

ACTUALITÉS CONSTITUTIONNELLES

NOTE DE LECTURE

Le juge romancier A propos de « L'empire du droit » de Ronald Dworkin (*)

L'empire du droit, un des ouvrages majeurs de Ronald Dworkin, est à présent disponible en traduction française. Voilà qui devrait permettre au public francophone d'accéder à une meilleure connaissance d'une partie au moins des débats qui animent la philosophie du droit outre-Atlantique. Au sein de ces débats, R. Dworkin occupe une place centrale. La revue *Philosophy and Public Affairs* a publié en 1977 à son sujet un article intitulé « The Third Theory of law » (1). Par ce titre, l'auteur entendait signifier que la théorie dworkinienne résiste à toute catégorisation dans l'une ou l'autre des tendances classiques de philosophie politique : ni positiviste, ni iusnaturaliste, elle apparaît comme une théorie originale. Depuis cette date, R. Dworkin a considérablement approfondi et affiné son modèle. Un débat important s'est développé aux Etats-Unis autour de ses idées. *L'empire du droit* constitue un ouvrage de base pour qui veut aborder la philosophie du droit et la philosophie politique contemporaines de tradition anglo-saxonne.

La question posée par R. Dworkin dans *L'empire du droit* se ramène en fin de compte à cette interrogation, lancinante pour les philosophes du droit : qu'est-ce que juger ? Que fait le juge lorsqu'il tranche un litige ? Plus spécifiquement, le juge est-il contraint dans son jugement ? Et, dans ce cas, de quelle nature sont les contraintes qui pèsent sur l'acte de juger ? Ou bien est-il totalement libre de juger, sa décision étant susceptible d'être, à la limite, influencée par ce qu'il a mangé au petit déjeuner ?

C'est une véritable théorie herméneutique de l'acte de juger que R. Dworkin livre dans cet ouvrage. Il s'inscrit dans une réflexion menée par l'auteur depuis de nombreuses années sur l'interprétation, et singulièrement l'interprétation en droit.

Si la question est centrale pour la philosophie du droit, elle l'est tout autant pour les praticiens, pour les juristes — constitutionnalistes ou autres — confrontés activement ou passivement à l'acte de juger. Un des mérites du livre de R. Dworkin, et ce n'est pas le moindre, est, à cet égard, de proposer une réponse dans un langage très accessible aux juristes peu familiarisés avec la théorie ou la philosophie du droit.

Mais si ce livre se lit (presque) comme un roman, ce n'est pas à dire que la forme nuirait au fond. Il ne s'agit aucunement de vulgarisation. Le modèle proposé par

(*) R. DWORKIN, *L'empire du droit*, traduit de l'anglais par E. SOUBRENIE, Paris, P.U.F., 1994. L'ouvrage original a été publié en 1986 par les Harvard University Press, sous le titre *Law's Empire*.

(1) J. MACKIE, « The Third Theory of Law », *Philosophy and Public Affairs*, 1977, p. 3.

R. Dworkin est pris très au sérieux par ses pairs, la meilleure preuve en étant qu'il a été abondamment critiqué. Certains auteurs outre-Atlantique en sont même venus à engager avec R. Dworkin une polémique tout à fait passionnante au départ de ses thèses, et chaque épisode de la controverse est à son tour abondamment commenté.

Dans *L'empire du droit*, R. Dworkin part de deux postulats fondamentaux qu'il va tenter de démontrer. Le premier de ces postulats peut se ramener à ceci : tout acte de juger est par essence interprétatif. Dès lors, le droit est, à l'instar d'autres pratiques sociales, un concept interprétatif. Le second postulat prétend qu'à tout problème posé au juge, il existe une seule bonne réponse, ou à tout le moins, une réponse meilleure que les autres (*one right answer*).

Avant d'explicitier en quoi le droit est un concept interprétatif, R. Dworkin livre sa théorie de l'interprétation. L'interprétation d'une pratique sociale implique que l'interprète adopte une attitude active. En l'interprétant, il participe et il crée tout à la fois la pratique sociale envisagée. Cette interprétation créative se développe en trois étapes. Dans un premier temps, l'interprète va tâcher d'identifier les règles et de donner un sens à la pratique observée. Lors d'une deuxième étape, il recherche et adopte une justification générale pour les principaux éléments de la pratique. Dans une troisième étape enfin, que R. Dworkin qualifie de « post-interprétative », il ajuste sa première interprétation afin de mieux comprendre, à la lumière de la justification dégagée, ce que la pratique requiert réellement. Ainsi, l'attitude interprétative se caractérise par une remontée dans le temps, tout au long de l'histoire de l'institution qui est objet d'interprétation. R. Dworkin compare l'institution en question à une corde composée d'une multitude de brins, donc aucun ne parcourt toute la longueur de la corde, mais qui sont tressés ensemble. Les différents brins de la corde sont les évolutions de la pratique aux différentes époques de l'histoire, chacune découlant de la précédente sous l'effet des réinterprétations successives des justifications antérieurement présentées.

Ainsi en va-t-il, selon R. Dworkin, du droit, qui peut être envisagé comme une pratique sociale. Le droit est donc un « concept interprétatif ». Tout acteur juridique interprète et réinterprète constamment le droit. Ainsi, le juge amené à trancher un cas, procède à une interprétation de l'ensemble des données juridiques qui le précèdent, en recherche la meilleure justification, et pose son jugement en accord avec la justification ainsi dégagée.

Chacun sait que l'on peut observer des divergences entre les solutions proposées par les juges aux mêmes problèmes. Des courants de jurisprudence peuvent se développer en prenant des chemins différents. Ces divergences découlent de différences entre les opinions des interprètes au sujet de ce qu'est la meilleure justification pour l'ensemble juridique. R. Dworkin ne nie pas ces divergences. Cependant, il pose en principe qu'il existe toujours une seule bonne réponse à chaque problème de droit (*one right answer*). Ceci signifie qu'une justification est meilleure que les autres, et que si tous les juges n'arrivent pas à la même conclusion au sujet d'un problème donné, c'est parce que, étant limités dans leurs connaissances, ils ne peuvent maîtriser l'ensemble de l'institution à interpréter. C'est pourquoi R. Dworkin imagine, pour exposer sa théorie, un juge idéal, qu'il nomme Hercule. Hercule est omniscient. Il possède une connaissance parfaite de l'ensemble de la législation et de la jurisprudence susceptibles de se révéler applicables au problème qu'il est appelé à trancher.

C'est à la littérature que R. Dworkin emprunte la comparaison fondamentale qui lui permet d'expliquer sa représentation de ce qu'est — ou de ce que devrait être, la question de savoir si la théorie revêt un caractère explicatif ou plutôt normatif n'étant pas clairement tranchée — l'acte de juger.

Pour cela, il compare Hercule à un romancier qui se prêterait au jeu du « roman à la chaîne ». Les règles du jeu sont simples : plusieurs romanciers conviennent d'écrire un roman ensemble. Pour ce faire, chacun prendra en charge l'écriture d'un chapitre. Pour que le résultat final soit lisible, il faudra que chaque romancier tienne compte de ce qui a été écrit avant lui, de façon à ce que sa propre contribution respecte la cohérence interne du récit. Pour qu'il soit bon, il faudra que chacun livre le meilleur chapitre possible. Deux exigences de base sont donc posées au travail du romancier : la cohérence et la qualité optimale de l'ensemble de l'œuvre.

De même, il appartient à chaque juge saisi d'un litige d'interpréter les normes et les précédents de manière à livrer la meilleure solution possible au litige, celle qui respecte la cohérence de l'ensemble du système juridique dans lequel il agit. Une des interprétations possibles doit être préférée aux autres, car elle est la meilleure au regard des valeurs qui, par ailleurs, auront été admises comme vraies par le juge. Parmi ces valeurs, à côté de l'équité et de la justice, celle de « l'intégrité » occupe une place centrale.

Le « droit en tant qu'intégrité » est un ensemble cohérent de droits légaux explicites appartenant aux individus. Ces droits limitent et contiennent la force coercitive dont l'Etat peut légitimement user. Ils seront reconnus non seulement s'ils se déduisent explicitement de textes ou de décisions jurisprudentielles antérieures, mais aussi s'ils sont en accord avec les principes de la morale personnelle et politique qui servent de base et de justification aux décisions judiciaires. Ces « principes généraux du droit » obligent le juge à interpréter les lois et les textes d'après les principes de justice admis en droit, et d'après les idéaux politiques de la société, à savoir, l'équité, la justice, la légalité de la procédure judiciaire et l'intégrité. En tant que valeur, l'intégrité requiert que tous les cas soient traités de la même façon.

Le système dans lequel chaque juge est considéré comme un « romancier à la chaîne » garantit l'intégrité dans le droit. Dans la situation idéale, Hercule est à même de « découvrir », à l'issue de son travail interprétatif portant sur l'ensemble du droit antérieur à son problème, la meilleure solution à y apporter. A l'instar du romancier qui, confronté à plusieurs « suites » possibles, est tenu de choisir celle qui garantit le mieux la cohérence et la qualité de l'œuvre, le juge est tenu de choisir la solution qui garantit de façon optimale l'intégrité du système juridique et la sauvegarde des principes qui s'en dégagent. A son tour, la décision du juge fera partie intégrante de l'ensemble du système et sera à ce titre, objet d'interprétation pour les acteurs juridiques ultérieurs.

Le modèle dworkinien est assurément séduisant. Bien plus, il est rassurant. N'est-il pas réconfortant en effet pour le justiciable, ainsi que pour l'ensemble de la société, de savoir que la solution des conflits n'est pas fonction de l'humeur des juges ? Prenant acte du caractère interprétatif de l'acte de juger, la théorie dworkinienne l'aménage de façon à sauvegarder une contrainte venant du système normatif et bridant la fantaisie de l'interprète. Contrastant avec les théories qui, déconstruisant à outrance, finissent par laisser le juge complètement libre d'interpréter comme bon lui semble, le modèle du « juge-romancier » fait peser sur l'interprète une contrainte

appréciable. Cependant, et pour séduisant qu'il soit, le modèle dworkinien n'en apparaît pas moins problématique à bien des égards.

Pour le juge idéal, l'acte de juger, tout en étant éminemment interprétatif, équivaut à rechercher la réponse juste. A la rechercher ou à la construire ? R. Dworkin tente en réalité d'allier un modèle constructiviste du droit à une théorie cognitiviste des valeurs. C'est ce qui explique que la question du caractère construit ou donné de la « meilleure solution » au litige dans sa théorie est loin d'être simple, et qu'elle a alimenté plusieurs controverses.

Tout en affirmant le caractère irréductiblement interprétatif et créatif de l'acte de juger, R. Dworkin semble en effet considérer que Hercule « découvre » la meilleure solution, donc que celle-ci préexiste à l'interprétation, qu'elle se trouve « déjà là ». Les chapitres déjà écrits du roman juridique pèsent comme une contrainte sur la solution des litiges futurs. Mais comment R. Dworkin peut-il postuler une cohérence préexistante à tout acte d'interprétation, cohérence qui cependant ne se dit que dans l'acte interprétatif ?

Cette ambiguïté fondamentale du modèle élaboré par R. Dworkin ne manquera pas d'être relevée par ses critiques. Parmi ceux-ci, l'un des plus incisifs est Stanley Fish (2). Pour lui, l'ensemble de l'œuvre de R. Dworkin est influencée par la « crainte que l'on retrouve constamment dans ses écrits : la crainte de la préférence individuelle ou subjective » (3).

Pour S. Fish, la théorie de R. Dworkin contient forcément un postulat, qu'il n'énonce jamais comme tel mais qui sous-tend tout son raisonnement, selon lequel la chaîne de décisions judiciaires a, à un certain moment de l'acte interprétatif du juge, le statut de fait brut, de donné non interprété. C'est ce fait brut qui contiendrait la contrainte pesant sur le juge et déterminant la réponse juste. La même constatation peut être faite pour le roman à la chaîne : pour que le modèle de R. Dworkin puisse fonctionner, il faut qu'à un moment, les chapitres déjà écrits se présentent comme bruts, libres de toute interprétation, et contraignant l'interprétation de l'herméneute. Or, cela n'est pas possible, puisque l'acte de juger, tout comme celui d'écrire un roman à la chaîne, est entièrement interprétatif. Dès lors, ce noyau de sens brut, qui fonctionnerait comme une contrainte sur le travail de l'interprète, ne peut pas exister. Là se situerait donc, d'après S. Fish, une erreur fondamentale du raisonnement de R. Dworkin, erreur qui traverserait l'ensemble de la théorie en la viciant fondamentalement.

La virulence émaillée d'humour qui caractérise la controverse R. Dworkin-S. Fish pourrait justifier à elle seule l'intérêt du lecteur. A cela s'ajoutent la grande qualité scientifique des auteurs et leur imagination argumentative. L'un comme l'autre sont extrêmement accessibles pour quiconque souhaiterait commencer par là une étude de philosophie politique et juridique américaine.

Pour ceux qui souhaitent prendre connaissance des débats actuels en philosophie du droit aux Etats-Unis, la lecture de *L'empire du droit* s'impose effectivement comme un « must ». Abondamment contestée et critiquée, la théorie de R. Dworkin

(2) Voy. e.a. S. FISH, *Doing what Comes Naturally*, Duke University Press, Durham and London, 1989 (traduit par O. NÉRHOT sous le titre *Respecter le sens commun*, Paris, L.G.D.J., Bruxelles, Story Scientia, 1995).

(3) *Ibid.*, p. 179.

a marqué les recherches récentes de théorie du droit et de philosophie politique américaines. La littérature publiée à son propos ces dernières années est très abondante, tant il a suscité autour de lui un débat intéressant à propos de l'acte de juger et de l'herméneutique en droit.

Bernadette RENAULD