

## ÉLOGE DE LA THÉORIE

---

Jean-Yves CHÉROT

*Professeur, Aix Marseille Université, LTD (Laboratoire de théorie du droit)*

**Abstract:** *In order to set anew the question about the nature of argumentation and about the responsibilities of the judges in plural deliberative democracy, Dworkin made two main distinctions; the first analytically divide the issue of the jurisdiction and the issue of adjudication; the second divide in the judge's responsibilities, their responsibilities in argumentation and their responsibilities in the coordination their action.*

1. Nous pouvons défendre l'idée que les interprétations judiciaires impliquent d'aborder des questions de justice et que le débat sur ces valeurs et sur l'interprétation des droits qui les institutionnalisent est nécessaire pour justifier la solution à apporter dans une espèce. Le désaccord sur les questions de morale et de justice peut être ainsi naturellement porté devant les juges à propos des questions sur les droits.

Mais, lorsque les juges sont confrontés à ces questions controversées sur la moralité politique, ils sont encore confrontés à la question, également controversée, de l'étendue de leur responsabilité, notamment sur l'étendue du contrôle qu'ils peuvent exercer sur les appréciations qu'a porté le législateur, sur les possibilités que leur confère la mise en balance des principes dans le contrôle de proportionnalité et sur la marge d'appréciation qu'il convient de laisser au législateur et, dans le cas des juridictions internationales, aux Etats<sup>1</sup>.

De telle sorte qu'au total la question de savoir si et jusqu'à quel point le désaccord sur la justice et la morale dans la société plurale se retrouve ou doit se retrouver ainsi dans les désaccords entre juges sur le droit comporte deux aspects. Il nous faut encore distinguer de façon analytique ce qu'est le raisonnement et l'argumentation juridique et judiciaire et la responsabilité que l'on peut conduire à reconnaître aux juges.

2. Reprenons l'analyse avec un peu plus de recul. Les questions que l'on vient d'évoquer prennent une dimension plus considérable dans les sociétés ou démocraties plurales. Dans ces démocraties règne le « fait du désaccord »

---

<sup>1</sup> V. encore sur cette attitude, le raisonnement de la Cour de cassation sur la question de la reconnaissance d'un sexe neutre, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 4 mai 2017, D. c. procureur général près la cour d'appel d'Orléans.

qui est présenté comme le « fait du pluralisme »<sup>2</sup>, mais aussi comme le « fait du pluralisme raisonnable »<sup>3</sup>, ou encore comme le « fait de la diversité »<sup>4</sup>.

La prise en considération du « fait du désaccord » et plus encore du « désaccord raisonnable » s'inscrit dans un véritable tournant de la pensée chez Rawls, exprimant le passage d'une approche purement conceptuelle de la recherche de la justice (dans le voile d'ignorance) dans sa célèbre *Theory of Justice* de 1971 à une approche de philosophie politique et morale plus orientée vers les faits politiques et moins désincarnée et dans laquelle Rawls admet non seulement qu'il puisse y avoir des conceptions différentes sur le bien, mais aussi des conceptions différentes raisonnables sur la justice et où il se demande dans quel contexte empirique et normatif ces désaccords peuvent être traités, sinon surmontés, du moins donner lieu à des décisions acceptables par chacun, ce qui le conduit à participer au mouvement de la « démocratie délibérative », qui va avoir tant d'importance dans la théorie de la démocratie à partir des années 90.

Le passage, initié par un disciple de Rawls, Joshua Cohen, entre « fait du pluralisme » et « fait du pluralisme raisonnable » a ainsi une grande importance, comme le fait observer Hélène Landermore<sup>5</sup>. Si le désaccord est raisonnable, *a minima*, c'est que les parties en désaccord cherchent à se renseigner sur les opinions des uns et des autres et c'est qu'elles argumentent à partir de principes et non à partir de leurs intérêts. Le raisonnable découle d'abord d'une première vertu, une disposition à offrir des principes et des standards comme des termes équitables de la coopération et ensuite d'une deuxième vertu, celle de respecter ces principes étant donné l'assurance que les autres le feront aussi. Le raisonnable, à la différence du rationnel, est une « notion intersubjective »<sup>6</sup> impliquant la réciprocité et la volonté de justifier ses raisons aux autres. Dans la définition d'une personne raisonnable, il faut ajouter selon Rawls « qu'elle reconnaît les difficultés du jugement (*burden of judgements ou burden of reasons*) et en accepte les conséquences ».

Hélène Landermore relève que Rawls :

« assimile le rôle du raisonnable comme un standard équivalent à la vérité dans une approche constructiviste. Mais il insiste sur le fait que le raisonnable

<sup>2</sup> Rawls, « The Domain of the Political and Overlapping Consensus », in D. Coop, J. Hampton, J. Roemer (eds), *The Idea of Democracy*, Cambridge UP, 1993

<sup>3</sup> J. Cohen, « Procédure and Substance in Deliberative Democracy », in J. Bohman and W. Rehg, *Deliberative Democracy*, The MIT Press, 1997, p. 407 s.

<sup>4</sup> J. Knight and J. Johnson, *The Priority of Democracy*, Princeton UP, 2011.

<sup>5</sup> H. Landermore, « Beyond the Fact of Disagreement? The Epistemic Turn in Deliberative Democracy », 2016, *Forthcoming in Journal of Social Epistemology*, 2017.

<sup>6</sup> H. Landermore, art. précité.

n'a rien à faire avec la vérité. À la différence de l'intuitionnisme rationnel, le constructivisme politique ni n'utilise ni ne dénie le concept de vérité »<sup>7</sup>.

Ainsi la démocratie peut-elle être une simple démocratie procédurale, mais à la condition de la comprendre comme une démocratie délibérative où des principes et des valeurs d'ailleurs implicites dans la reconnaissance de la liberté de vote et de participation sont explicitées (réciprocité, modestie, en ce que les personnes ne croient pas en leur infaillibilité, sans pour autant être sceptiques, etc.). Dans une telle démocratie délibérative, les parlements ou les législatures ne sont pas les seuls forums sur les principes, la presse et les médias, les écoles de droit, mais encore les cours de justice sont aussi ou peuvent être aussi de tels forums<sup>8</sup>.

C'est dans ce contexte que je me place pour regarder les propositions de Dworkin, dans la lignée d'ailleurs de celles de Rawls sur ce point<sup>9</sup>, sur le rôle du juge dans une démocratie en tant que les cours peuvent être un « forum » pour les principes dans un contexte controversé sur les questions de justice et de valeur et que je voudrais replacer l'appel chez Dworkin à un « éloge de la théorie » dans l'argumentation en droit en tant qu'éloge d'une théorie basée sur l'appel à des principes, dans l'argumentation et le raisonnement juridique.

Dworkin ne propose pas que le peuple se désiste au profit des juges ! Mais il est un de ceux qui ont contribué à poser la question de savoir comment les juges peuvent s'insérer dans la démocratie et pour cela il a lui-même contribué, même modestement, à la théorie de la démocratie délibérative dans le cadre d'une démocratie constitutionnelle. Il met en évidence le rôle propédeutique des cours de justice au profit d'une démocratie délibérative à la mesure, à la fois, des limites dans l'aptitude des législatures à délibérer comme un forum de principe et du respect de la suprématie législative.

**3.** Le titre de cette communication est la reprise du titre d'un article, « In Praise of Theory », publié en 1997 dans la *Arizona State Law Journal* dans lequel Dworkin affronte ce qu'il appelle les thèses anti-théoriques de Richard Posner, d'une part, et de Cass Sunstein, d'autre part<sup>10</sup>. C'était notamment une façon pour lui de répondre notamment à la revendication par Sunstein que dans une société marquée par le « fait du désaccord » sur les grandes questions de morale, de justice et de moralité politique, les juges devraient chercher à ne pas aggraver ce désaccord, mais à traiter les cas d'une façon, selon les termes de Cass Sunstein,

<sup>7</sup> H. Landermore, « art. précité.

<sup>8</sup> V. la place que Rawls accorde à la Cour suprême dans son *Libéralisme politique*, trad. française, Le Seuil, p. 280.

<sup>9</sup> Dworkin, « The Forum of Principle », *New York University Law Review*, 56, 1981, p. 489.

<sup>10</sup> Dworkin, « In Praise of Theory », *Arizona Law Review*, 29, 1997, p. 353-376, réédité dans Dworkin *Justice in Robes*, Harvard University Press, 2006, p. 49-74.

« incomplètement théorisée »<sup>11</sup>. C'était de la part de Cass Sunstein une critique adressée à la théorie de l'argumentation judiciaire. Dworkin présente la critique de Sunstein comme une objection de type « professionnaliste » s'inspirant de la différence qui existerait entre un philosophe et un juriste ou un juge et revendiquant le slogan : « Nous sommes seulement des juristes »<sup>12</sup>.

Ce débat est une nouvelle occasion pour Dworkin de défendre ce qu'il appelle le droit intégrité dans lequel les cours de justice jouent le rôle éminent d'un « forum de principes » (*forum of principles*) au service d'une communauté politique dans laquelle chacun a droit à une égale considération et un égal respect. Le droit intégrité revendique ainsi dans l'application du droit à un nouveau cas de chercher dans les décisions du passé les principes qui les présentent sous leur meilleur jour. Cela consiste à chercher les principes qui correspondent à ces décisions, mais aussi qui les justifient de la meilleure des façons du point de vue de la justice et de la moralité politique. Les principes ont une « force » justificatrice en ce qu'ils doivent assurer le développement et la promotion à cette fin d'une « communauté de principe » et assurer l'égal respect dû à chacun dans une telle communauté et qui donne aussi son sens au concept de participation dans une démocratie. Le droit intégrité n'est pas associé à une méthode purement technique de raisonnement juridique qui serait la recherche d'une simple cohérence (*bare consistency*). Il s'agit d'une revendication au nom d'une valeur substantielle de moralité politique, l'« intégrité » d'une communauté de principe, à laquelle doivent contribuer et participer les juges. La théorie dont parle Dworkin s'enracine dans une argumentation de philosophie morale et politique et dans les exigences d'une philosophie morale qui, chez Dworkin, refuse de présumer le scepticisme interne à la morale et qui revendique, dans une logique de la vérité comme cohérence, l'unité de l'axiologie.

La méthode du droit intégrité est ainsi celle d'une recherche ou d'une enquête « ascendante » (*argumentative ascent*) en ce sens qu'elle peut être orientée, au moins dans certain cas, vers la recherche des principes et si c'est nécessaire, notamment dans le cas où les principes de référence pourraient apparaître comme rentrant en contradiction dans leur application à un cas, vers des principes plus élevés et plus abstraits.

Pour Dworkin la contribution des juges à cette communauté de principe est essentielle. Il a mis ainsi en évidence le contraste entre l'étendue de la délibération et de l'argumentation sur les principes devant les cours et la faible richesse

<sup>11</sup> Cass Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford UP, 1996 ; v. notamment dans cet ouvrage, le chapitre 2 : « Incompletely Theorized Agreements », p. 35 s.

<sup>12</sup> Résumant la pensée de Sunstein, Dworkin écrit : « *We are not philosopher. Law as its own discipline, its own special craft. When you go to law school, you are taught what it is to think like a lawyer, not a philosopher. Lawyers do not try to decide vast theoretical issues of moral or political theory* » (article précité, p. 367).

de celle qui se déroule aux États-Unis devant les législatures et devant le congrès. Mais, le plus souvent, l'auteur souligne simplement le caractère essentiel dans une démocratie de ce forum judiciaire pour provoquer, avec d'autres forums que sont les journaux et les autres médias, mais aussi les *schools of law*, les linéaments et les données d'une telle communauté de principe.

Cet éloge de la théorie est un éloge de la théorie dans l'argumentation judiciaire dans le travail, des juges et, devant les juges, aussi bien dans le travail des parties que de la grande société, ce que Perelman appelle l'auditoire universel, les juges s'adressant à l'ensemble de leurs citoyens et peut-être au-delà et recevant ou pouvant recevoir comme la cour suprême des États-Unis ou la CEDH les briefs des *amici curiae*<sup>13</sup>.

4. Le numéro 2 de l'édition 1997 de la *Arizona State Law Review* comportait notamment, outre l'article d'ouverture de Dworkin intitulé « In Praise of Theory », les réponses de Posner et de Sunstein et la réplique de Dworkin<sup>14</sup>. Cela forme un ensemble d'arguments et de contre-arguments. L'objet de cette communication n'est pas de rendre compte de ces discussions de façon étroite, mais de se saisir des analyses et arguments que Dworkin a eu ainsi l'occasion de développer pour dégager quatre ou cinq points importants de la discussion sur la construction de l'accord et du désaccord dans une démocratie plurale et du rôle que les juges peuvent y jouer.

La théorie dworkinienne prend sa source dans un pays de *common law*. Elle est aussi née de la passion de Dworkin pour la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême des États-Unis. Elle est profondément ancrée dans cet univers.

Bien que la théorie dworkinienne soit très attachée au dialogue sur le *judicial review* aux États-Unis<sup>15</sup> et qu'il convienne par ailleurs d'être attentif aux

<sup>13</sup> Voy. par exemple les 78 *briefs* parmi lesquels les observations de sénateurs des États-Unis, d'académiques comme d'historiens, de professeurs de droit, de groupes de pression pro-vie déposés dans l'affaire *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Casey* du 29 juin 1992, une décision que Dworkin a particulièrement saluée comme illustrant la méthode du droit intégrité. V. aussi le célèbre *Philosophers' brief* dans l'affaire du suicide assisté signé par Dworkin, avec notamment Thomas Nagel, Robert Nozick, John Rawls, Judith Jarvis Thomson, *The New York Review of Books* du 27 mars 1997, avec une introduction de Dworkin, « Assisted Suicide: The Philosophers' Brief ».

<sup>14</sup> R. Posner, « Conceptions of Legal Theories. A Reply to Dworkin », p. 379-388; Cass Sunstein, « From Theory to Practice », p. 389-404; Dworkin, « Reply », 431-456.

<sup>15</sup> Dworkin a très peu fait référence à d'autres systèmes juridiques et lorsqu'il l'a fait c'est plutôt pour rejoindre, comme tous les *common lawyers*, des exemples venant des cours anglaises. Cela marque la relativité de sa doctrine. « *My view, reconnaît Dworkin, have been sufficiently controversial to suggest that I escaped vacuity, but it is unclear how far I escaped parochialism. It is a frequent objection among british critics that my project is either parochial in inspiration – that it aims at no more than explaining the legal practice of my own country – or obviously parochial in result because we can somehow see, without much thought or research, that it fits only that one legal practice* » (« Hart's Postscript », in *Justice in Robes*, HUP, 2006, p. 185).

contextes historiques et politiques existant dans nos différentes démocraties, le cadre théorique dworkinien éclaire les discussions qui peuvent avoir lieu sur le rôle des juges dans la construction de l'accord et du désaccord et sur leur responsabilité dans toutes les démocraties et dans les cours internationales comme la Cour internationale de justice, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de Justice de l'Union européenne.

L'échange sur lequel nous voulons nous appuyer et qui est principalement l'échange entre Dworkin et Sunstein me paraît, en effet, très inspirant à la fois dans la discussion sur l'argumentation judiciaire et dans la discussion sur les responsabilités des juges et notamment des juges constitutionnels au sens large dans les démocraties plurales. Afin de reposer plus clairement les questions de la nature de l'argumentation judiciaire (III) et du rôle des juges constitutionnels dans la démocratie plurale (IV), Dworkin a fait deux distinctions de grande portée, la première qui sépare analytiquement la question de la juridiction et celle de l'adjudication (I) et la seconde qui distingue encore dans les responsabilités des juges, leur responsabilité dans l'argumentation et leurs responsabilités dans la recherche d'une coordination de leur action collective (II).

## I. La distinction entre juridiction et adjudication

5. Dworkin tient séparées la question de la responsabilité des juges dans la démocratie et celle de la nature et de l'étendue de l'argumentation et de la délibération judiciaire. Car vouloir affaiblir la théorie de l'argumentation judiciaire dans la controverse constitutionnelle sur les principes au nom d'interrogations sur la légitimité des juges dans le *judicial review* conduit, selon lui, à des théories fausses sur la nature de l'argumentation et à la recherche sans fin, comme l'illustre une partie de l'histoire de la doctrine constitutionnelle aux États-Unis, de tests de contrôle pertinents de constitutionnalité, en vérité introuvables<sup>16</sup>.

Il souligne ainsi que, dans sa théorie en faveur d'une argumentation « in-complètement théorisée »<sup>17</sup>, Sunstein peut avoir à l'esprit une critique de la mise en œuvre de la Constitution dans laquelle les juges, guidés par la lecture morale de la Constitution, pourraient essayer d'imposer leurs propres théories à grande échelle à un public qui voudrait les rejeter. Mais cet argument, écrit Dworkin, confond l'adjudication et la juridiction: les juges ne devraient peut-être pas avoir la responsabilité d'interpréter les limites que la Constitution impose au Congrès ; ce pouvoir peut-être devrait être laissé, plus que ce n'est le cas, d'une certaine manière, au

<sup>16</sup> Sur le travail doctrinal à la recherche de ces tests, V. I. Fassassi, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, vol. 165, 2017.

<sup>17</sup> V. référence au livre de Sunstein, note 11 ci-dessus.

peuple. Mais resteraient néanmoins posées les questions de principe qui impliquent la lecture morale de la constitution. Mais il y a ici deux types de questions différentes, les questions sur les méthodes d'interprétation de la Constitution (aussi bien par le juge que par le législateur, que par les citoyens) et la question sur l'étendue du contrôle que les juges sont en droit d'exercer sur le législateur, ce qui renvoie à la distinction entre des questions telles que les questions substantielles sur le fond comme, par exemple, celle relative à la question de savoir si le suicide assisté est l'expression de la liberté personnelle de choisir sa vie et s'il est condamnable en ce qu'il ferait du médecin un assassin et la question sur le rôle du juge dans le système politique et dans la démocratie. Avec cette dernière, on demande à quelles conditions le *judicial review* en particulier est compatible avec la démocratie et si le juge a toutes les informations nécessaires pour prendre une décision de fond<sup>18</sup>.

6. C'est une chose de savoir, selon lui, si l'approche théorique ascendante est une bonne théorie du raisonnement juridique et judiciaire, autre chose de savoir s'il est juste de confier le pouvoir aux juges de décider à la place du législateur dans toutes les circonstances. C'est ainsi « une sérieuse confusion de dissimuler votre aversion du fait que les juges aient un grand pouvoir, ce qui peut être corrigé en théorie, en changeant leur pouvoir juridictionnel, sous le masque d'une fausse théorie du raisonnement judiciaire »<sup>19</sup>. Dworkin écrit :

« L'approche théorique du raisonnement juridique n'est pas nécessairement et automatiquement un argument sur les responsabilités des juges dans les cas ordinaires et même dans les cas constitutionnels. Je dois le préciser, bien que ce soit évident, parce que trop de gens ont résisté à l'approche théorique sur la base qu'elle permettrait aux juges de s'engager dans des vastes escapades de théorie. Mais il ne s'ensuit pas automatiquement du fait sur lequel j'ai mis l'accent – que l'identification correcte de n'importe sorte de droit implique un exercice interprétatif et qu'il est donc vulnérable à une justification ascendante – qu'un quelconque type d'officiel devrait se voir confier la responsabilité de conduire cet exercice dans n'importe type de circonstances. Si une communauté dit à un juge : « la constitution est le droit le plus élevé et votre travail est de dire ce que signifie la constitution », alors comme j'ai souvent tenté de le dire, cette instruction conduit à demander une très forte escapade dans le domaine de

<sup>18</sup> V encore sur cette distinction, le commentaire de Dworkin sur le *Philosophers' Brief*, précité.

<sup>19</sup> On retrouve cette confusion dénoncée par Dworkin entre ces deux questions dans la présentation par Cass Sunstein et Adrian Vermeule de la théorie de l'interprétation. Selon ces auteurs, « *the central question is not 'How, in principle, should a text be interpreted?' The question instead should be, 'How should certain institutions, with their distinctive abilities and limitations, interpret certain texts?' My conclusions are that judges acting under uncertainty should strive, above all, to minimize the costs of mistaken decisions and the costs of decision making, and to maximize the predictability of their decisions* » (« Interpretation and Institution », 101, *Michigan Law Review*, 2002-2003, p. 886).

la moralité politique. Mais nous n'avons pas nécessairement à instruire nos juges de cette responsabilité. C'est parfaitement compréhensible d'insister sur le fait que nos juges ne devraient pas être chargés d'une interprétation finale et autoritaire de la Constitution ».

« Si vous craignez un trop fort pouvoir judiciaire, c'est ce que vous devriez dire. Mais c'est une sérieuse confusion de dissimuler votre aversion du fait que les juges aient un grand pouvoir, ce qui peut être corrigé en théorie, en changeant leur pouvoir juridictionnel, comme fausse théorie du raisonnement judiciaire »<sup>20</sup>.

## II. La distinction dans les responsabilités des juges.

### Distinction entre le contexte de justification et le contexte de légitimation

7. Il faut encore affronter les intéressantes justifications données par Cass Sunstein à l'emploi par les juges d'une argumentation « incomplètement théorisée »<sup>21</sup> qui serait nécessaire dans le traitement des conflits politiques et qui ne pourrait passer que par le recoupement des opinions autour de solutions spécifiques, autour de principes de niveau moyen sur lesquels un accord peut être trouvé.

Une telle théorie du recoupement, inspirée par Rawls, possède bien évidemment une part de vérité dans une société plurielle où règne le « fait du désaccord »<sup>22</sup>.

Mais la théorie de Sunstein est l'occasion pour Dworkin de préciser et de compléter ses analyses. Dworkin montre qu'il est possible de distinguer trois types de responsabilités, ce que fait pas explicitement Sunstein.

8. Dworkin distingue ainsi les responsabilités que nous avons dans l'exercice de notre jugement, lorsque nous devons décider, de notre point de vue, quelles positions politiques et quelles décisions soutenir, d'une part, et des responsabilités de coordination et des responsabilités que Dworkin appelle de « présentation », d'autre part.

Les responsabilités de coordination s'exercent lorsque nous décidons si nous devons coopérer, pour le législateur par exemple, s'il faut former une alliance législative ou, pour les citoyens, s'il faut rejoindre un groupe de pression et, pour les juges, s'il faut chercher une majorité pour produire une décision. Les responsabilités de présentation conduisent à devoir fournir une raison formelle pour une décision qui a été adoptée : la forme de cette motivation est encore sensible à ce rôle de

<sup>20</sup> « In Praise of Theory », précité.

<sup>21</sup> Notamment dans son excellent livre *Legal Reasoning and Political Conflict*, OUP, 1996, précité.

<sup>22</sup> Mais Scott Shapiro observe que le recours à des raisons incomplètement théorisées n'est pas nécessairement lié au traitement de désaccords sur les valeurs dans une démocratie plurielle V, S. Shapiro, « Fear of Theory », *The University of Chicago Law Review*, 64, 1997, n° 1, p. 389 s.



présentation et aux responsabilités qui lui sont associées : quand elle prend la forme de la motivation d'un document commun, comme l'est un rapport parlementaire ou une décision judiciaire adoptée par plus d'un seul juge, la motivation « parle » au nom de personnes dont les jugements peuvent avoir des fondements différents.

Dworkin ne voit pas d'obstacle à ce que la méthode de l'argumentation « théoriquement incomplète » soit parfaitement pertinente dans l'exercice des « responsabilités de coordination ». On peut parfaitement décider d'agir avec ceux qui favorisent la même décision que nous, mais qui la soutiennent pour des raisons différentes et faire usage du consensus de recouplement. « Dans les circonstances normales de la politique, y compris pour l'élaboration d'une décision judiciaire, le conseil est avisé », souligne Dworkin.

La « responsabilité de présentation » suggère aussi que le compromis peut être avisé dans la rédaction même de la décision. Car même s'il est encore possible pour les juges qui procèdent à un consensus par recouplement en faveur d'une décision d'écrire une opinion séparée rapportant ce qui est leur propre raisonnement et fondement sur le plan théorique, il peut être quelquefois préférable pour une majorité, pour des raisons les plus diverses, d'établir une seule et peut-être plus superficielle opinion que chacun rejoindra<sup>23</sup>. Une telle option ne peut être écartée.

La théorie du droit intégrité n'est pas là pour condamner ces compromis, ces « consensus par recouplement » dans la rédaction des opinions majoritaires ou unanimes (sous la réserve toujours possible, dans certaines cours de justice, d'écrire une opinion séparée).

9. Ce que veut dire donc Dworkin, c'est que l'approche théorique, qui peut être de grande ampleur, vaut seulement pour la construction du jugement personnel à défendre dans la délibération et peut ne pas se retrouver à d'autres étapes du processus judiciaire. Dworkin observe d'ailleurs que le modèle rawlsien du consensus par recouplement auquel renvoie Cass Sunstein pour défendre son concept d'« accords non complètement théorisés » suppose encore que chaque partie au consensus ait produit un jugement individuel sur la base de fondements théoriques issus de ce que Rawls appelle les schémas éthiques compréhensifs qui diffèrent entre les parties à la controverse. Mais Sunstein suggère que les juristes et les juges devraient s'abstenir, même dans l'exercice de leur responsabilité dans la construction de leur jugement individuel, de s'aventurer dans les hautes sphères de la théorie de la moralité politique. Ce qui signifie que ce qu'il défend est non seulement que les alliances politiques et judiciaires puissent être forgées à partir des accords concrets lorsqu'il existe des désaccords théoriques,

<sup>23</sup> On pense bien sûr ici aux raisons qui ont motivé la rédaction d'une opinion unanime dans l'affaire *Brown v. Board of Education*, US Supreme Court, 347 U.S. 483 (1954).

mais que les jugements individuels qui produisent ces accords concrets devraient eux-mêmes être superficiels<sup>24</sup>.

**10.** Ce point fait écho à une distinction que fait David Estlund<sup>25</sup> entre le « rôle de justification » des uns aux autres de la supériorité d'un principe de justice, ce que nous ne pouvons pas faire sans le faire en termes de revendication de vérité et le rôle de légitimer l'imposition aux autres du principe que chacun de nous considère comme vrai. Il oppose ainsi un rôle de justification et un rôle de légitimation.

Le second rôle, celui de la légitimation, déplace la difficulté de la justification vers une procédure acceptable à tous les points de vue raisonnables. Cette procédure est la délibération véritable à travers laquelle nous échangeons des revendications de vérité, et dans la mesure où cette délibération est capable de produire un résultat consensuel.

La distinction de David Estlund éclaire encore la revendication par Dworkin (ce qui n'est pas le cas chez Rawls) de ce que les interprétations des concepts controversés sont des revendications de la vérité de nos conceptions, même si nous ne pouvons pas cependant faire comme si nous étions infaillibles et l'affirmation que, même si nous ne pouvons pas démontrer absolument le caractère correct de notre interprétation, il existe une seule bonne interprétation, la meilleure pour rendre compte du droit dans un cas.

### III. Sur la nature de l'argumentation juridique

Il est maintenant possible de mieux saisir le sens et le rôle de l'argumentation juridique ascendante chez Dworkin.

Le débat rapporté éclaire encore aussi deux points importants de la théorie de l'argumentation juridique chez Dworkin.

**11.** *Où Hercule se voit mieux inséré dans la réalité de l'argumentation. La distinction de l'approche inside-out et outside in.* Un des points clarifié à nouveaux frais par Dworkin dans « In Praise of Theory » est de distinguer l'approche ascendante,

<sup>24</sup> Au contraire, défend Dworkin, « *the Rawlsian model of overlapping consensus supposes that each party to the consensus has made an individual judgment on theoretical grounds drawn from what Rawls calls "comprehensive" ethical schemes that differ from party to party. But Sunstein suggests that lawyers and judges should abstain, even in the exercise of the responsibility of individual judgment, from venturing into the more abstract reaches of political moral theory. He means to claim, that is, not just that political and judicial alliances may be forged out of concrete agreement even in the face of theoretical divergence, but that the individual judgments that produce the concrete agreement should themselves be superficial. He presents this view of "ordinary" legal reasoning as in contrast to my own* » (« In Praise of Theory », article précité).

<sup>25</sup> « The Truth in Political Liberalism », in J. Elkins and A. Norris, *Truth and democracy*, University of Pennsylvania Press, 2012, p. 251-271.

celle par laquelle à partir d'un cas, il peut être possible, dans des circonstances non prévisibles à l'avance, de devoir argumenter plus avant en devant répondre à un conflit entre les principes invoqués et, ce faisant, en devant ainsi se demander si les principes s'opposent vraiment et s'ils ne se trouvent pas en fait complémentaires (par exemple parce que chacun apporte sa part dans un champ particulier du droit), de l'approche d'Hercule avec laquelle on a souvent confondu cette approche ascendante.

Précisément Hercule ne procède pas selon une méthode ascendante, à partir d'un cas. Hercule réfléchit, non depuis le point de vue du cas, de l'intérieur vers l'extérieur (*inside-out*), mais d'un point de vue extérieur vers le cas (c'est-à-dire selon l'expression choisie par Dworkin, *outside-in*), en ce sens, qu'avant même de siéger dans son premier cas, il pourrait construire une théorie englobante et gigantesque qui serait bonne pour toutes les situations. Il raisonne d'une toute autre façon que les juristes qui partent depuis les problèmes plus spécifiques vers des questions plus larges et plus abstraites. Ce que Dworkin précise, c'est que le travail du juriste peut, dans certains cas, avoir à trouver un appui dans le travail d'Hercule.

Ce point trouve lui-même un appui dans une analogie entre l'argumentation juridique et l'épistémologie des sciences : les juristes raisonnent de façon générale à partir de cas et cherchent la solution, en cas de doute, de façon proche, par analogie, dans les précédents, en tenant compte des effets que leur décision peut avoir, et n'engagent pas naturellement une réflexion générale sur leurs paradigmes. C'est aussi comme cela que fonctionne aussi la science au quotidien. Mais cela ne rend pas inutile la recherche d'une grande théorie, celle qui démontrerait que toutes les autres sciences naturelles comme la chimie ou la psychologie non seulement sont compatibles avec la physique, mais que la physique rassemble toutes les autres sciences en en faisant la théorie. L'analogie permet de mesurer en quoi une vue *outside-in* d'un domaine intellectuel peut être utile, même pour ceux qui pensent à l'intérieur d'un paradigme, depuis le point de vue *inside-out*.

12. La méthode ascendante n'est que potentielle. Le deuxième point mis en lumière par Dworkin est que la méthode ascendante n'est que potentielle en ce qu'elle ne gouverne pas le travail quotidien du juge et des juristes, même si elle y est, toujours, potentiellement présente. Sunstein pense que les juges devraient adopter par présomption une réserve à l'égard des « théories à grande échelle », mais que ces théories ne sont pas pour autant tabou<sup>26</sup>. Mais c'est exactement que ce que la

<sup>26</sup> Sunstein concède qu'il n'offre pas une alternative à la grande théorie. Ce qu'il dit est que « *some cases cannot be decided at all without introducing a fair amount in the way of theory. Moreover, some cases cannot be decided well without introducing theory. If a good theory is available and if judges can be persuaded that the theory is good, there should be no taboo on its judicial acceptance. The claims on behalf of incompletely theorized agreements (he must mean incompletely theorized individuals judgements) are presumptive rather than conclusive* » (*Legal Reasoning and Political Conflict*, ouvrage cité, p. 54).

théorie du droit intégrité recommande aussi : que les juges n'argumentent à partir des cas vers des théories plus abstraites que lorsqu'ils ont une raison spéciale de le faire. Dworkin indique ainsi qu'en fait il n'y a pas d'opposition entre les deux points de vue, si on veut bien mieux comprendre la théorie du droit intégrité<sup>27</sup>.

La méthode ascendante est potentielle parce que l'on ne peut pas, à propos de n'importe quel cas, prévoir à l'avance que l'argumentation puisse devenir ascendante. Dans la plupart des affaires dont sont saisies les juges, cela ne se révèle pas nécessaire et le droit fonctionne, comme fonctionnent la science ordinaire ou la technique, dans un paradigme consensuel, sans que chaque expérience et chaque démonstration aient besoin de mobiliser une grande théorie. L'approche ascendante n'est pas requise dans tous les cas, ni même dans les cas les plus nombreux, mais elle est toujours potentiellement présente dans chaque cas car il est toujours possible, sans qu'on le sache à l'avance, qu'un cas soulève des arguments révolutionnaires qui impliquent le développement de la théorie. Il rejoint ici les observations si pertinentes de Mark Tushnet<sup>28</sup> ou Duncan Kennedy<sup>29</sup>.

**13.** Les différences entre la revendication d'une approche « incomplètement théorisée » par Sunstein et l'approche ascendante dworkinienne s'estompent ainsi. Mais Dworkin doit encore écarter deux différences que Cass Sunstein voit encore entre le droit comme intégrité et l'approche incomplètement théorisée. Selon Sunstein, dans les cas difficiles qui émergent de la discussion, les juges doivent certainement élever le niveau d'abstraction de leur argumentation, mais ils doivent le faire non pas selon une méthode philosophique, mais selon la mé-

<sup>27</sup> Ce que Sunstein conteste. Pour lui, Dworkin pense que les jugements d'Hercule sont de la même nature et reposent sur les mêmes matériaux que les jugements des juristes et des juges ; ce qu'il conteste être vrai. Dworkin « *shows us the hidden structure of* "ordinary judgments and so lays these open to study and criticism." Of course Hercules aims at a "comprehensive theory" of each area of law, whereas ordinary judges, unable to consider all lines of inquiry, must aim at a theory that is "partial." But Hercules's "judgments of fit and political morality are made on the same material and have the same character as theirs." It is these points that I am denying » (Sunstein, « From Theory to Practice », *Arizona Law Review*, article précité).

<sup>28</sup> M. Tushnet, « Defending the Indeterminacy Thesis », *Quinnipiac Law Review*, 16, 339-356.

<sup>29</sup> V. D. Kennedy, « Une alternative phénoménologique de gauche à la théorie de l'interprétation juridique », in *Jurisprudence. Revue critique*, 2011, p. 30 : David Kennedy écrit que : « Le matériau juridique 'ne détermine pas' la solution du cas uniquement dans le sens où il est parfois possible de déstabiliser les appréhensions initiales à travers le travail juridique. À la vérité, nous commençons souvent par appréhender ce matériau comme déterminant la solution du cas particulier qui nous est donné, ou, au contraire, comme ne déterminant aucune solution (parce que le cas relève de la pénombre ou du cadre). Lorsque la solution du cas apparaît d'emblée comme déterminée par le matériau juridique, il nous est possible de prédire le résultat parce que nous anticipons que personne ne fera le travail juridique requis pour déstabiliser l'appréhension initiale. Et il sera souvent possible de prédire que personne ne fera ce travail, parce que les projets idéologiques qui sont effectivement poursuivis par les juges sont en accord avec l'appréhension initiale, ou en accord avec l'idée que le résultat prévisible ne vaut pas la peine d'être déstabilisé. On peut penser qu'il en irait autrement si les juges ou les juristes influents étaient plus souvent des acteurs portant des projets idéologiques radicaux ou atypiques ».

thode plus appropriée du juriste, en recourant à l'analogie et, dans la mesure où l'analogie impliquerait le recours, loin de la méthode ascendante dworkinienne, à des principes de niveau intermédiaire (*mid-level principles*) et non aux principes de haut niveau que l'intégrité pourrait requérir des juges.

Mais, d'une part, il y a, comme le reconnaît finalement Sunstein lui-même, un contraste erroné entre l'analogie et le recours à des niveaux de théorie plus abstrait, dès lors que l'analogie, sans la théorie, est aveugle<sup>30</sup>. D'autre part, on ne voit pas non plus comment comprendre la distinction problématique entre des principes dits intermédiaires et ceux dits de haut niveau, alors même que les juristes devront découvrir eux-mêmes dans le cours de leur enquête le niveau de la réflexion que le cas les entraîne à atteindre, sans qu'il soit censé d'indiquer à l'avance un critère au-delà duquel la hauteur de leur argumentation devrait être stoppée<sup>31</sup>.

#### IV. Le rôle du juge dans la communauté politique

14. C'est ainsi, dans le contexte de la distinction entre les responsabilités des juges, que nous pouvons revenir à l'enjeu premier évoqué dès l'introduction de cet article, c'est-à-dire la question de l'étendue du rôle du juge dans une démocratie délibérative et plurale connaissant le « fait du désaccord » et de son rôle dans la construction de l'accord et du désaccord sur les valeurs.

La défense d'une argumentation théoriquement incomplète tiendrait au fait que le développement des théories à grande échelle sur les droits dans une société plurale est une mission démocratique et non une mission judiciaire<sup>32</sup>. Mais, répond Dworkin, ce serait un mystère de savoir comment la « démocratie » pourrait produire ou générer les théories à grande échelle (*large-scale theories*) sur les droits et le bien, sans que les juges aient contribué à identifier quelles théories sont latentes dans la législation et dans les autres événements politiques.

<sup>30</sup> « But that is a false contrast because (to paraphrase Kant) analogy without theory is blind. An analogy is a way of stating a conclusion, not a way of reaching one, and theory must do the real work » (Dworkin, « In Praise of theory », précité).

<sup>31</sup> « Though "ordinary" lawyers and judges reason about concrete legal issues from the inside-out, like an engineer reasoning about the feasibility of a new structure, they can set no a priori limit to the justificatory ascent into which a problem will draw them. It is the character of the inquiry itself the problems it generates as it unfolds that dictates the level of theory that must be explored, and this cannot be known or stipulated in advance. Lawyers (like other people) discover the scope of reflection they need to pursue in the course of inquiry, by finding where inquiry leads before a responsible resting place is reached. They do not-cannot-accept a methodology that stipulates in advance where they must stop no matter how inconclusive or unsatisfying their reflection to that point. So Sunstein's appeal to analogy does not, after all, discriminate his method from the theory-embedded account he means to oppose » (Dworkin, « In Praise of Theory », précité).

<sup>32</sup> Cass Sunstein, *Legal reasoning*, précité, p. 53.

15. La question de la légitimité du *judicial review* a fait l'objet, notamment aux États-Unis d'un récit doctrinal intense. Sans prétendre être complet sur ce point difficile<sup>33</sup>, on peut relever que le débat a pris notamment, avec Dworkin et Rawls<sup>34</sup>, une nouvelle tournure, à l'opposé de la façon classique de comprendre ce problème comme celui d'une opposition inévitable entre la démocratie et le *judicial review*. Dans le cadre classique de la discussion, on peut admettre le contrôle de constitutionnalité, du moins dans certains cas, mais il est vu nécessairement comme un mal, puisqu'il ne peut pas être considéré comme démocratique. La nouvelle approche dans le sillage de Rawls, de Dworkin ou encore de Habermas (avec des accents différents selon ces auteurs) discute des avantages et inconvénients démocratiques respectifs des cours de justice et des parlements. L'argument principal discuté est celui de savoir si la démocratie est toujours mieux représentée et servie par le seul parlement, dès lors qu'elle est d'abord le respect de l'égalité de considération et de l'égal respect dû à chaque citoyen. Des considérations normatives et évaluatives appuyées sur des considérations de fait séparent ici les analystes, juristes ou politistes<sup>35</sup>. Mais ce débat a débordé le cas des États-Unis<sup>36</sup>.

16. Amy Gutman et Dennis Thompson opposent l'approche dworkinienne de la discussion ascendante de la bonne solution à une autre option, la seule qui leur paraît valide dans une société plurielle où les désaccords et les conflits sur les valeurs sont profonds, qui conduiraient à acclimater dans la démocratie majoritaire les principes favorisant la démocratie délibérative, présentée comme un concept à mi-chemin entre les thèses procéduralistes de la démocratie et les thèses de la démocratie constitutionnelle<sup>37</sup>. Selon ces auteurs, Dworkin s'est fondé sur un trop fort contraste entre la vertu du juge dans la délibération et les faiblesses de la délibération sur les principes dans les assemblées parlementaires. Ils opposent, au contraire, à la démocratie constitutionnelle présentée comme étant entre les mains des juges, prétendument supérieurs (les meilleurs), une

<sup>33</sup> Revisité brillamment par I. Fassassi, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, ouvrage précité.

<sup>34</sup> V. notamment R. Bellamy, « The Democratic Qualities of Courts: A Critical Analysis of Three Arguments », 49, *Representation*, 2013, n° 3, p. 333-346.

<sup>35</sup> V. notamment Dworkin, *Introduction à Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, 1996.

<sup>36</sup> V. le dossier rassemblé par Richard Bellamy et de Cristina E. Parau, dans la revue *Representation*, 49, 2013, p. 255 s. « Democracy and courts and the Dilemmas of representation », avec une longue introduction de ces deux éditeurs. V. aussi, pour la discussion au Canada, les intéressants articles de C. Boulay, « La relation changeante entre la Cour suprême du Canada et la société civile : l'apport des acteurs sociaux à la production du droit », *Revue du Barreau*, 75, 2016, p. 363-390 et G. Webber, « The Unfulfilled Potential of the Court and Legislature Dialogue », *Canadian Journal of Political Science*, 42, 2009, n° 2, p. 443-465. Pour la France, v. D. Rousseau, *Sur le Conseil Constitutionnel: la doctrine Badinter et la démocratie*, éditions Descartes & Cie, 1997.

<sup>37</sup> A. Gutman and D. Thompson, *Democracy and Disagreement*, HUP, 1996, p. 35-36.

démocratie délibérative qui devrait vivre dans les parlements. Il est critiquable de regarder les cours constitutionnelles non seulement comme des soutiens des idéaux démocratiques enracinés dans les constitutions, mais encore comme étant elles-mêmes des modèles dans la délibération du processus démocratique. Pour eux, si les cours peuvent jouer un rôle démocratique, c'est encore parce qu'elles seraient elles-mêmes inscrites dans un processus et un contrôle démocratique.

Il est vrai que Dworkin souligne régulièrement que, bien que les débats qui précèdent un référendum ou une décision législative sur quelque grande question de principe puissent être d'une grande qualité, développant le débat raisonné, cela est rarement le cas. Dans un article qu'il consacre à *Learned Hand*, lequel fondait précisément sa défense du *judicial restraint*, non sur un scepticisme à l'égard des valeurs, mais sur la défense de la démocratie parlementaire, Dworkin souligne en réponse que :

« souvent malheureusement et de façon désespérante, comme dans l'argumentation sur le contrôle des armes, le processus (parlementaire) est dominé par des alliances politiques qui sont formées sur une seule question et qui utilise les tactiques habituelles des groupes de pression pour soudoyer ou faire chanter les élus. Le grand débat moral que Hand pensait essentiel à la démocratie ne commence jamais »<sup>38</sup>.

Dworkin a ainsi, dans la recherche de la construction d'une communauté de principe, contrasté le rôle du juge et le rôle du législateur. L'histoire et la pratique, l'analyse de l'histoire de la discussion législative aux États-Unis montrerait selon lui que le Congrès des États-Unis et que les législatures des États n'ont pas illustré au mieux comme forum de principes la théorie de la démocratie délibérative.

17. Mais si Dworkin a souvent comparé pour les opposer les contributions respectives des législatures et des cours de justice au forum des principes, en insistant sur les contreperformances sur ce point des parlements, le point clef est ailleurs. L'opposition entre les législateurs ou le Congrès et les cours n'a qu'une portée rhétorique. L'auteur, en distinguant l'intégrité dans la législation et l'intégrité dans l'adjudication, a aussi défendu l'idée qu'il ne pourrait y avoir d'intégrité dans l'adjudication, s'il n'y avait pas non plus d'intégrité dans la législation<sup>39</sup>, ce qui est par ailleurs tout à fait en rapport avec les autres idées de Dworkin : que le droit d'intégrité dans l'adjudication doit s'inscrire dans une correspondance à ce qui ressort de ces décisions du passé, notamment des lois, qu'il faut respecter le principe de la suprématie législative et que le juge n'est pas un législateur.

<sup>38</sup> Dworkin, « Mr Liberty. Review of G. Gunther, *Learned Hand. The man and the Judge* », *New York Review of Books*, 11 August 1994, réédité in *Freedom's Law*, Harvard University Press, 1996, p. 332-347.

<sup>39</sup> *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, p. 217.

Si l'on veut suivre l'analyse dworkinienne, elle est bien de montrer la contribution indispensable des cours de justice en tant que forum des principes à la démocratie délibérative. Son analyse ne vise bien sûr pas à faire des cours les centres de la théorie démocratique. C'est donc pour lui dans la bonne compréhension par les juges, relayée par une bonne compréhension de la nature de leur argumentation par les citoyens, par les hommes politiques et d'abord par les juristes eux-mêmes que cette mission pourra être accomplie, sachant par ailleurs que Dworkin, ainsi qu'on a pu l'observer plus haut, défend surtout la responsabilité des juges dans leur délibération, sans nier que dans la recherche de compromis entre eux et dans la recherche de la présentation de leur compromis ils ont d'autres responsabilités. Leur responsabilité dans la recherche des accords et des accords en droit est bien évidemment très complexe.

Dworkin marque surtout, et c'est ce que l'on retiendra ici, que le forum du juge ne se comprend que dans un apport à l'existence d'une communauté de principe, une contribution à l'ensemble des forums de la démocratie et donc dans le contexte d'un système démocratique. Dworkin relève que lorsqu'une question constitutionnelle a fait l'objet d'une décision de la Cour suprême et qu'elle est suffisamment importante pour que l'on puisse espérer qu'elle soit prolongée, étendue, restreinte ou renversée par de futures décisions, un débat national soutenu commence, dans les journaux et dans les autres médias, dans les classes des écoles de droit, dans les réunions publiques et autour des tables des dîners. Ces débats correspondent mieux à la conception d'un gouvernement républicain, tel que le concevait Learned Hand, du fait de l'accent qu'ils placent sur les principes mieux que le fait le processus législatif seul, isolé du reste des forums sur les principes.

Dans les cas où ce sont les droits constitutionnels qui sont en cause, il est important que le public participe dans la décision, non parce que la communauté devrait rejoindre la décision que le plus grand nombre souhaite, mais pour la raison très différente : que le respect de soi exige que le peuple participe comme les partenaires d'une entreprise commune dans la discussion des arguments moraux sur les règles sous le règne desquelles ils doivent vivre<sup>40</sup>. Mais, pense Dworkin, le rôle du citoyen comme un agent moral participant à sa propre gouvernance est parfois mieux protégé si les mécanismes de décision font intervenir un juge.

---

<sup>40</sup> Voir l'analyse de Learned Hand à laquelle Dworkin fait référence. « *For myself it would be most irksome to be ruled by a very of Platonic Guardians, even if I knew how to choose them, which I assuredly do not. If they were in charge, I should miss the stimulus of living in a society where I have, at least theoretically, some part in the direction of public affairs. Of course I know how illusory would be the belief that my vote determined anything; but nevertheless when I go to the polls I have a satisfaction in the sense that we are all engaged in a common venture. If you retort that a sheep in the flock may feel something like, I reply following Saint Francis, « My brother, the Sheep »* (Hand, *The Bill of Rights. Oliver Wendell Holmes Lectures*, HUP, 1958, p. 73-74).



18. *La sensibilité à l'analyse empirique de l'analyse de l'apport du rôle des cours à la démocratie.* Alors même qu'elle se présente comme une approche normative et non pas descriptive, la théorie de la démocratie constitutionnelle dworkinienne repose aussi sur des observations de faits institutionnels, sociaux ou pratiques et sur des hypothèses sur ces faits et ne manque pas d'inviter à mener des analyses empiriques. Elle invite par exemple à mener des études de cas sur l'impact qu'a eu ou qu'a pu avoir l'existence d'une décision d'une cour constitutionnelle et, notamment, les cas sur lesquels Dworkin s'est appuyé pour illustrer sa théorie et, notamment, les décisions sur l'interruption volontaire de grossesse devant la Cour suprême (*Roe v. Wade*, 410, U.S. 113, puis *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Casey*<sup>41</sup>) ou encore la décision sur le suicide assisté qui a donné lieu au célèbre *Brief des philosophes* mais qui montre le décalage entre l'argumentation du *Philosophers' Brief* et celui de la Cour suprême des États-Unis (affaire *Washington v. Glucksberg*, S. Ct 521 U.S. 702 (1997) qui rend une décision unanime, mais avec des opinions concurrentes).

---

<sup>41</sup> 505 U.S. 833 (1992), une décision que Dworkin a particulièrement salué comme illustrant la méthode du droit intégrité. Dworkin, « Roe was Saved », *The New York Review of Books*, June 29, 1989, réédité in *Freedom's Law*, HUP, p. 117 s.