de N. MacCormick est importante. Au-delà de la pensée de Hart, elle cerne ce qui, depuis Hart, traverse le champ de la philosophie du droit, oriente ses énoncés, règle les objets de discours, régule les préoccupations et les réponses diverses qui sont proposées. Tout se passe dans la pensée juridique, essentiellement depuis Hart — quoique les coupures soient toujours arbitraires dans l'histoire des idées —, comme si les théoriciens du droit les plus représentatifs entendaient dorénavant moduler leur positivisme épistémologique par référence à la problématique, pourtant ancienne dans la philosophie continentale, de la distinction diltheyenne de l'expliquer et du comprendre, des *Geisteswissenschaften* et des *Naturwissenschaften*. Ainsi A. Aarnio nous le dit explicitement : « legal dogmatics is not an empirical science as far as the confirmation of the norm statements is concerned. It deals with language, with the meaning of the statutes. In this regard, legal dogmatics is interpretative as to its nature and it belongs to the same family of research as the human sciences (*Geisteswissenschaften*) » (7).

Cette progressive prise en compte, quoique tardive par rapport aux autres champs de la réflexion philosophique, par la théorie du droit du caractère herméneutique de sa démarche traduit, pourrait-on dire, la prégnance nouvelle dans notre champ de savoir du paradigme herméneutique. La démarche du théoricien du droit est perçue comme irréductible aussi bien à celle du savant oeuvrant dans le champ des sciences empirico-formelles

(5) V. pour d'autres implications, plus directement reliées aux réflexions de P. Ricoeur et de H. Arendt, notre article « Philosophie contemporaine du droit et modèle herméneutique », in *Etudes d'anthropologie philosophique*, Bibliothèque de l'Institut Supérieur de Philosophie, Louvain, éd. Peeters, à paraître.

(6) N. MACCORMICK and O. WEINBERGER, *An institutional theory of law — New approaches to legal positivism*, Dordrecht, Reidel, 1986, p. 135. V. aussi N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Londres, Edward Arnold, 1981, p. 38 ; P.M.S. HACKER, « Hart's Philosophy of Law », in P.M.S. HACKER and J. RAZ (eds), *Law, Morality and Society*, Oxford, Oxford University Press, 1977, p. 12 et 13.

(7) A. AARNIO, *op.cit.*, p. 199.

(8) qu'à celui du moraliste dogmatique, qui, disposant d'un accès à l'ordre de la vérité morale, déploierait sa maîtrise du sens ultime de l'ordre normatif. S'est enfin dévoilé, ne fût-ce que de façon simplement esquissée, le cercle herméneutique où se joue le rapport du théoricien du droit à son objet d'étude, c'est-à-dire le problème de l'identité entre le sujet et l'objet : « L'objet ne peut être appréhendé qu'à travers des instruments de compréhension fournis par le sujet, mais la manière dont le sujet élabore ces instruments est elle-même déterminée par l'ensemble de sa situation ; or, c'est cette situation qui constitue précisément l'objet étudié, que l'on s'efforce de comprendre » (9).

Prendre acte de cette progressive inscription herméneutique de la réflexion contemporaine sur le droit porte cependant loin : il n'est pas certain que la réorganisation de cette réflexion à laquelle conduit ce paradigme ait été pleinement opérée. Cette progressive inscription, en tout cas, éclaire déjà plusieurs traits actuels du débat qui constitue l'actuelle pensée sur le droit.

Le droit est pris dans le jeu de la question du sens ; de ce fait, la réflexion sur le droit devient démarche de compréhension aux prises avec ce qui fait l'enjeu de toute technique interprétative, le dégagement d'une signification. Le droit, pourrait-on dire, quitte le champ de l'univocité du sens où l'esprit humain voulait souvent le confiner, soit par la voie d'un certain iusnaturalisme intuitionniste ou rationaliste, soit par celle d'un iuspositivisme normativiste ou sociologique. Le droit devient lié aux expressions à double sens, ces expressions dont P. Ricoeur a justement souligné qu'elles constituaient « proprement le champ herméneutique » (10). Le droit ne s'exprime que dans des formes symboliques (11) et, par là, nécessite pour son élucidation et sa « description » une démarche compréhensive.

Notons tout d'abord que l'émergence de ce nouveau paradigme dans la théorie du droit ne fait que traduire un phénomène plus large. J. Habermas (12) souligne ainsi que les arguments de l'herméneutique philosophique sont devenus, dans les années 60, les « paradigmes de recherche au sein des sciences sociales » et plus spécialement dans l'anthropologie, la sociologie et la psychologie sociale. Avec R. Rabinov et W. Sullivan, on peut parler, à propos de l'émergence de ce nouveau paradigme, de « tournant interprétatif » (13).

Cette modification de paradigme dans la théorie du droit n'est pas sans lien avec la philosophie du langage ordinaire en relation avec laquelle elle s'est accomplie. Un regain

(8) V. sur ceci V. VILLA, *Legal science between natural and human science*, *Legal Studies*, vol. IV, 3, nov. 84, p. 264 et s.

(9) J. LADRIÈRE, *L'articulation du sens*, t. 1, Paris, Edit. du Cerf, 1984, p. 46. Comme le signale le même auteur, le cercle herméneutique se manifeste aussi d'une autre manière, particulièrement suggestive pour les problématiques classiques du caractère descriptiviste ou non de la « science » du droit et de l'interprétation en droit : « la connaissance que l'on acquiert de l'objet modifie celui-ci et par conséquent modifie le sujet interprétant lui-même ». Comme le relève J. Ladrière, « il ne s'agit toutefoix ici que d'une variante du problème fondamental » (*ibid.*).

(10) P. RICOEUR, *Le conflit des interprétations — Essais d'herméneutique*, Paris, Seuil, 1969, p. 16.

(11) Nous utilisons le terme symbolique dans le même sens que celui où l'utilise P. Ricoeur : « J'appelle symbole toute structure de signification où un sens direct, primaire, littéral, désigne par surcroît un autre sens indirect, secondaire, figuré, qui ne peut être appréhendé qu'à travers le premier » (*ibid.*).

(12) J. HABERMAS, *Morale et Communication — conscience morale et activité communicationnelle*, t. f. par Chr. Bouchindhomme, Paris, Ed. du Cerf, 1986, p. 42.

(13) P. RABINOV et W.M. SULLIVAN, *Interpretative social science : a reader*, Berkeley, University of California Press, 1979.

d'intérêt pour la discipline en est, par ailleurs résulté. C'est là que nous retrouverons le thème de la cohérence narrative. Reprenons ce double phénomène.

1) Bien sûr l'herméneutique juridique, entendue donc comme la science interprétative des textes juridiques, est très ancienne. On peut la faire remonter à Aristote et elle a connu son redéploiement, pour ne pas dire son titre de naissance explicite, au milieu du XVII^e siècle (14). L'émergence du paradigme herméneutique dans la théorie du droit a une toute autre portée. Il s'agit ici de prendre acte de la position interprétative non seulement du praticien du droit mais surtout du théoricien du droit, c'est-à-dire de celui qui a prétention à rendre compte de ce qu'est le droit dans un système social donné.

Que ce soit du sein même de l'« *analytic jurisprudence* » – c'est-à-dire d'une philosophie du droit pénétrée de la philosophie anglo-saxonne du langage ordinaire – que se soit amorcé le « tournant interprétatif » de la théorie du droit n'est pas étonnant. On a vu en effet combien la dimension herméneutique est liée aux phénomènes symboliques, l'interprétation étant précisément « le travail de pensée qui consiste à déchiffrer le sens caché dans le sens apparent, à déployer les niveaux de signification impliqués dans la signification littérale » (15). C'est dire que le langage est ici perçu, appréhendé non comme le lieu d'une transparence assurée ou assurable mais au contraire comme celui d'une opacité constitutive, liée à des expressions à sens multiples. L'herméneutique est liée à une logique du double sens, à une logique de l'équivocité. Mais cette équivocité n'est pas cette « équivocité par confusion de sens que pourchasse la logique », elle est cette « équivocité par surcroît de sens que rencontrent les sciences exégétiques » (16). Il est pris acte ici d'un langage aux significations plurivoques. De là le lien intime qui noue l'herméneutique à l'analyse du langage ordinaire. Car, comme le dit toujours P. Ricoeur qui a le mieux pensé le lien entre la phénoménologie renouvelée par l'herméneutique et la philosophie du langage ordinaire, si la sémantique des expressions multivoques qui caractérise l'herméneutique « s'oppose aux théories du métalangage qui voudraient réformer les langages existants en fonction des modèles idéaux, par contre elle entre dans un dialogue fructueux avec les doctrines issues des *Investigations philosophiques* de Wittgenstein et de l'analyse du langage ordinaire en pays anglo-saxon » (17). D'être analysé à travers le filtre de la philosophie du langage ordinaire a amené le droit à être perçu comme lié à des expressions langagières de nature symbolique. De là cette perspective nouvelle qui n'a fait que s'ébaucher avec Hart : le point de vue sur le droit est nécessairement un point de vue de compréhension, un point de vue herméneutique.

2) Cette modification de paradigme n'est pas sans conséquences pour la philosophie du droit. Nombre de celles-ci sont seulement en train de se déployer.

On peut tout d'abord constater que cette mutation épistémologique s'est accompagnée d'un regain d'intérêt pour la discipline elle-même. Non seulement, comme le signale les éditeurs de la collection *Law and Library Philosophy* chez Reidel, « during the last half of the twentieth century, legal philosophy has grown significantly ». Mais dans le même mouvement, elle s'est réalimentée à des réflexions philosophiques plus générales,

(14) « La notion d'herméneutique, conçue comme discipline ou technique d'interprétation des textes sacrés juridiques ou littéraires, ne s'est constituée qu'au milieu du XVII^e siècle en Allemagne. (J. DANNHAUSER, *Hermeneutica sacra sive methodus exponendarum sacrarum literarum*, 1654) ». J. STAROBINSKI, Avant-propos, in F. SCHLEIERMACHER, *Herméneutique*, t. f. par M. Simon, Genève, Ed. Labor et Fides, 1987, p. 6.

(15) P. RICOEUR, *op. cit.*, p. 16.

(16) *Ibid.*, p. 23.

(17) *Ibid.*, p. 19.

pour quitter progressivement – mouvement toujours en cours et à appuyer – le seul terrain dogmatique que les juristes avaient imposé depuis un siècle. Cette même mutation enfin n'est sans doute pas sans lien non plus avec une transformation de nos cadres socio-politiques, transformations liées à la logique même de l'Etat-providence (*welfare State*) et qui interroge l'organisation de la fonction de juger.

Ce qui nous intéresse cependant plus directement dans le présent article, c'est la réorganisation des problématiques que semble générer la modification du paradigme épistémologique de la théorie du droit (*legal theory*).

Or, de ce point de vue, deux traits du débat contemporain paraissent expressifs. D'une part, la question de la rationalité du raisonnement juridique semble, dans son principe même, devenir l'enjeu implicite de la réflexion comme si l'émergence du paradigme herméneutique avait induit une vacillation des fondements même de l'expérience juridique. D'autre part, la réflexion juridique est traversée par la reprise – sur des bases renouvelées – de la question de l'idéal descriptiviste de la théorie du droit et de la question de la vérité dans son rapport à la norme juridique. C'est en rapport avec cette deuxième question que l'on peut citer le débat Dworkin – MacCormick pour son caractère exemplaire. Avant d'examiner l'enjeu de ce débat et les conséquences que nous en tirerons pour notre propre réflexion, revenons tout d'abord sur la première question.

La théorie juridique – quoique de façon encore très embryonnaire – semble progressivement et souvent implicitement intégrer la crise de la raison sur laquelle a débouché, tant sur le continent que dans les pays anglo-saxons, la philosophie du XX^e siècle. Que ce soit au sein même de la philosophie analytique ou de la phénoménologie, a été mis en cause le lien entre langage et réalité et, par là, l'identité du fondement où la raison théorique et spéculative n'avait de cesse de trouver la garantie de son projet d'autoélucidation. Aussi bien le parcours wittgensteinien que la tradition heideggerienne débouchent sur une problématique de la déconstruction. Par des voies différentes, l'une et l'autre de ces perspectives aboutissent à ce constat que « le langage, en vertu de sa structure même, est incapable de se faire de quelque manière que ce soit totalisant, de se modifier lui-même dans sa possibilité fondatrice » (18). J. Habermas note lui aussi : « La philosophie pragmatique et la philosophie herméneutique émettent, à l'égard de la prétention de la pensée philosophique à la fondation et à l'autofondation un doute bien plus profond que celui émis par n'importe quel penseur critique, héritier de Kant ou de Hegel. En vérité, elles sortent de l'horizon dans lequel se meut la philosophie de la conscience avec son modèle cognitif tourné vers la perception ou vers la représentation des objets. En lieu et place du sujet isolé qui se dirige vers les objets et qui, dans l'acte réflexif, fait de lui-même un objet, ces philosophies avancent l'idée d'une connaissance médiatisée par le langage et destinée à l'action... » (19). Ce qui émerge à travers ce que nous appellerons le « linguistic turn », à tout le moins celui lié à la philosophie du second Wittgenstein, c'est la mise en cause de la prétention fondationnelle liée à la fonction cognitive de la conscience et à la fonction représentative du langage. Cette crise des fondements peut déboucher sur une double attitude possible, si l'on excepte les prises de position irrationalistes.

Une première attitude que nous identifierons comme celle de la solution herméneutique a trouvé chez Habermas et Apel son expression la plus claire (Citons aussi la philosophie herméneutique au sens strict de Gadamer et de Ricoeur). Il s'agit ici de retrouver dans le modèle intersubjectif de la communication et dans le modèle de la compréhension du sens qui lui est lié le lieu même de la restauration des possibilités d'un discours rationnel et fondé. Le lieu du langage où se joue toute action et tout rapport au

(18) J. LADRIÈRE, *L'articulation du sens*, t. II, *op. cit.*, p. 213.

(19) *Op. cit.*, p. 31.

monde devient ce par quoi se récupère la possibilité d'une quête finalisée du sens et de la vérité. Ce qui risquait de se perdre – la recherche des conditions de l'inconditionné et la liaison du sens et de la garantie de la vérité – se récupère, non plus dans une philosophie de la conscience ou dans une perspective représentationniste, mais dans le lieu même des conditions langagières d'élaboration du sens.

Une seconde attitude, plus radicale, entend prendre en compte plus effectivement les limites pour ne pas dire le paradoxe que révèle l'analyse du langage. Il s'agit ici de poser que la restauration, à titre d'horizon du sens, par le paradigme herméneutique d'un lieu d'identité du monde et du langage, d'un lieu d'identité du soi méconnaît la critique des illusions charriées par la philosophie spéculative ou empiriste, critique qu'annoncent et que signent la philosophie herméneutique et la philosophie pragmatique. Réservant nos présentes réflexions à la théorie narrativiste du droit, nous ne développerons pas ici cette seconde position philosophique qui est par ailleurs la nôtre (20).

Le paradigme herméneutique qui réoriente présentement la philosophie du droit est l'objet d'une lecture conforme très généralement à ce que nous avons appelé l'orientation habermassienne (ou, suivant le cas, dans une version plus restrictive l'orientation gadamerienne). Cette attitude, comme on l'a dit, dénote tout à la fois l'expérience d'une brisure dans les fondements de la raison et, en même temps, une certaine réponse à cette dernière. Tel est bien, semble-t-il, la situation de la réflexion actuelle. Tout à la fois il y a présentement, dans la philosophie du droit postérieure à Hart, une vitalité toute nouvelle de la réflexion sur la nécessaire rationalité de la justification des décisions judiciaires. Tout se passe comme si était ressentie la précarité des anciennes garanties fondationnelles du raisonnement juridique. Même là où auparavant le formalisme ne venait pas assurer l'inconditionné de la décision de justice, d'autres instances de garantie étaient mises en place. L'idéologie scientiste du réalisme américain n'est-elle pas l'expression de cela ? A l'époque présente, les anciennes garanties – la règle, le fait normatif (Gurvitch)... – ne sont plus suffisantes. La décision d'application du droit est de plus en plus perçue comme acte performatif pour lequel le cadre intersubjectif au terme duquel il s'accomplit constitue l'instance de justification finale. Bien plus, que ce soit chez Dworkin, Aarnio, MacCormick, Peczenik..., la question même de la nécessité de la rationalité de l'argumentation devient une question. L'émergence de la question est la trace des conséquences du paradigme herméneutique sur l'exigence autofondationnelle du discours de la raison. Par ailleurs, la théorie de la cohérence narrative (sous ses diverses versions) et, plus précisément, de la « rational acceptability as regulative principle for legal dogmatics » est l'expression de la solution proprement herméneutique à la mise en cause du discours fondationnel qu'apporte le « linguistic turn », notamment dans l'expérience juridique.

Ceci nous amène à notre seconde observation sur le renouvellement des problématiques générées par le « tournant interprétatif » que subit présentement – depuis Hart à tout le moins – la théorie juridique. Cette seconde observation nous aidera d'ailleurs à expliciter quelque peu les conséquences du paradigme herméneutique que la pensée du droit a pris comme voie de réponse à la crise des fondements qu'a entraînée le « tournant interprétatif » induit aussi bien par l'évolution de la philosophie continentale que par le « linguistic turn ».

L'hypothèse que nous voudrions développer ici est la suivante. Si présentement la majorité significative des théoriciens du raisonnement juridique adoptent la théorie de la cohérence narrative dans la justification propre au raisonnement juridique, cette théorie trouve une expression particulière chez Dworkin. Nous nommerons cette dernière :

(20) Cf. A. BERTEN et J. LENOBLE, *Dire la norme*, t. 1, *Les paradigmes en présence*, Bruxelles-Paris, à paraître en 1989.

théorie de la cohérence narrative. Celle-ci est liée à un présupposé épistémologique qu'une double caractéristique spécifie : mise en cause du projet descriptiviste du positivisme juridique, et liaison affirmée d'une théorie de la vérité morale. Cette théorie de la cohérence narrative et ses deux présupposés, ont fait l'objet d'une controverse célèbre entre R. Dworkin et N. MacCormick. Nous tenterons de montrer comment la position dworkinienne – sur ces deux points exclusivement – nous paraît la plus conséquente avec le paradigme herméneutique sur lequel, par ailleurs, les autres théoriciens du droit précités – en ce y compris donc N. MacCormick entendent s'appuyer pour penser le droit. Notons enfin que notre argumentation nous amènera aussi incidemment à situer l'argumentation développée par A. Aarnio sur ces mêmes questions.

La théorie de la cohérence dans le raisonnement juridique se trouve aujourd'hui explicitement énoncée par les auteurs les plus significatifs. N. MacCormick énonce ainsi : « in legal justification there are two distinct sorts of test for coherence : the first, which we may call the "normative coherence" test, has to do with her justification of legal rulings or normative order ; the second, which we may call the "narrative coherence" test, has to do with her justification of findings of fact and the drawing of reasonable inferences from evidence » (21). Comme l'indique le même auteur « coherence can usefully be distinguished from consistency... A set of propositions is mutually consistent if each can without contradiction be asserted in conjunction with every other and with their conjunction ... By contrast coherence... is the property of a set of propositions which, taken together, "makes sense" in its entirety » (22). La cohérence narrative, signifie ainsi référence de l'ensemble des règles et des propositions normatives à des valeurs et des principes qui assurent une représentation cohérente d'une forme de vie souhaitée : the coherence of norms is a matter of their "making sense" by being rationally related as a set, instrumentally or intrinsically, either to the realisation of some common value or values ; or to the fulfilment of some common principle or principles » (23). Sans nous apesantir ici sur la cohérence narrative au sens de MacCormick – c'est-à-dire sur celle qui concerne non les normes juridiques mais la description des faits du litige – relevons cependant cette distinction importante que notre auteur énonce : « ... although there are.... parallels and connections between our two sorts of coherence, there remains an important difference. Narrative coherence has to do with the truth or probable truth of conclusions of fact. But, there is no analogous reason for believing in some sort of ultimate objective, humanity – independent truth of the matter in the normative sphere. Coherence is always a matter of rationality, but not always a matter of truth » (24). L'on verra ci-dessous l'importance de cette conception pour le débat qui nous occupe.

C'est essentiellement dans la même perspective que A. Peczenik et A. Aarnio conçoivent le problème de la cohérence en droit. Ainsi A. Peczenik relève : « Good reasons (in legal reasoning) fulfill the demand of logical consistency and are oriented towards two regulative ideas, the idea that one should be able to express both description and evaluation generally » (25). Il en va de même pour A. Aarnio (26).

(21) N. MACCORMICK, *Coherence in Legal justification*, loc. cit., p. 37.

(22) *Ibid.*, p. 38.

(23) *Ibid.*, p. 41-42.

(24) *Ibid.*, p. 53. Dans cette même perspective, MacCormick relève ailleurs que « coherence concerns the derivability of a novel decision or ruling in law from the preexisting body of law, not the ultimate defensibility of the decision or ruling from a moral point of view » (p. 47).

(25) A. PECZENIK, *Creativity and transformation in legal reasoning*, op. cit., p. 288.

(26) *Op. cit.*, p. 198-201.

La théorie de la cohérence narrative de R. Dworkin recoupe à bien des égards les trois positions précitées ; elle présente cependant certains traits caractéristiques qui expliquent, à défaut de les justifier (sur ceci cf. *infra*), les critiques dont elle fait présentement l'objet. Présentons cette thèse et ses caractéristiques. Nous examinerons dans le même mouvement les critiques que formulent McCormick et Aarnio.

Une remarque terminologique s'impose au préalable. L'expression de cohérence narrative chez Dworkin n'a pas le sens restrictif que lui donne McCormick. L'expression est au contraire l'analogie de ce que vise chez ce dernier le terme de cohérence normative ; la cohérence vise le système juridique lui-même. La thèse prend nom souvent chez Dworkin de thèse de l'unité du droit. Citons ici R. Dworkin : « Le principe d'unité en droit comme principe de décision s'adresse aux juges et aux autres autorités chargées d'appliquer les normes publiques de comportement d'une communauté politique. Il leur prescrit de lire et de comprendre celles-ci, dans toute la mesure du possible, comme si elles étaient l'oeuvre d'un seul auteur, la communauté personnifiée, exprimant une conception cohérente de la justice et de l'équité. Il en résulte le critère suivant de ce qui fait le droit : une proposition de droit est vraie, si elle apparaît comme la meilleure interprétation du processus juridique en son entier, comprenant à la fois l'ensemble des décisions de fond déjà prises et la structure institutionnelle, ou si elle découle d'une telle interprétation » (27).

Le modèle de décision judiciaire ainsi soumis au principe du droit comme unité peut être précisé de deux manières.

Tout d'abord, une telle conception, relève Dworkin, diffère du conventionalisme et du pragmatisme. Suivant ces deux derniers thèmes, la tâche des juges ne consiste nullement en une tâche interprétative du droit en général. Pour les conventionalistes, le juge doit étudier les recueils de jurisprudence et les journaux officiels pour y découvrir les règles adoptées par les autorités compétentes pour les édicter. Sans doute, les normes ainsi découvertes exigent-elles parfois interpellation. Mais il ne s'agit pas d'une interprétation du droit en son entier. A l'inverse, le pragmatisme sollicite du juge qu'il envisage quelles seraient les règles qui seraient les meilleures pour l'avenir : « cet exercice est tourné vers l'avenir et non vers le passé ». Il peut exiger l'interprétation d'un principe extérieur au matériau juridique tel que le critère utilitariste du bien être maximum de la communauté. Mais il ne repose pas sur l'idée d'une interprétation du droit en son ensemble. A l'inverse, la thèse dworkinienne de la cohérence narrative implique qu'à l'instar du technicien du droit, le juge procède par réinterprétation globale de la pratique juridique antérieure. De là la question du modèle interprétatif.

Pour préciser la méthode à suivre dans ce travail intégralement interprétatif du juge, R. Dworkin tout à la fois propose une analyse et définit une double règle.

Pour expliciter la méthode du raisonnement juridique, Dworkin se réfère au modèle herméneutique qui définit la pratique littéraire ou la pratique de l'historien. Le juge serait ainsi dans une position identique à ce romancier chargé d'ajouter un chapitre à un roman commencé par d'autres, tout en faisant en sorte que le roman en cours soit le meilleur roman possible. De là la double règle qui va définir la pratique interprétative et que Dworkin nomme le critère de convenance et le critère de valeur.

Le critère de convenance – où se marque au sens propre la contrainte interprétative qu'exprime l'idée de cohérence narrative – consiste en ceci : le juge doit trancher le cas à l'aide d'une règle qui résulte de la meilleure interprétation de l'histoire juridique passée. Pour ce faire, il doit donc rassembler l'ensemble des règles, précédents et principes susceptibles d'être concernés par le cas en question et déterminer quelle est ou quelles

(27) R. DWORKIN, « La Chaîne du droit », in *Droit et Société*, n° 1, 1985, p. 51.

sont les interprétations qui assurent le respect de la cohérence de l'histoire juridique passée : « Tout comme le romancier participant à un travail en chaîne doit trouver, s'il le peut, une vision cohérente des personnages et du thème telle qu'un auteur unique, hypothétique, ayant cette conception, aurait pu écrire la part du roman déjà faite, Hercule (28) doit trouver, s'il le peut, une théorie cohérente du droit (sur le point soulevé par l'espèce litigieuse) qui aurait permis à une autorité politique unique, qui l'aurait fait sienne, d'apporter aux cas qui font figure de précédents, les solutions données par les juges qui ont en fait été appelés à statuer » (29).

Le critère de valeur vise à départager les diverses interprétations que le juge maintient comme possibles sur base du premier critère. Parmi ces diverses interpellations, le juge retiendra celle qu'il estime la plus conforme aux exigences de la morale politique : quelle est de ces histoires possibles « celle qui montre la communauté sous un meilleur jour, tout bien considéré, du point de vue de la morale politique en général » (30). On retrouve d'ailleurs ici l'analogie avec le travail littéraire, quoique le critère de valeur pour le romancier soit non pas la moralité politique mais la valeur esthétique.

Ainsi qu'on le voit, la démarche interprétative du juge peut l'amener à proposer une interprétation basée sur un principe qui n'a jamais été explicitement reconnu mais qui offre « néanmoins une explication brillamment unifiante des décisions prises, qui les présentent sous un jour meilleur que jamais auparavant » (31). L'interprétation avec sa double dimension – dimension de convenance et dimension de morale politique – est ainsi soumise à une norme de référence générale : rendre la pratique juridique aussi bonne que possible du double point de vue précité.

II. — LA DOUBLE CRITIQUE DE LA THÉORIE NARRATIVISTE DU DROIT

De ce qui précède s'induit la double caractéristique qui définit d'un point de vue épistémologique le modèle dworkinien de la cohérence narrative. Cette théorie est d'une part liée à la mise en cause du caractère descriptiviste de la théorie du droit et d'autre part liée à une théorie cognitiviste des valeurs. C'est au regard de cette double caractéristique que s'est développée la critique de McCormick et, pour partie, celle d'A. Aarnio.

a) La première caractéristique concerne donc le traditionnel idéal descriptiviste de la théorie du droit. L'idée ici est double et est implicite à ce qui précède. Tout d'abord, pour Dworkin, théorie du droit et pratique du juge sont sur un même plan. L'une et l'autre sont intégralement interprétatives du droit en son ensemble. Il y a, comme le dit explicitement Dworkin, un lien intrinsèque entre science du droit et jugement : « ceci est inévitable, si le droit est un concept interprétatif, il ne peut pas y avoir de description de la pratique juridique aussi peu utilitaire qu'elle se veuille, qui ne soit pas déjà engagée dans la voie d'une interprétation controversée » (32). La théorie du droit est interprétation globale de la pratique juridique. Celle-ci n'est en effet, principalement dans les « hard cases », que poursuite de ce travail d'interprétation constante quoique à un niveau plus particulier, sur des points précis de droit. La deuxième idée est liée à la première.

(28) R. Dworkin utilise la métaphore d'Hercule pour qualifier ce juge idéal, « imaginaire à l'intelligence et à la patience surhumaines qui accepterait la thèse de l'unité en droit » (*op. cit.*, p. 55).

(29) *Ibid.*

(30) *Ibid.*, p. 64.

(31) *Ibid.*, p. 65.

(32) *Ibid.*, p. 52, note 1.

L'idée du droit comme concept interprétatif implique en effet que l'on identifie épistémologiquement non seulement science du droit et jugement, mais aussi, par le fait même, théorie de la validité juridique et théorie de l'interprétation juridique. Par là, Dworkin entend réfuter le positivisme juridique. Selon lui le positivisme se ramène à deux thèses. « The first argues that it is characteristic of a legal system that some more-or-less mechanical test provides necessary and sufficient conditions for the truth of propositions about what the law is, as distinct from propositions about what the law should be » (33). La seconde consiste en ce que la vérité des propositions de droit n'implique en rien une ontologie autre qu'une ontologie empiriste.

Sans développer ici la théorie bien connue de Dworkin sur la théorie du pouvoir « discrétionnaire » du juge dans les « hard cases », on sait qu'il considère que le droit ne se réduit pas à l'énoncé des règles (« rules ») mais qu'il contient aussi des « principes », ces principes auxquels les juges font immanquablement référence pour résoudre ces « hard cases ». Ces principes induisent une triple considération.

La première est qu'à la différence des positivistes, Dworkin estime que, dans les cas difficiles (hard cases), c'est-à-dire dans ces litiges où l'appel aux seules règles ne suffit pas pour trancher le cas (antinomie, lacune, interprétation controversée), le juge ne dispose point d'un réel pouvoir discrétionnaire mais doit se référer aux principes contenus dans le droit. Ces principes sont constitutifs de droits subjectifs en manière telle qu'une décision de justice est toujours reconnaissance d'un droit subjectif qu'une partie peut invoquer.

La seconde est que le jugement basé sur des principes atteste du caractère inévitablement moral du jugement juridique : « Since different sets of principles will be consistent with legal history, the question of which of these provides the best justification of that history will be a matter of moral judgment » (34). Cette dimension morale du jugement juridique n'implique cependant point que l'on puisse identifier ce jugement avec celui qui tenderait à définir l'idéal moral. Pour Dworkin, il faut en effet distinguer deux questions différentes : quel est le système juridique idéal et quelle est la meilleure justification qui peut être fournie de l'histoire juridique actuelle de notre communauté ? Le juge « Hercule » n'est confronté qu'à cette dernière question (35).

Enfin la troisième considération qu'induit la prise en considération des principes à titre d'éléments du droit est le caractère radicalement interprétatif du concept de droit. La dimension juridique d'un principe devient l'effet d'une interprétation de la valeur symbolique des comportements constitutifs de l'histoire juridique et cette interprétation, toujours à reprendre, consiste, en un moment donné, en la meilleure histoire possible qui rend compte de notre moralité politique et de notre pratique passée.

C'est dans la ligne des considérations qui précèdent que se profile la seconde caractéristique de la théorie de la cohérence narrative de Dworkin. Cette thèse, non seulement met en cause l'idéal descriptiviste du positivisme juridique, mais en plus dénie le scepticisme moral que promeut généralement ce dernier. A l'encontre, en effet, d'une éthique non cognitiviste, R. Dworkin refuse tout aussi bien le modèle naturaliste de

(33) R. DWORKIN, « A reply by R. Dworkin », in Marshall Cohen (editor) *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Totowa (New Jersey), Rowman and Allanheld, 1983, p. 247.

(34) *Ibid.*, p. 254. De là la différence entre règles et principes : à la différence de ce qui se passe pour les principes, « on ne peut pas dire qu'une règle est assez importante au sein d'un système de règles pour qu'en cas de conflit entre ces deux règles, l'une l'emporte en raison de son plus grand poids » (*La chaîne du droit, op.cit.*, p. 39-40).

(35) Sur ceci R. DWORKIN, A reply by R. Dworkin, *op.cit.*, p. 254. De là aussi la différence que tente d'articuler le même auteur entre jugement juridique et jugement politique, entre *legal rights* et *legislative rights*, et, de même, sa critique du pragmatisme utilitariste.

l'intuitionisme moral que le modèle constructiviste à dominante relativiste. Son modèle, s'il est de type constructiviste, repose sur la thèse que les jugements moraux peuvent être objectivement vrais ou faux : « the claims of political morality may be true or false or, if one prefers, more or less accurate » (36).

b) C'est en regard de cette double caractéristique que s'est donc développée la critique de N. McCormick, et, pour partie, d'A. Aarnio. L'hypothèse que nous allons tenter de soutenir est que cette critique paraît difficilement acceptable si l'on entend, par ailleurs, comme c'est le cas pour McCormick ou pour A. Aarnio, soutenir intégralement le point de vue herméneutique comme paradigme épistémologique de la théorie du droit. Avant d'exposer cette critique, une double remarque préalable s'impose.

Tout d'abord, il est intéressant de relever que la divergence théorique profonde qui oppose Dworkin et McCormick quant à la théorie de la cohérence narrative en droit ne semble pas avoir d'effet sur leur analyse de la démarche concrète qu'a le juge dans les « hard cases ». Comme le dit Dworkin à propos des analyses de son contradicteur, tout en déniait le relativisme et le scepticisme moral que celui-ci professe, « I do accept his account of what we might call the phenomenology of her judicial decision. Hercules can proceed in the way McCormick describes, constructing general theories of law that he believes are the best that can be constructed » (37). L'observation est intéressante. En effet, n'autorise-t-elle pas à souligner le peu d'effet qu'aurait l'adoption d'un point de vue cognitiviste ou non-cognitiviste en matière de morale ? La divergence n'est-elle pas plus apparente que réelle ou, plus exactement, pas neutralisée dans ses effets par leur convergence plus fondamentale ? C'est en effet ce que nous verrons ci-dessous : le paradigme herméneutique oblige à interroger le scepticisme et réciproquement une reconsidération du problème de la vérité obligerait à réinterroger le paradigme herméneutique. Mais n'anticipons pas.

Ensuite, il nous faut nuancer dès à présent notre rapport à Dworkin. Si nous allons tenter de montrer en quoi selon nous la position de Dworkin est préférable à celle de McCormick ou d'Aarnio dans le débat qui les oppose, une double réserve est à formuler. D'une part, c'est sous la condition que soit endossé, comme c'est le cas pour ces auteurs, ce que nous avons appelé la solution herméneutique du tournant interprétatif qu'a imposée notamment la philosophie du langage ordinaire au positivisme empiriste des sciences sociales. Au contraire, nous tenterons de montrer en quoi cette solution herméneutique, quelle que soit la validité de sa critique à l'égard du positivisme empiriste, est à modaliser à raison de la théorie du langage qu'elle présuppose. D'autre part, notre appui à Dworkin ne porte que sur la double caractéristique précitée de sa théorie de la cohérence narrative. Comme nous l'avons laissé entrevoir dans l'introduction, nous n'entendons ici nullement nous prononcer sur tous les autres aspects de cette théorie, tel celui qui porte sur la distinction jugement juridique/jugement politique.

La critique de McCormick est pour l'essentiel développée dans un article intitulé « Dworkin as Pre-Benthamite » (38). La critique, comme on l'a déjà laissé entendre, est double et porte à la fois sur la mise en cause par Dworkin du caractère descriptif de la science du droit et sur le cognitivisme moral. Dworkin, note cet auteur, développe un programme pré-benthamien en ce qu'il lie indissociablement l'aspect descriptif et évaluatif de la théorie du droit, refusant ainsi la perspective positiviste développée depuis Bentham de la séparation « of expository and censorial jurisprudence, legal facts and

(36) *Ibid.*, p. 278.

(37) *Ibid.*, p. 279.

(38) N. MACCORMICK, « Dworkin as Pre-Benthamite », in R. Dworkin and *Contemporary jurisprudence, op. cit.*, p. 182 et s.

legal values » (39). Le programme de Dworkin n'est point réalisé. Sans doute, relève Mac Cormick, le raisonnement juridique implique recours non seulement à des règles mais aussi à des principes et donc à des valeurs. « It would be only a matter of arbitrary fiat answering no good end of understanding if these elements of principle or policy were ruled out in an exposition or description of the law which exists within some jurisdiction. What that says, however, is only that a good description (or definition) of law must be expanded beyond a mere account of "rules". It does not say or mean that descriptions as distinct from criticism of law is impossible. No doubt the legal system of the Soviet Union or of the Republic of South Africa is pregnant with principles as well as with rules, and should be seen and grasped as such. The principles, however, may be from my point of view very bad ones ; I may rightly wish to proceed from description to criticism – and the mere observation that law comprises principles and policies as well as rules in no way impedes that proceeding, nor justifies the thesis that expository and censorial jurisprudence are, after all, identical » (40).

La deuxième critique de MacCormick est liée à celle qui précède. Elle porte sur la théorie dworkinienne de la « right answer », c'est-à-dire en dernier ressort sur son cognitivisme moral. En fait, nous dit-il, le modèle constructiviste de Dworkin se ramène à être en définitive un modèle naturaliste masqué, reposant donc sur un intuitionnisme moral générateur de iusnaturalisme. Une telle position, s'agissant de l'appliquer au juge, doit être déniée. Bien sûr les juges doivent, dans les cas difficiles, faire prévaloir celui des principes qu'ils estiment, avoir le plus grand poids au regard des circonstances d'espèces. Il reste que « this is not a matter which can be decided in a theory-independent way, nor can the question which is really best among the theories, which people think best be answered in a theory-independent way. If "constructivism" is correct Hercules can finish his job only at the far end of an infinite regress » (41). Le relativisme ou scepticisme s'imposerait pour la raison qu'il n'existerait pas comme le dit Dworkin résumant l'argument, de point d'Archimède (*Archimedian point*).

La critique d'Aarnio semble, d'une certaine manière, plus restreinte en tant qu'elle ne paraît porter que sur le deuxième point. Sur la première question en effet, Aarnio paraît prendre acte du caractère irréductiblement interprétatif de la science du droit et par conséquent, lier théorie de la validité et théorie de l'interprétation, remettant en cause ainsi le point de vue empiriste de l'idéal descriptiviste de la science du droit. Le droit ne se laisse saisir que dans une interprétation toujours à reprendre. Aarnio le dit clairement : « the main content of legal dogmatics, in any case, consists of interpretative stand-points, i.e. standpoints concerning the meaning contents of the law in "hard case" – type situations the goal of legal dogmatics is not in these cases to reach acceptance but rational acceptability » (42). Dans cette perspective, il note : « rational acceptability as a regulative principle for legal dogmatics has the same role as truth has in empirical sciences » (43) ; et encore, à propos de ce principe régulateur : « an ideal and particular audience is a group in which a rational consensus can be achieved » (44). La marque de J. Habermas est des plus manifeste.

Cette filiation habermassienne rend d'autant plus insolite alors la critique qu'Aarnio adresse à la théorie dworkinienne de la cohérence narrative en tant que cette dernière présuppose celle de la « one right answer ». La position d'Aarnio est en deux temps.

(39) *Ibid.*, p. 183.

(40) *Ibid.*, p. 191.

(41) *Ibid.*

(42) A. AARNIO, *op. cit.*, p. 184-185.

(43) *Ibid.*, p. 227.

(44) *Ibid.*, p. 226.

Tout d'abord il pose que dénier la thèse de la « one right answer » implique aussi le déni de cette doctrine même là où elle prend un sens faible, c'est-à-dire là où elle signifie que si on admet l'existence d'une seule réponse correcte à un problème juridique, on tient cependant pour impossible de découvrir cette réponse « juste ». Dans une telle conception, « the one right answer is an ideal that can never be reached but which forms the regulative goal of all legal interpretation » (45).

Ensuite, dans la version concrète que lui donne Dworkin, la thèse de la « one right answer » est déniée par notre contradicteur, quoique de manière, nous semble-t-il, quelque peu ambiguë. « The best possible theory » – sur cette théorie de Dworkin *cf. supra* – is a postulated ideal which entitles us to say that a certain decision is the right one, as it corresponds to the ideal. At the same time, however, it is only a postulated ideal ». Dans le même sens, Aarnio continue en relevant : c'est un postulat philosophique injustifiable lié à l'affirmation de valeurs absolues ; « furthermore, our western legal culture is not based on such absolute ideas » (46). C'est ambigu car on semble pouvoir repérer deux critiques distinctes. D'une part, la théorie de Dworkin impliquerait qu'on pourrait découvrir la « one right answer » : la solution juste serait connaissable. D'autre part, même à interpréter plus soupagement la solution d'Aarnio, il s'ensuivrait que la théorie de la « best possible theory » serait critiquable même dans un sens faible, c'est-à-dire là où elle constituerait un simple idéal.

Cette double critique de MacCormick et d'Aarnio se justifie-t-elle si l'on prend acte à tout le moins de ce que l'un et l'autre entendent travailler à la lumière du paradigme herméneutique. La question ici posée consiste donc à voir si la théorie herméneutique du droit ne trouve pas dans la théorie de la cohérence narrative de Dworkin une expression des plus conséquentes. Cela revient aussi à se demander si le malaise que ressentent MacCormick et Aarnio face au cognitivisme moral de Dworkin et le reproche implicite de dogmatisme qu'ils lui adressent, à être pris au sérieux, non seulement devrait s'autoriser au plan épistémologique d'une interrogation critique sur ce que nous avons appelé la solution herméneutique du tournant interprétatif postempiriste, mais aussi aurait à se réfléchir dans une phénoménologie de la décision judiciaire neutralisant les effets dogmatiques ainsi liés à ce présupposé cognitiviste. Mais à nouveau n'anticipons pas sur notre raisonnement et contentons-nous à ce stade d'examiner succinctement les réponses philosophiques que justifient la solution herméneutique aux critiques adressées par MacCormick et Aarnio à l'égard de la théorie de la cohérence narrative de Dworkin.

Relevons tout d'abord un aspect important de la réponse que Dworkin lui-même oppose à ses deux contradicteurs quant à leur critique de sa « one right answer ». Deux observations sont ici à faire.

Tout d'abord, ne faut-il pas souligner que, malgré sans doute certaines formulations parfois hasardeuses, Dworkin paraît concevoir sa théorie de la « one right answer » non comme l'affirmation de la connaissance possible de la vérité morale mais dans le sens faible que lui donne Aarnio, c'est-à-dire comme l'idéal régulateur qui norme et sert d'horizon de sens au raisonnement juridique. La manière même dont Dworkin présente son modèle de juge nommé « Hercule » paraît justifier cette interprétation : ce juge est lui-même qualifié de « juge imaginaire à l'intelligence et à la patience surhumaines » (*imaginary judge of superhuman intellectual power and patience*) (47). Par ailleurs, l'analogie avec le jeu littéraire du roman écrit successivement par plusieurs romanciers induit la même interprétation kantienne de la « vérité » des valeurs (sur cette interprétation kantienne, *cf. infra*).

(45) *Ibid.*, p. 159.

(46) *Ibid.*, p. 165.

(47) R. DWORKIN, *Law's Empire*, Londres, Fontana Press, 1986, p. 239.

Ensuite, citons simplement l'argument principal que Dworkin oppose à MacCormick. C'est une reprise pure et simple de l'argument logique que l'on oppose à la thèse sceptique. Le sceptique ne peut sans se contredire lui-même, affirmer sa propre thèse. Comme le dit Dworkin : « if MacCormick does not allow truth when reasonable people can disagree, and there is no canonical proof, why does he think there is a right answer to the question of moral "objectivity" ? » (48).

Sur la critique relative à la mise en cause par Dworkin de l'idéal descriptiviste notre réponse sera succincte. Non pas que le problème soit aisé. Il appelle au contraire de profonds développements qui appellent une étude particulière. Mais dans le cadre de cette présente étude une double considération suffit.

La première est un simple rappel de ce que l'on a déjà dit, augmenté cependant d'une référence à Habermas. Le choix même du paradigme herméneutique, avons-nous déjà dit, implique que le droit ne soit point identifié à un donné empirique, observable mais qu'il soit identifié à des symboles, c'est-à-dire à une signification attachée à des comportements, en l'espèce linguistiques (règles, précédents, etc...). La dimension symbolique est même double, au second degré en quelque sorte si l'on s'attache aux « principes » et non plus aux règles pour la raison qu'en règle générale, ils n'ont pas de supports comportementaux censés explicitement les énoncer. De là, il faut admettre que l'attitude du théoricien du droit, comme celle du juge s'attachant à définir ce qu'est le droit est une attitude qui vise non à dire ce qu'il en est des choses (comme l'attitude propre des scientifiques) mais à comprendre ce que d'autres auparavant leur ont dit. Leur attitude est interprétative. Il n'y a pas objectivation d'un donné qui s'impose mais interpellation du sens d'un comportement qui demande compréhension.

Cette attitude d'interprétation a une triple conséquence méthodologique, relève J. Habermas. Citons ici seulement la première qui nous concerne plus directement : « Premièrement, les interprètes renoncent à la supériorité dévolue à la position privilégiée de l'observateur puisqu'ils sont impliqués en personne (au moins virtuellement) dans les débats concernant le sens et la validité des énoncés. En prenant part à des actions communicationnelles, ils acceptent, par principe, un statut identique à celui des personnes dont ils veulent comprendre les énoncés » (49). De là aussi d'ailleurs le fait que la détermination de la signification – donc, si on extrapole l'ensemble des comportements linguistiques qui servent de support aux sources normatives, la détermination du droit – est une opération jamais close. A chaque fois, elle est à relancer. L'intercompréhension implique relance virtuelle de la critique et relance d'un sens que rien ne vient épuiser. La dimension proprement langagière du droit est là qui se marque. On entrevoit ici les conséquences de l'analyse habermassienne de la pragmatique formelle sur celle de l'opération de juger. Bien que R. Dworkin n'ait ni construit ni dégagé ces conséquences, ne les a-t-il pas partiellement intuitionnées ? De ce point de vue l'image dworkinienne du roman à composition successive et l'expression de « chain of law » sont des plus expressives. Ce n'est pas pour autant cependant qu'en un moment de la chaîne, le processus ne soit pas à arrêter, où l'on en vient à notre seconde considération.

La mise en cause de l'idéal descriptiviste n'implique pas abandon à un subjectivisme axiologique. Si l'on suit Habermas sur ce point – ce que fait d'ailleurs dans notre

(48) A reply by Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 280 ; dans le même sens, il avait noté précédemment (p. 279) : « Of course there is not (Archimedean point). A neutral point of view is the point of view of someone with no moral convictions, and nothing about morality could possibly be decided from such a point of view. But that includes the negative thesis of morality, that no moral claim is "really" right or accurate or sound or true, because that is also a moral claim, if it is a sensible claim at all ».

(49) J. HABERMAS, *op. cit.*, p. 47.

domaine A. Aarnio – le processus interprétatif reste traversé par une rationalité qu'aident à définir, dans les règles qui lui sont constitutives, les présupposés, plus exactement les conditions de possibilité du cadre intersubjectif et communicationnel où se forme l'opération interprétative. C'est dans cette même perspective aussi d'ailleurs qu'Habermas tente de repenser le problème de l'objectivité herméneutique des sciences « sociales ».

A ce même niveau se trouve la réponse à la critique sceptique qu'avancent tant MacCormick qu'Aarnio. Une dernière observation avant de passer à cette seconde argumentation. MacCormick a raison de souligner que sa « description » du système juridique soviétique est à distinguer de l'évaluation critique qu'il pourrait éventuellement en faire. (50) La mise en cause qui précède ce caractère descriptif n'implique pas que nous identifions automatiquement le point de vue interprétatif de la théorie du droit avec toute évaluation quelle qu'elle soit. Le « jugement juridique » qui traduit le modèle herméneutique de la théorie du droit et de la décision du juge repose sur des contraintes interprétatives, sur un modèle de rationalité qui le distingue – dans une mesure que nous ne prétendons pas définir ici – du jugement (de l'évaluation) politique. La distinction ne recoupe cependant pas la distinction description d'une part, évaluation de l'autre.

C'est, à certains égards, le même type d'argumentation théorique que celle utilisée par Habermas pour restaurer la valeur explicative des sciences herméneutiques que celui-ci utilise pour contrer la thèse non cognitiviste des valeurs. La démarche est ici aussi régressive. La dimension intersubjective où se marque l'expérience langagière en laquelle se construit le discours normatif recèle, au titre des conditions de possibilité qu'elle présuppose, la réponse aux conditions de validité de ce discours. On voit donc combien l'argument habermassien aboutit à lier logiquement ce que nous avons appelé la solution du paradigme herméneutique et l'éthique cognitiviste.

Nous n'allons pas ici ni développer, ni discuter le raisonnement d'Habermas. Nous nous contenterons d'en reprendre seulement la structure logique pour montrer comment elle paraît conduire à ce que A. Aarnio appellerait la théorie de la « one right answer » en un sens faible.

L'argumentation d'Habermas n'est pas sans lien avec la réponse que Dworkin adresse à l'argument sceptique de MacCormick. Habermas reprend cette réponse traditionnelle pour la fonder non plus sur une position monologique mais au contraire sur la structure performative de l'action communicationnelle relative à des normes. La contradiction de la position sceptique devient une contradiction performative.

Le raisonnement d'Habermas est en trois temps (51). Le premier temps du raisonnement se subdivise lui-même en deux étapes. Tout d'abord – reprenant là le chemin déblayé par la phénoménologie linguistique de Strawson – Habermas entend montrer qu'une éthique purement empiriste aboutit à neutraliser la prétention à la validité dont s'accompagne les comportements linguistiques relatifs à des normes : « Dire que l'on doit faire quelque chose, revient à dire que l'on a de bonnes raisons de le faire » (52). L'on notera que c'est là une considération qui n'est pas sans rappeler celle par laquelle Hart entend dénoncer la théorie impérativiste, le réalisme américain et le réalisme scandinave en droit.

Ensuite, sur cette base, Habermas relève que s'agissant d'expliquer le sens de cette prétention à la validité, la position sceptique en laquelle se ramènent les conceptions éthiques émotiviste, impérativiste ou prescriptiviste repose sur des affirmations méta-

(50) « Dworkin as pre-Benthamite », *op. cit.*, p. 191.

(51) J. HABERMAS présente la forme complète de ce raisonnement dans « Notes programmatiques pour fonder en raison une Ethique de la discussion », in *Morale et Communication*, *op. cit.*, p. 63-130.

(52) *Ibid.*, p. 69.

éthiques qui ne sont pas sans critiques. Reprenons ici Habermas lui-même : « Le point de vue non cognitiviste s'appuie essentiellement sur deux arguments : a) sur l'indication empirique selon laquelle il est normalement impossible d'aplanir le différend suscité par les questions de principe en morale ; b) sur l'échec que nous avons déjà mentionné de la tentative visant à expliquer l'exigence de vérité des propositions normatives, tant dans le sens où l'entend l'intuitionnisme ... que dans celui où l'entendent le droit naturel classique ou l'éthique matérielle des valeurs (Scheler, Hartmann). Or on peut invalider la première objection en désignant un principe qui soit à même de susciter, dans le principe, une entente mutuelle dans les argumentations morales. Quant à la seconde objection, elle s'évanouit dès l'instant où l'on renonce à l'axiome selon lequel tout énoncé normatif, présentant simplement une exigence de validité, ne pourrait être dit valide – ou non valide – que dans l'esprit de la vérité propositionnelle » (53). Il faut donc poser que la validité de la proposition normative n'est pas la vérité – elles ne sont en effet ni vérifiables ni falsifiables – mais la justesse (Dworkin parle d'ailleurs lui aussi d'*accurate norms*) : « il nous faut donc partir de l'hypothèse selon laquelle l'exigence de validité serait analogue à celle de vérité » (54). Ici nous passons au second temps du raisonnement.

Dans un second temps, Habermas va tenter d'étayer cette hypothèse en validant l'existence d'un principe qui permet d'assurer l'entente mutuelle.

Ici aussi le raisonnement est en deux étapes. D'une part, il montre que la spécificité de l'exigence de validité dont s'accompagnent les normes – la justesse normative – par rapport à celle dont s'accompagnent les assertions – la vérité – justifie que la réponse à cette exigence de validité soit trouvée dans la structure logique de l'argumentation morale. La raison est qu'à la différence de ce qui se passe entre l'existence des états-de-chose et l'attente que les propositions assertoriques qui leur correspondent puissent être justifiées (55), il existe au contraire un rapport étroit « entre "l'existence" des normes d'action, d'une part, et la possibilité escomptée de justifier les propositions prescriptives qui correspondent à ces normes, d'autre part » (56). De là l'idée de lier directement la question des conditions de validité des jugements moraux à une logique de discussions pratiques. Où nous passons à la seconde étape.

Le principe logique qui soutient l'argumentation est le principe d'universalisation (U). Lui seul assure l'entente mutuelle dans les discussions pratiques, principe-passerelle qui joue donc un « rôle équivalent à celui du principe d'induction dans le discours de la science empirique » (57). Ce principe d'universalisation, qui n'est évidemment pas sans lien avec l'impératif catégorique kantien, reçoit de Habermas une portée qui le rend dépendant d'une argumentation effectivement menée et non pas du seul jeu monologique de la pensée (58). Reste qu'il faut fonder en droit ce principe-passerelle. C'est la portée du troisième temps du raisonnement.

Ce troisième temps consiste en une modalisation « quasi-transcendentale » de la pragmatique transcendentale de Apel. Nous ne reprendrons pas ici, quelle qu'en soit l'importance, la nuance qui démarque Apel de Habermas – lequel réfute le transcendantalisme de Apel pour maintenir la marque historique et donc aléatoire ou précaire de l'acquis que

(53) *Ibid.*, p. 77.

(54) *Ibid.*, p. 78.

(55) Il n'existe en effet pas de « relation interne entre l'existence des états-de-chose et l'attente, manifestée par un groupe déterminé de personnes, que les propositions assertoriques qui leur correspondent soient justifiées » (*ibid.*, p. 183).

(56) *Ibid.*, p. 83.

(57) *Ibid.*, p. 84.

(58) V. sur ceci, *ibid.*, p. 88-89.

représente notre rationalité argumentative. Reprenons seulement la substance de la fondation en raison du principe U. L'argument est tiré des présuppositions mêmes de l'utilisation performative du langage que dénote l'argumentation communicationnelle. Il y aurait contradiction performative à dénier le principe U en tant que celui-ci est présupposé à titre de condition de possibilité de l'acte performatif qu'implique l'argumentation morale et la prétention à la validité qu'elle manifeste : « La fondation en raison que l'on exige du principe moral proposé pourrait dès lors prendre une forme telle que toute argumentation, quel que soit le contexte dans lequel elle est produite, repose sur des présuppositions pragmatiques ayant un contenu propositionnel duquel on peut déduire le principe d'universalisation U » (59).

Par évidence, cette fondation en raison, qu'elle soit transcendentale ou quasi transcendentale, débouche sur l'affirmation non dogmatique de la « vérité » ou plus exactement de la « justesse » des questions pratiques. Cette justesse est un simple horizon de sens toujours anticipé et jamais atteint. C'est une Idée au sens kantien, un principe de la réflexion au sens que Kant donne à ce terme dans sa troisième critique. De là le lien avec l'expression de Aarnio : « one right answer in a weak sense ».

CONCLUSIONS

Les développements qui précèdent avaient pour but de montrer que, dès l'instant où l'on s'engagerait dans ce que nous avons appelé « la solution herméneutique du tournant interprétatif » opéré ces dernières années en théorie du droit, la théorie de la cohérence narrative de Dworkin paraît exprimer des positions épistémologiquement conséquentes avec le paradigme utilisé. Les critiques qui sont adressées par N. MacCormick et A. Aarnio paraissent difficilement compatibles avec le paradigme qu'ils entendent eux-mêmes mettre en scène.

Ce paradigme n'est-il cependant pas lui-même susceptible d'être interrogé sans pour autant remettre en cause le tournant interprétatif récemment pris par la théorie du droit. Le refus du dogmatisme dont semble s'autoriser alors les critiques de N. MacCormick et d'A. Aarnio pourraient peut-être alors trouver à se reformuler et à être exprimé par le biais d'autres arguments théoriques.

Il faudrait pour se faire s'interroger sur les limites internes du paradigme ainsi mis en œuvre. Or, dans les travaux contemporains qui s'inscrivent dans cette perspective, de nombreux symptômes témoignent de certaines faiblesses et carences de la démarche herméneutique. Nous nous contenterons ici d'en relever trois.

Un premier indice pourrait être pris tout d'abord des difficultés que semble rencontrer certains des meilleurs théoriciens partisans d'une lecture herméneutique du droit, tels N. MacCormick et A. Aarnio, pour dégager les implications philosophiques de leur paradigme sur la théorie de la raison pratique. Témoigne de ce fait le débat autour de R. Dworkin signalé précédemment et l'ambiguïté de la tentative de ces auteurs à concilier herméneutique et empirisme, herméneutique et scepticisme ou non-cognitivism éthique.

A l'inverse – et ce sera notre second indice – la critique que ces mêmes auteurs adressent à R. Dworkin, même si elle nous paraît non correctement fondée, n'est pas sans éclairer certaines équivoques de la théorie dworkinienne de la cohérence narrative. Les traces de dogmatisme que MacCormick et Aarnio croient pouvoir déceler au sein de cette dernière sont-elles sans aucune réalité ? Tout semble en effet se passer comme si l'ouverture théorique que nous paraît représenter la théorie de Dworkin dans l'étude du discours juridique restait prisonnière de limites impensées. Point d'avancée dans la ré-

(59) *Ibid.*, p. 103.

flexion contemporaine du droit, la théorie narrativiste semble cependant elle-même opaque aux conséquences ultimes de sa propre démarche.

Alors même que la théorie de la pragmatique formelle de Habermas justifie – comme nous l'avons vu – la lecture narrativiste du droit et l'analyse du raisonnement juridique que celle-ci induit, Dworkin ne produit nullement les conséquences de cette théorie pragmatique sur l'opération de qualification du juge. Pour ne pas percevoir que celle-ci est à définir comme une opération pragmatique et non pas sémantique, Dworkin risque parfois de rester prisonnier d'une lecture de l'opération de juger conçue comme une opération de subsumption.

Il s'agit bien chez Dworkin d'un impensé car si l'on suit les analyses philosophiques contemporaines du modèle narrativiste, on est conduit précisément à une telle lecture pragmatique de la théorie de l'interprétation. Les travaux récents de P. Ricœur sont, ainsi que nous avons tenté de le montrer ailleurs (60), sur ce point des plus féconds pour la philosophie du droit. Par ailleurs, cet impensé chez Dworkin ne trouve-t-il pas aussi à s'exprimer dans cette ambiguïté du rapport qu'il pose entre l'exigence pour le juge de satisfaire au « test de convenance » (61). 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.

Sur ce point donc Dworkin aurait intérêt à être prolongé et radicalisé dans sa reconstruction du raisonnement juridique par les réflexions contemporaines d'Habermas sur la pragmatique formelle et l'analyse communicationnelle de la « rationalité morale-pratique » (discours normatif). Ce qui nous amène à notre troisième indice des limites-symptomales des lectures herméneutiques du droit.

Ce troisième indice est à prendre chez Habermas lui-même. Un apparent paradoxe affecte l'approche habermasienne du droit. Nous venons de signaler que les développements épistémologiques d'Habermas sur l'herméneutique et sur la rationalité propre du discours normatif nous permettent de montrer en quoi la théorie de la cohérence narrative de R. Dworkin paraît la version la plus adéquate d'une philosophie herméneutique du droit. À l'inverse cependant, Habermas lui-même reste rivié à l'analyse weberienne du droit qui ramène la rationalité juridique au modèle de la « rationalité cognitive-instrumentale ». Bien qu'il fasse droit, à la suite d'Alexy, au caractère « argumentatif » et non pas « stratégique » des débats juridictionnels (62), Habermas, suivant en cela le modèle kantien de l'opération de juger, reste inféodé à une lecture « syllogistique ». Habermas, qui n'a de cesse pourtant de justifier les effets pervers des analyses sémantiques de l'agir rationnel, manque le moment proprement pragmatique de l'agir juridique, moment pragmatique qu'il a pourtant si bien mis en évidence dans ses analyses plus générales de la rationalité du discours pratique.

Ces trois indices semblent témoigner d'une limite fondamentale de la compréhension herméneutique. Cette limite, comment la cerner ? Sans doute est-ce par une exploration de la philosophie du langage sous-jacente à l'herméneutique qu'elle pourra se dégager. Si, à l'inverse d'autres paradigmes épistémologiques, la philosophie herméneutique repère

(60) V. sur ceci notre article « Philosophie contemporaine du droit et modèles herméneutiques » in *Etudes d'anthropologie philosophique*, 4, Bibliothèque de l'Institut Supérieur de Philosophie, Louvain, éd. Peeters (à paraître).

(61) De là aussi, nous semble-t-il, l'ambiguïté de son rapport entre jugement juridique et jugement politique : comment penser les différences entre le critère de moralité publique et le critère utilitariste dans un modèle de rationalité qui lie validité et interprétation.

(62) V. ceci in J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel*, t. 1, t. f. par J.-M. Ferry, Paris, Fayard, 1987, p. 408, note 63.

admirablement la condition de possibilité de l'ordre du sens, elle manque cependant par ailleurs la condition de possibilité de l'ordre du discours au sein duquel se constitue l'ordre du sens. C'est, nous semble-t-il, pour manquer ce second moment – ce que seul peut révéler une approche affinée du langage – que les philosophies herméneutiques – quoiqu'aussi novatrices que celles de Dworkin pour le droit ou d'Habermas sur un plan plus général – gardent, à des degrés divers, certaines traces du dogmatisme auquel conduit une approche syllogistique de l'opération de juger ou – cela revient au même – l'insuffisante prise en compte des conséquences ultimes du caractère argumentatif et pragmatique de l'opération de qualification, centrale dans le raisonnement juridique.

Une telle critique, strictement philosophique, excède le cadre strict de la philosophie du droit, et réenracine sa problématique dans la raison pratique et politique. Repenser l'espace public et donc le jugement politique à la lumière d'une « herméneutique critique d'elle-même » est alors le projet qui s'ouvre pour la raison (63).

(63) J. LENOBLE et A. BERTEN, *Dire la norme*, t. 1, *Les paradigmes en présence*, Bruxelles-Paris, à paraître en 1989.