

LE DROIT COMME INTÉGRITÉ CHEZ DWORKIN

UNE CONTRIBUTION À L'ÉPISTÉMOLOGIE D'UNE ARGUMENTATION CONTROVERSÉE

Jean-Yves CHÉROT

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

Abstract : *Law as integrity as a dworkinien theory is mainly a theory of legal argumentation. The judicial argumentation is controversial and not a theoretical demonstration. It aims at the discovery of one best legal answer as far as legal disagreements are not merely verbal but genuine disagreements : they are argumentation around different conceptions of the same concept. But the proposition of one best legal answer never would have the consequence too stop the process of argumentation.*

1. L'objet de cet article est de tenter de restituer la signification de la théorie de l'argumentation en droit chez Dworkin¹. Le « droit comme intégrité » décrit une méthode pour une argumentation ascendante qui fait de la délibération et du raisonnement juridique un espace fondamental pour l'éducation du public sur les principes. Aussi la célèbre solution unique dont l'existence objective est défendue par Dworkin n'est-elle que l'objet d'une recherche dans un questionnement toujours ouvert sur la justification de la meilleure décision dans chacun des cas soumis aux juges².

2. Pour Dworkin, la doctrine du droit se situe sur le même plan et au même niveau de discours que celui du raisonnement et celui de la délibération des juges et de leurs justifications. Nul besoin donc pour la doctrine du droit de séparer dans le raisonnement du juge ce qui relèverait du droit et ce qui relèverait de la morale. Nulle nécessité de distinguer, d'une part, ce qui relèverait de

¹ Dès les premières pages de *Law's Empire*, c'est bien sur le caractère argumentatif de la pratique du droit que Dworkin met l'accent : « *Legal practices, unlike, many others social phenomena, is argumentative* (souligné par Dworkin). [...] *The practice consists in large part in deploying and arguing about propositions* » (p. 13). *This books [...] tries to grasp the argumentative character of our legal practice by joining that practice and struggling with the issues of soundness and truth participants face* » (*Law's Empire*, HUP, 1986, p. 14). Nous renverrons directement soit au texte anglais de cet ouvrage soit, dans quelque cas, à notre propre traduction.

² « *Law as integrity consists in an approach, in questions rather than answers, and other lawyers and judges who accept it would give different answers from his the question it asks. You might think other answers would be better* » than « *the answers I now think the best. So might I, after further thought* » (Dworkin, *Law's Empire*, HUP, 1986, p. 239).

la nature du droit et, d'autre part, ce qui relèverait des méthodes par lesquelles les juges identifient ce qui décide du cas qu'ils doivent trancher.

En faisant référence aux principes les juristes et les juges sont souvent, en tout cas dans les cas les plus emblématiques, en désaccord sur la façon de les comprendre et de les appliquer. L'argumentation juridique est donc une pratique interprétative et évaluative, et c'est dans cette pratique interprétative essentiellement controversée que la théorie du droit doit elle-même, au-delà de la simple description de ce qu'elle observe, prendre partie pour en proposer la meilleure interprétation. Pour Dworkin, le droit est identifié à travers la meilleure justification morale des pratiques juridiques d'une communauté.

Le droit apparaît dans les textes les plus récents de Dworkin comme un des champs de la moralité politique³, ce qui ne veut pas dire que pour lui le droit se confonde avec une délibération de pure philosophie politique et morale. Car le droit, écrit-il, bien qu'il soit un concept de la philosophie politique et morale

« est sensible dans son interprétation et dans son application est à un degré beaucoup plus grand que les autres concepts de la philosophie politique et morale, par exemple les concepts de liberté ou de démocratie, à l'histoire et aux pratiques établies parce qu'une communauté politique montre son respect de la légalité, parmi d'autres exigences, en gardant foi d'une certaine façon dans son passé »⁴.

Comme il l'écrit encore dans *Justice for Hedgehogs*,

« les droits politiques ne peuvent être distingués des droits moraux personnels que dans une communauté ayant développé une version de ce que Hart a nommé des "règles secondaires", c'est-à-dire des règles qui établissent une autorité et une juridiction législative, exécutives et juridictionnelles »⁵.

Cependant, ajoute-t-il,

« bien que la légalité soit à l'évidence même plus sensible dans le détail aux caractéristiques spéciales de la pratique politique et de l'histoire que les autres valeurs, il ne s'ensuit pas, pour la légalité, pas moins que pour les autres valeurs, que rien d'important puisse ou doive être fait pour explorer cette valeur sur un plan philosophique qui transcende les détails de la situation »⁶.

³ V. *Justice in Robes*, HUP, 2006, p. 34-35 et surtout *Justice for Hedgehogs*, HUP, 2011, p. 410.

⁴ *Justice in Robes*, p. 184.

⁵ Trad. franç., *Justice pour les hérissons*, Labor et fides, 2015, p. 437-438.

⁶ *Justice in Robes*, précité, p. 184.

La théorie du droit comme intégrité affaiblit, tout en la conservant, la séparation entre les fondements du droit (*grounds of law*) et la force du droit (*force of law*) en ce sens que recherchant la validité du droit en dernier ressort dans la moralité publique, elle justifie ainsi la force normative du droit, dès lors que l'intégrité contribue à la formation d'une communauté de principe assurant l'égle considération due à chacun de ses membres.

3. Comme théorie de l'argumentation en *common law*, la théorie du droit intégrité dans sa version dworkinienne a été plutôt bien accueillie⁷, même si les auteurs se sont interrogés sur la stabilité de la théorie du droit intégrité chez Dworkin entre recherche de l'adéquation aux précédents et injonction d'en donner la meilleure interprétation du point de vue de la morale et de la justice⁸, ou encore entre théorie valable pour le seul système juridique des États-Unis et théorie à vocation plus générale⁹. Dans le champ de l'interprétation constitutionnelle, l'intégrité prend la forme de la théorie de la « lecture morale » (*moral reading*) des dispositions morales abstraites de la Constitution. Cette théorie de la lecture morale de la Constitution se heurte maintenant, aux États-Unis, au scepticisme à l'égard du *judicial review* et à la critique de toute approche contre-majoritaire du contrôle de constitutionnalité des lois¹⁰, une critique qui, si elle ne vise pas spécialement Dworkin, concerne sa doctrine directement. Le débat a donc lieu d'abord sur le terrain de la légitimité du *judicial review* plutôt que sur celui de la méthode même du droit comme intégrité. Mais la doctrine de la lecture morale de la Constitution redouble aussi la question du sens exact du droit comme intégrité dans son application à l'interprétation de la Constitution : quel est l'équilibre dans le droit comme intégrité entre la nécessité, d'un côté, de prendre en considération les précédents et l'histoire constitutionnelle et de l'autre côté, le rôle que doit jouer la moralité politique dans la recherche de la meilleure interprétation de ces précédents et de l'histoire constitutionnelle ? Quelle est la liberté du juge pour écarter des précédents ? Quels sont exactement les critères de la recherche de l'adéquation de la décision nouvelle avec les décisions du passé ? Jusqu'où va la confusion entre l'interprétation juridique et

⁷ Pour une conception un peu différente, mais proche de celle de Dworkin, du droit intégrité, v. G. Postema, « Integrity in Workclothes », in J. Burley, ed., *Dworkin and his Critics*, with replies by Dworkin, Blackwell, 2004, p. 291 s.

⁸ V. encore récemment, TRS Allan, « Interpretation, Injustice and Integrity », *OJLS*, 36, 2016, n° 1, p. 58 s.

⁹ « 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).

¹⁰ V. en dernier lieu I. Fassassi, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude de l'argument contre-majoritaire*, Thèse Aix Marseille Université, octobre 2015.

le débat de philosophie politique et morale¹¹ ? Dans le champ de l'interprétation des lois (*statute law*), enfin, la théorie de l'intégrité prend une forme encore différente¹², qui a reçu moins d'attention ne serait-ce que parce qu'elle prétend expliquer des désaccords sur les théories de la législation qui renvoient plus à des arguments rhétoriques qu'à des désaccords entre des doctrines cohérentes et constantes¹³.

4. Plan. Nous ne proposons pas de décrire dans ses détails et dans toutes les interrogations qu'elle suscite la méthode du droit comme intégrité, mais de marquer les tensions qui parcourent l'argumentation juridique chez Dworkin et tout d'abord la tension qui naît de ce que le droit intégrité est présenté comme une approche du droit tel qu'il est institutionnalisé dans le cadre des règles secondaires et se séparant ainsi d'une approche de pure philosophie politique et morale, alors même que, par ailleurs, Dworkin a plaidé régulièrement pour une théorie de la « fusion du droit [...] et de la philosophie morale »¹⁴ (I. - Droit comme intégrité, droit établi et philosophie politique et morale).

Cela nous conduira vers ce qui constitue un des points central de la théorie, la position déterminée de Dworkin en faveur de la possibilité de démontrer la cohérence et la conciliation des principes inhérents à l'histoire institutionnelle du droit en se plaçant du point de vue de la morale et de la justice et son refus d'accepter ce qu'il appelle le « scepticisme interne » dans le domaine du droit¹⁵, en rapport complexe avec sa plaidoirie contre le « scepticisme interne » en général dans le domaine des valeurs et notamment dans le domaine de la moralité politique. Dworkin demande, c'est le cœur de la doctrine du droit comme intégrité, de venir affronter ses arguments contre un scepticisme par ailleurs si prégnant dans la théorie et la doctrine du droit, notamment dans le courant critique du droit, mais plus largement dans la majeure partie d'une doctrine juridique plutôt « réaliste » ou pragmatique (II. – Le refus du scepticisme interne. La possibilité de fonder la cohérence du droit).

¹¹ V. M. W. McConnell, « Comment on Dworkin's 'Moral Reading' of the Constitution », *Fordham Law Review*, 65, 1996-1997, p. 1269 ; V. encore à propos de la conception de la lecture morale de la Constitution selon Dworkin, C. L. Eisgruber, « Should Constitutional Judges Be Philosophers ? », in S. Hershovitz, *Exploring Law's Empire*, OUP, 2006, p. 5 s.

¹² V. *Law's Empire*, p. 313-354.

¹³ Sur la faiblesse de l'analyse dworkinienne du désaccord dans les théories sur l'interprétation de la législation, v. plus loin, la note 74.

¹⁴ Ici Dworkin parle de la « fusion du droit constitutionnel et de la philosophie morale : « Les problèmes constitutionnels », *Prendre les droits au sérieux*, précité, p. 237 : « Le droit constitutionnel ne peut faire de progrès véritables tant qu'il n'aura pas isolé le problème des droits contre l'État et inscrit ce problème à son programme. Cela plaide pour une fusion du droit constitutionnel et de la théorie morale, relation qui – de manière incroyable – n'a pas encore été établie ».

¹⁵ *Law's Empire*, p. 266 s.

Mais la méthode du droit intégrité et l'argumentation contre le scepticisme n'est pas la défense d'une approche mécanique relevant d'une démonstration théorique. La décision judiciaire n'est pas pour Dworkin un acte de connaissance parfait et infaillible. Mais le fait même que l'on ne soit pas en présence d'une approche démonstrative ne signifie pas que tous les arguments se valent. Le désaccord entre plusieurs conceptions rivales, y compris au sein de ceux qui acceptent l'intégrité, ne nuit donc en rien à l'importance et à l'intérêt des différentes conceptions du droit et des concepts juridiques et à la défense pertinente qu'il existe, parmi elles, malgré la controverse, une conception supérieure¹⁶. C'est que pour Dworkin le droit comme intégrité est fondé sur une épistémologie du « désaccord authentique »¹⁷ (III. – Le droit intégrité comme théorie performative du raisonnement juridique).

I. Droit comme intégrité, droit établi et philosophie politique et morale

5. Le droit comme intégrité ne confond pas raisonnement juridique et raisonnement de philosophie politique et morale, détaché de toute institutionnalisation du droit¹⁸. Cela est clairement exprimé dans *Law's Empire* dans lequel on lit que : « *I am defending an interpretation of our own political culture, not an abstract and timeless political morality* »¹⁹ et encore dans *Freedom's law. The Moral Reading of the American Constitution*²⁰.

¹⁶ « Vous pouvez rejeter les arguments d'Hercule, écrit Dworkin, mais si vous les rejetez parce qu'ils ne fournissent pas selon vous la meilleure justification des décisions du passé, vous n'avez pas rejeté pour autant l'intégrité, vous avez au contraire rejoint la même entreprise » (*Law's Empire*).

¹⁷ Référence à ce que Dworkin appelle des *genuine disagreements*, une notion bien connue en épistémologie, en ce sens que le désaccord en droit n'est pas une preuve de l'indétermination du droit. Le désaccord n'est pas purement verbal, entre des juges ou des juristes qui parlent de choses différentes ou qui expriment des préférences subjectives ; il porte sur quelque chose dont l'existence est reconnue par tous et qui leur est commune. Sur la notion de désaccord authentique, voir l'article de W. B. Gallie, « Essentially Contested Concepts », Meeting of the Aristotelian Society, March 1956, *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, vol. 56, 1955-1956, p. 167-198, auquel Dworkin a souvent fait référence. Sur une discussion sur la pertinence de la notion de désaccord authentique chez Dworkin, V. V. Rodríguez-Blanco, « Genuine Disagreements : A Realist Reinterpretation of Dworkin », *OJLS*, 21, n° 4, 2001, p. 649 s.

¹⁸ Voir cependant, dans le dernier chapitre de *Law's Empire* l'introduction d'une distinction entre l'*inclusive integrity* qui respecte des contraintes institutionnelles et la *pure integrity* qui relève de la philosophie politique et morale, mais que Dworkin ne se résigne pas à considérer comme complètement étranger aussi à la science du droit.

¹⁹ *Law's Empire*, précité, p. 216.

²⁰ « *Our constitution is law, and like all law it is anchored in history, practice and integrity* » ; « *constitutional interpretation is disciplined, under the moral reading, by the requirement of constitutional integrity [...]. Judges may not read their own convictions into the Constitution. They may not read the abstract moral clauses as expressing any particular moral judgment, no matter how much that judgment appeals to them, unless they find it consistent in principle with the structural design of the constitution as a whole, and also with the dominant lines of*

Cela est encore particulièrement bien rappelé par Dworkin au moment où, dans *Justice for Hedgehogs*²¹, abandonnant toute idée même de séparation entre le champ de la morale politique et du droit, il réaffirme que l'appartenance du droit à la morale politique ne conduit pas à les confondre²².

C'est que le droit comme intégrité ne fait pas disparaître la différence entre le droit tel qu'il est et le droit tel qu'il doit être²³. Dworkin ne construit pas une doctrine détachée de l'histoire politique et juridique, des précédents et des lois²⁴.

6. L'intégrité comme valeur distincte de la justice abstraite idéale.

Le concept d'« intégrité » a une signification originale parce que les membres de la société politique ne partagent pas les mêmes conceptions idéales de la justice et qu'ainsi dans ce monde réel l'interprétation du droit ne peut pas se faire à partir d'une conception idéale de la justice, mais à partir des principes de la moralité politique inscrits dans le droit et l'histoire et inhérents aux décisions du

past constitutional interpretation by other judges. [...] The moral reading asks them to find the best conception of constitutional moral principles - the best understanding of what equal moral status for men and women really requires, for example - that fits the broad story of America's historical record. It does not ask them to follow the whisperings to their own consciences or the traditions of their own class or sect if these cannot be seen as embedded in that record» (*Freedom's Law*, Harvard University Press, 1996, p. 10-11).

²¹ Harvard University Press, 2011 ; traduit en français *Justice pour les hérissons. La vérité des valeurs*, Fides et Labor, 2015.

²² « Nous traitons désormais le droit comme une partie intégrante de la morale politique. Cela semblera absurde à certains lecteurs et paradoxal à d'autres. Cela semble suggérer, de façon stupide, que le droit d'une communauté est toujours exactement ce qu'il devrait être. De nombreux lecteurs penseront que j'ai poussé trop loin mon ambition d'unifier la sphère axiologique, que je suis devenu un Procuste sacrifiant le bon sens à une théorie philosophique. En fait, ce que j'ai à l'esprit est quelque chose de beaucoup moins révolutionnaire et contre-intuitif [...]. Les droits politiques ne peuvent être distingués des droits moraux personnels que dans une communauté ayant développé une version de ce que Hart a nommé des règles secondaires, c'est-à-dire des règles qui établissent une autorité et une juridiction législatives, exécutives et juridictionnelles » (*Justice pour les hérissons*, trad. franç. Labor et fides, 2015, p. 437-438).

²³ « Il n'y a rien de mystérieux ou de métaphysique dans cette manière d'intégrer le droit dans notre structure : elle ne présuppose aucune force émergente. Elle ne nie pas non plus – c'est crucial – la différence entre les questions relatives à ce que le droit est et celles qui portent sur ce que le droit devrait être » (*Justice pour les hérissons*, p. 439).

²⁴ Voir encore Dworkin, « Hart's Postscript », in *Justices in Robes*, 2006 : « *Legality is sensitive in its application to a far greater degree than is liberty, equality or democracy, to the history and standing practices of the community that aims to respect the value, because a political community displays legality, among other requirements, by keeping faith in certain way with its past. It is central to legality that governments's executive decisions be guided and justified by standards already in place, rather than by new ones made up ex post facto, and these standards must include not only substantive laws but also the institutional standards that give authority to various officials to create, enforce and adjudicate such standards for the future. But though legality is evidently even more sensitive in detail to special features of political practice and history than these other virtues, it does not follow, for legality any more than for the others, that nothing of importance can or should be done to explore the value at a philosophical level that transcends most details of place* » (p. 183-184).

passé²⁵. Il convient donc de se réfugier dans une solution alternative, le principe d'intégrité, pour identifier à partir de données de notre culture juridique les principes de notre moralité politique. Dworkin suppose souvent que l'interprétation morale supérieure du droit établi peut ne pas être à la hauteur de la moralité politique abstraite, même dans un régime relativement bon²⁶. Par exemple, les règles de droit établies sur la vie privée peuvent ne pas traduire le principe d'autonomie ou de personnalité qu'un interprète peut penser être moralement correct.

7. L'approche dworkinienne de l'interprétation implique donc une distinction entre les faits de la pratique institutionnelle d'un côté et les jugements moraux des juristes en ce qui concerne l'implication normative de ces faits, de l'autre. Les opinions du juriste sur les demandes de justice, doivent respecter les caractères de la pratique juridique telle qu'elle existe dans leur juridiction dans le but de respecter d'autres valeurs, les principes d'équité et de due process²⁷. Dès lors « *no principle can count as a justification of institutional history unless it provides a certain threshold adequacy of fit* »²⁸, même si parmi ces principes qui remplissent ce test d'adéquation « les plus profonds moralement doivent être préférés »²⁹.

Cependant, bien que le résultat de l'intégrité peut avoir tendance à être en tension avec les notions que les juristes peuvent avoir d'une parfaite justice dans la communauté, ce que Dworkin appelle « *background morality* » ou « *abstract political morality* »³⁰, il n'y a pas pour lui de séparation complète entre l'intégrité et la moralité politique abstraite.

8. **Le test d'adéquation.** Il faut donc accorder dans l'argumentation une grande importance à une première dimension du droit intégrité où l'argumentation passe par la recherche de l'adéquation entre la solution apportée à un cas nouveau et les solutions qui ont été rendues dans le passé et qui forment toujours jurisprudence. Il existe un « seuil d'adéquation » avec les décisions du passé que les juristes ne peuvent ignorer sauf à ne pas être de bonnes foi, même

²⁵ « *Integrity would not be needed as a distinct political virtue in an utopian state. Coherence would be guaranteed because officials would always do what was perfectly just and fair. In ordinary politics, however, we must treat integrity as an independent ideal if we accept it that all, because it can conflict with other ideals. It can require us to support legislation we believe would be inappropriate in the perfectly just and fair society and to recognize rights we do not believe people would have there* » (*Law's Empire*, p. 176).

²⁶ V. dans le dernier chapitre de *Law's Empire* la distinction entre deux niveaux d'intégrité, « *inclusive* » and « *pure* » integrity (p. 404 s.).

²⁷ V. sur le conflit entre la justice, d'un côté, et les principes d'équité et de due process, de l'autre, *Law's Empire*, notamment p. 404-405.

²⁸ *Taking Rights*, p. 342.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Law's Empire*, p. 408

si les caractéristiques reconnues de la pratique sont elles-mêmes identifiées par l'interprétation.

« They must regards themselves as partners with other officials, past and future, who together elaborate a coherent constitutional morality, and they must take care so see that what they contribute fits the rest »³¹.

Dans un passage où il prend, par analogie, l'exemple de l'interprétation des principes de la courtoisie, Dworkin renvoie même à l'accord entre les interprètes et à une distinction entre ce qui relève de l'interprétation et ce qui relève de l'« invention »³².

Une quelconque exigence de l'adéquation simple est pour une large part une question de prédiction des réponses des autres juristes aux nouvelles suggestions sur les droits et les devoirs juridiques. Mais les exemples pris par Dworkin pour illustrer les limites à ne pas franchir dans la recherche de l'adéquation³³

³¹ *Freedom's Law*, p. 10. Comme le résume Samentha Besson (*The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, Hart Publishing, 2005, p. 398), « imposer consciemment sa propre vue de la justice à travers des décisions de droit sans aucune autre attention aux autres conceptions de la justice représentées dans la communauté, soit qu'elles soient exprimées dans les décisions juridiques du passé ou dans le processus délibératif en cours, pourraient bien être un manquement au respect que l'on attend des officiels. Bien sûr, il n'est pas toujours possible de respecter toutes les conceptions en les accommodant ou en s'y conformant et un choix doit être fait à la fin. Mais, dans des circonstances de désaccord raisonnable, les officiels devraient essayer d'exprimer une conception de la justice qui peut être conciliée autant que possible avec les autres conceptions existantes dans la communauté politique. Si c'est dans les décisions du passé, les lois et les précédents, qui annoncent les standards de la communauté qu'elles sont le mieux reflétées, alors nait une obligation de la part des officiels de s'assurer que les nouvelles lois et les nouvelles décisions soient en cohérence avec elles autant que possible en cas de désaccord ».

³² « *The justification need not fit every aspect or feature of the standing practice, but it must fit enough for the interpreter to be able to see himself as interpreting that practice, not inventing a new one [...]. The interpretative attitude cannot survive unless members of the same interpretative community share at least roughly the same assumptions about this. He (an interpreter of courtesy) also needs convictions about how far the justification he proposes at the interpretative stage must fit the standing features of the practice to count as interpretative of it rather than the invention of something new. Can the best justification of the practice of courtesy, which almost everyone else takes to be mainly about showing deference to social superiors, really be one that would require, at the reforming stage no distinctions of social rank ? (...) Once again, there cannot be too great a disparity in different people's convictions about fit ; but only history can teach us how much difference is too much. [...] Finally, he will need more substantive convictions about which kinds of justification really would show the practice in the best lights [...]. These substantive conviction must be independant of the convictions about fit just described, otherwise the latter could not constraint the former, and he could not, after all, distinguish interpretation from invention » (*Law's Empire*, p. 66, 67-68).*

³³ « Les convictions sur l'adéquation de nos solutions actuelles avec le passé fourniront une exigence sur un seuil que toute interprétation de quelque partie du droit doit respecter si cette interprétation doit être acceptable quoi qu'il arrive. Ainsi toute théorie plausible devrait disqualifier une interprétation de notre propre droit qui dénierait complètement la compétence et la suprématie législative ou qui affirmerait qu'il existe un principe général de notre droit privé qui demanderait aux riches de partager leurs richesses avec les pauvres. Ces seuils élimineraient les

montrent combien extrêmes doivent être ces propositions pour justifier un rejet immédiat d'une solution non susceptible d'une attention sérieuse. La contrainte de l'histoire doit être comprise de façon dynamique et non passive :

« *The mode of this constraint is the mode we identified with the chain novel. It is not the constraint of external hard fact or of interpersonal consensus. But rather the structural constraint of different kinds of principle within a system of principle, and it is nonetheless genuine for that* »³⁴.

9. Le test de justification. Lorsque cette première phase de recherche de l'adéquation ne permet pas de déterminer une seule décision adéquate, parce que deux ou que plusieurs solutions peuvent apparaître comme conformes au seuil de l'adéquation, on doit avoir recours, c'est une deuxième étape ou mieux une deuxième dimension du droit comme intégrité, à la recherche de la solution qui constitue la meilleure illustration des principes inhérents aux décisions du passé, ce qui suscite naturellement le retour à la réaction d'une authentique confrontation des conceptions sur ce qui est la meilleure interprétation morale de la pratique du système. Dans la phase de justification, il faut que le juge choisisse en raison de ce qu'il pense être la solution qui illustrera le mieux la moralité politique de la communauté et ses principes, ce qui implique une part plus personnelle et un effort de construction de la réflexion sur la base de la philosophie politique et morale.

Ce faisant, Dworkin s'inscrit dans une méthodologie bien connue dans le raisonnement juridique dans les pays de *common law* où l'on reconnaît, d'une part, que les principes inhérents à la *common law* limitent la zone de discrétion du juge, mais où on admet, d'autre part, qu'il subsiste de la part du juge une marge d'interprétation en fonction de ses propres valeurs de morale politique. Sa doctrine se présente comme une clarification de cette méthode de *common law* comme il l'avait déjà montré dans « Les cas difficiles »³⁵.

« Cette réponse, écrit Dworkin, est cependant insatisfaisante pour deux raisons. D'abord elle n'éclaire pas ce qui au mieux est une métaphore provoquante, à savoir qu'une morale se cache sous la masse des décisions particulières auxquelles sont parvenus les autres juges dans le passé. Ensuite, elle suggère une explication phénoménologique de la décision judiciaire tout à fait inadéquate. Les juges ne prennent pas leur décision dans les cas difficiles pour ensuite laisser de côté les livres et trancher à

interprétations que certains juges auraient autrement préféré, de telle sorte que les faits bruts de l'histoire de notre droit limiteront le rôle que de quelconques conceptions personnelles de la justice pourraient jouer dans sa décision » (*Law's Empire*, notre traduction, p. 255).

³⁴ *Law's Empire*, p. 257

³⁵ « Les cas difficiles », in *Prendre les droits au sérieux*.

leur manière. Les contraintes institutionnelles qu'ils éprouvent sont constantes et perdurent jusqu'à la décision elle-même »³⁶.

10. La relativisation de la distinction entre les deux phases. Tout en distinguant les deux dimensions dans la recherche de la bonne solution, une dimension qui cherche l'adéquation de la solution d'un cas nouveau avec les solutions du passé, puis, lorsque l'histoire juridique autorise plusieurs interprétations, la dimension de la justification de la nouvelle solution en tant qu'elle présente l'histoire sous son meilleur jour, Dworkin ne les oppose pas. Ainsi, tout en affirmant que :

« Quiconque accepte le droit comme intégrité doit accepter que l'actuelle histoire politique de sa communauté contrôlera ses convictions politiques dans son jugement interprétatif d'ensemble. S'il ne l'accepte pas, si son seuil de l'adéquation est globalement adaptable à ses propres convictions sur la justice, de telle sorte que ces conceptions personnelles fournissent automatiquement l'interprétation éligible, alors il ne peut pas revendiquer de bonne foi pratiquer une interprétation de la pratique juridique de sa communauté »³⁷.

Il souligne aussi que :

« Ces convictions sur l'adéquation sont politiques et non automatiques. Leurs convictions sur l'adéquation, comme elles apparaissent soit dans le travail sur les exigences du seuil requis soit plus tard lorsqu'elles sont en concurrence avec le fond du choix final sont des questions politiques et non mécaniques »³⁸.

³⁶ Dworkin poursuit ainsi : « Il nous faut rendre compte de cette interaction des moralités personnelle et institutionnelle de manière moins métaphorique et exposer de façon plus convaincante cette constante interaction. La théorie des droits, selon laquelle les décisions judiciaires reconnaissent les droits politiques existants, suggère une explication plus satisfaisante sur ces deux points. Si cette théorie est valable, l'histoire institutionnelle agit non pas comme une contrainte sur le jugement politique des juges mais comme un ingrédient contribuant à ce jugement, parce que l'histoire institutionnelle fait partie de l'arrière-plan que toute appréciation plausible des droits d'un individu doit prendre en compte. Les droits politiques sont des créations à la fois de l'histoire et de la morale : ce qu'un individu a le droit d'avoir, dans la société civile, dépend à la fois de la pratique et de la justice des institutions politiques de celle-ci. Ainsi la tension supposée entre l'originalité judiciaire et l'histoire institutionnelle disparaît : les juges doivent rendre des jugements nouveaux à propos des droits des parties qui se présentent devant eux mais ces droits politiques reflètent les décisions du passé plutôt qu'ils ne s'opposent à eux. Lorsqu'un juge choisit entre la règle établie par le précédent et une autre règle envisagée comme plus juste, il ne choisit pas entre l'histoire et la justice. Il rend un jugement qui exige un compromis entre des considérations qui se combinent habituellement dans toute appréciation de droit politique mais qui, ici rivalisent » (« Les cas difficiles », *Prendre les droits au sérieux*, p. 160-161).

³⁷ *Law's Empire*, p. 255.

³⁸ *Law's Empire*, p. 257.

Ainsi, dès le test de l'adéquation, peuvent jouer des éléments d'évaluation et même la possibilité de décider que certains des précédents, parce qu'ils déshonorerait les principes de la société politique, sont des « erreurs ». Faisant toujours référence à Hercule, Dworkin précise que :

« Si l'histoire de son tribunal est, ne serait-ce qu'un peu, complexe, il découvrira en pratique, que l'exigence de cohérence totale qu'il a acceptée, s'avère trop rigoureuse, à moins qu'il ne la développe davantage de sorte qu'elle inclue l'idée qu'il peut, en y restant fidèle, évacuer une certaine part de l'histoire institutionnelle en la considérant comme une erreur ».

« Mais la cohérence requiert une justification et non une explication et la justification doit être plausible et non pas factice »³⁹.

« En tout état de cause, Hercule doit élargir sa théorie pour y inclure l'idée qu'une justification d'histoire institutionnelle peut présenter une partie de cette histoire comme étant erronée. Mais il ne peut pas faire un usage éhonté de ce moyen, parce que s'il était libre de considérer tout élément incompatible de l'histoire institutionnelle comme une erreur, sans plus de conséquence pour sa théorie générale, l'exigence de cohérence ne constituerait plus une exigence véritable »⁴⁰.

L'intégrité est ainsi une valeur différente d'une simple cohérence » (*bare consistency*). Elle implique une lecture du passé au regard des principes et la cohérence recherchée est celle de la cohérence morale des principes en cause. Elle demande alors que les pratiques de l'histoire – telle que la ségrégation raciale – qui ne peuvent pas être regardées comme cohérentes avec les principes reconnus par ailleurs soient abandonnées⁴¹.

11. La question de la prise en considération dans le test de l'adéquation des doctrines passées des juges. Ce travail interprétatif dans la phase de la recherche de l'adéquation est facilité par le fait que l'interprétation constructive des principes inhérents aux décisions du passé n'a pas nécessairement à rendre compte, quand elles sont observables, des interprétations par les juges de leurs propres solutions. Les interprétations actuelles n'ont pas à être en rapport avec la façon dont les juges du passé exprimaient eux-mêmes ce qu'ils étaient en train de faire, pour compter dans le droit comme intégrité comme une interprétation éligible de ce qu'ils ont fait.

³⁹ « Les cas difficiles », précité, p. 199.

⁴⁰ « Les cas difficiles », précité, p. 201.

⁴¹ Dworkin, réponse à Eisgruber, in S. Hershovitz, précité, p. 292. Dworkin poursuit : « *Constitution makers can provide integrity in their constitutional protection only by mandating a moral test that allows the community to identify the principles to which it takes itself to be committed even when it recognizes that it has not kept faith with those principles in the past* » (même référence).

« Certains juristes peuvent penser qu'une interprétation soit inéligible si elle n'est pas en cohérence avec les rhétoriques et les opinions exprimées dans le passé aussi bien que les décisions actuelles. Mais il semble plus raisonnable de penser que ce type d'adéquation comme une possibilité qui peut être écartée dans la recherche d'une interprétation qui rende compte des décisions du passé »⁴².

Naturellement, comme Dworkin le précise par ailleurs⁴³, la prise en considération ou non des opinions explicatives et de la rhétorique judiciaire attachées aux décisions du passé dépendra de la position que l'interprète retiendra comme constituant la part principale de la moralité politique, l'équité (*fairness*) ou la justice. Du point de vue de la recherche d'équité, pour prendre une décision qui est en mesure de garantir le mieux les attentes des acteurs, l'interprète pourra être attentif aux opinions et explications fournies par les décisions du passé. Du point de vue de la justice abstraite, il pourra en faire plus facilement abstraction, ne retenant que ce qui permet de rendre compte, telle que comprise au présent, de la meilleure interprétation des décisions du passé⁴⁴.

II. Le refus du « scepticisme interne ». La possibilité de fonder la cohérence du droit

12. Les circonstances de l'intégrité. L'intégrité ne pourrait pas être pratiquée et défendue si les principes et les institutions en cours dans les sociétés modernes étaient trop chaotiques et trop peu cohérents dans leur contenu pour admettre la possibilité de les comprendre selon une construction requise par l'intégrité, c'est-à-dire si nous devons selon lui admettre ce qui caractérise le « scepticisme interne »⁴⁵. L'intégrité est distincte des principes de justice et d'équité, mais elle est liée à ces principes de cette façon : l'intégrité n'a pas de sens sauf pour les gens qui recherchent l'équité et la justice aussi »⁴⁶.

« Si l'intégrité, relève Jeremy Waldron, résumant ici la pensée de Dworkin, peut être praticable, les conceptions rivales sur la justice qui ont des points d'appui dans la société ne doivent pas se contredire directement les unes les autres et que convenablement pesées, elles doivent être en

⁴² *Law's Empire*, p. 284-285, notre traduction.

⁴³ *Law's Empire*, p. 247-249.

⁴⁴ « *Most judges will think that the balance between the opinions of the community and the demands of abstract justice must be struck differently in different kinds of cases. Perhaps in ordinary commercial or private law cases, an interpretation supported in popular morality will be deemed superior to one that is not, provided it is not thought very much inferior as a matter of abstract justice. But many judges will think the interpretative force of popular morality very much weaker in constitutional cases like Brown, because they will think the point of the Constitution is in part to protect individuals from what the majority thinks right* » (*Law's Empire*, p. 250).

⁴⁵ *Law's Empire*, p. 266 s.

⁴⁶ *Law's Empire*, p. 263.

mesure d'être rassemblés, même avec des tensions, dans une seule vue complexe »⁴⁷.

13. Le scepticisme interne n'est pas une position par défaut.

Dworkin demande que l'on ne présuppose pas nécessairement que les décisions du passé et particulièrement les principes qui sont inhérents à ces décisions soient nécessairement contradictoires. Il défend, au contraire, l'idée que les principes en cause dans les précédents devraient être plutôt regardés comme étant en simple compétition plutôt qu'en contradiction, de telle sorte qu'il serait toujours possible de les combiner de façon cohérente⁴⁸. Au nom de son refus du scepticisme interne, Dworkin pense qu'il devrait par principe être possible, sauf démonstration exceptionnelle contraire, de supposer qu'il y a un moyen de lever les dissonances dans la réalisation des principes différents, dans leur poids respectifs et dans les mesures de leur conciliation.

Jeremy Waldron observe que cette analyse, qui suppose que l'intégrité ne peut jouer que s'il est possible, une fois pesées et confrontées les unes avec les autres les décisions du passé et les principes, de faire apparaître une seule et cohérente conception, « présuppose une condition pour l'intégrité », la non contradiction des principes entre eux, « qui est trop forte »⁴⁹. Elle est trop forte parce que cette condition est en contradiction même avec les « circonstances de l'intégrité » telles que Dworkin les a présentées, parce qu'elle est prête à dénier les bases de l'autre condition qui fonde pour Dworkin lui-même l'intérêt pour le principe de l'intégrité, la circonstance qui distingue notre monde réel de celle d'un monde où il existerait une vue morale homogène sur la justice. Nous n'aurions pas besoin d'une vertu politique distincte de la justice, ici la vertu de l'intégrité, dans un état d'utopie dans lequel il n'y aurait aucun désaccord sur les conceptions de la justice. La cohérence serait garantie parce que les officiels voudraient toujours faire ce qui est parfaitement juste et équitable⁵⁰. Au contraire, défendant une interprétation de la culture juridique réelle et non une théorie intemporelle⁵¹, Dworkin part donc de l'idée que l'intégrité est une valeur précieuse parce que nous sommes dans une communauté politique dans laquelle il n'existe pas d'accord sur la justice abstraite. Ce faisant, la recherche de l'intégrité tient compte de l'état institutionnel du droit et ne se confond pas avec la recherche idéale d'une philosophie politique et morale.

⁴⁷ *Law and disagreement*, OUP, 1999, p. 194. V. notamment dans cet ouvrage l'excellente analyse de ce que Waldron appelle les « circonstances de l'intégrité », p. 188 et plus précisément, p. 192-194.

⁴⁸ V. « The Challenge of Internal Skepticism », *Law's Empire*, p. 266 s.

⁴⁹ *Law and Disagreement*, ouvrage précité, p. 194.

⁵⁰ *Law's Empire*, p. 176.

⁵¹ « *I am defending an interpretation of our own political culture, not an abstract and timeless political morality* » (*Law's Empire*, p. 216).

Ainsi, Pour Waldron, il y aurait une contradiction ou pour le moins une tension dans la théorie du droit intégrité. La condition de cohérence des principes en compétition

« vient de façon périlleuse à proximité de l'autre circonstance de l'intégrité, le fait que l'intégrité n'a pas de signification dès lors qu'il y a une seule conception de la justice dans la communauté (une circonstance qui distingue le monde réel et une société homogène sur le plan des conceptions morales) ».

La première circonstance de l'intégrité

« est que les gens soient réellement en désaccord sur la justice et que ces conceptions soient vraiment et authentiquement et pas seulement de façon apparente en contradiction les unes et les autres et qu'elles soient représentées parmi les standards en vigueur dans la communauté ».

Cette condition de l'intégrité est trop forte aussi parce que

« par ailleurs, cette approche ignore le fait que chaque conception rivale sur la justice dans la société est déjà une conception sur la façon de ranger et de peser les principes différents tels que l'autonomie et la considération mutuelle au sein d'une même conception »⁵².

⁵² J. Waldron, *Law and Disagreement*, p. 194. C'est notamment sur ce point que porte la critique hartienne de la théorie de l'argumentation et du raisonnement juridique chez Dworkin, de façon très modeste, dans la postface de la deuxième édition du *Concept de droit* (Presses universitaires de Saint Louis, 2005, trad. française par Michel van de Kerchove, ici p. 290 s.). Après avoir accepté la thèse centrale défendue par Dworkin (« Il est vrai que, lorsque des lois ou des précédents particuliers se révèlent indéterminés, ou lorsque le droit explicite est silencieux, les juges ne se contentent pas de repousser leurs ouvrages juridiques et de commencer à légiférer sans guide supplémentaire fourni par le droit. Très souvent, en tranchant de tels cas, ils invoquent quelque principe général ou quelque objectif ou enjeu général dont un domaine considérable et pertinent du droit existant peut être considéré comme fournissant une illustration ou une consécration et qui indique une direction dans laquelle on peut trouver une solution déterminée pour ce cas ponctuel difficile. Cela constitue, en effet, le noyau même de l'«interprétation constructive» qui occupe une place si importante dans la théorie de la décision judiciaire de Dworkin »), Hart porte cependant cette critique : « cependant, bien que cette procédure reporte certainement le moment d'une création judiciaire du droit, elle ne l'élimine pas, étant donné que, dans tout cas difficile, des principes différents appuyant des analogies concurrentes peuvent se présenter et un juge devra souvent choisir entre elles, en se fondant, comme un législateur consciencieux, sur son sens de la meilleure solution, et non sur quelque ordre de priorité préétabli, qui lui serait imposé par le droit » (*Le concept de droit*, 2^e édition, Publications des facultés universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 2005, Postface, p. 292).

Le refus par Dworkin d'admettre par défaut l'existence d'une contradiction entre les différents principes inhérents aux décisions du passé ne peut pas ne pas avoir de relation avec la théorie cohérentiste sur la vérité morale de l'auteur et sa critique du « scepticisme interne » dans le domaine des valeurs en général. En même temps, le refus de considérer que les principes inhérents au droit sont contradictoires peut apparaître comme une sorte de présupposition que ces principes sont bien des principes abstraits de la moralité publique et de la justice, seule explication qui permet de penser qu'ils ne peuvent pas être en contradiction. Le refus du scepticisme en droit rejoint ainsi le refus du scepticisme du point de vue de la morale⁵³ et plus généralement la tendance dworkinienne à donner une place centrale, même si elle n'est pas exclusive, à la moralité politique abstraite dans l'argumentation et l'interprétation juridiques.

14. La théorie morale chez Dworkin. Dworkin critique l'ensemble des théories qui prétendent juger de la morale en se plaçant à un niveau de discours au dessus de la morale, discours de type sémantique, psychologique, épistémologique ou ontologique.

Sa première cible sont les théories expressivistes appuyées sur des thèses sémantiques et psychologiques qui défendent l'idée que les énoncés évaluatifs ou prescriptifs de la morale n'ont pas de vocation à décrire quoi que ce soit, qu'ils ne peuvent pas prétendre et qu'ils ne prétendent pas être vrais ou faux (de ce point de vue ils n'ont pas de signification). Sa seconde cible est la « théorie

⁵³ Tout en reconnaissant que la théorie du droit de Dworkin n'est pas jusnaturaliste, John Mackie s'interroge sur l'épistémologie morale de l'auteur en plaçant sur ce terrain dans sa critique de la thèse dworkinienne et soulève selon lui l'impasse dans laquelle Dworkin fonde la théorie du droit (J. Mackie, « The Third Theory of Law », *Philosophy and Public Affairs*, vol 7, n° 1, 1977, p 3-6) : « We must note an implication of Professor Dworkin's inclusion of a moral dimension in the reasoning he assigns to Hercules. Hercules's judgment about what the law is on some specific issue depends on what he finds to be the best explanatory and justificatory theory of the settled law. So what the law is, on Professor Dworkin's view, may crucially depend on what is morally best – what is best, not what is conventionally regarded as best in that society. Now I would argue, though I cannot do so here, that moral judgment of this kind have an irreducibly subjective element. If so, the Professor Dworkin theory automatically injects a corresponding subjectivity into statements about what the law is. Of course, Professor Dworkin is right in arguing that the moral judgements people make are not, in general, reports of socially established rules or even such reports conjoined with the speaker's acceptance or endorsement of those rules. Moral judgments typically include what I call a claim to objectivity and to the objectivity precisely of their prescriptive authority. But these claims, I maintain, are always false [...]. Suppose Hercules and another judge in the same jurisdiction, both following Professor Dworkin methods, reach different conclusions about what the law on some issue is because each of them will sincerely and consistently believe that the law already is as he determines it, I maintain that they will both be wrong. The grounds on which they rely fail to determine an objective preexisting law. Whichever judge's opinion wins the day in the final court of appeal will become the law and will then be the law. The judges who finally decide the case will have been legislating, though they will sincerely, consistently, and rationally believe that they have not. By making a choice determined by their subjective moral judgements for which they honestly but mistakenly claim objective validity they will have been making law on an issue on which there was previously no determinate law, on which they had no antecedent duty to decide one way rather than the other, and on which neither party had a right to a decision in his favor ».

de l'erreur » (*error theory*) de John Mackie qui admet les critiques adressées aux théories expressivistes, c'est-à-dire qui reconnaît que les énoncés moraux ont vocation sémantiquement à être vrais ou faux, mais qu'ils sont tous faux, faute de contrepartie dans le monde de la réalité observable (thèse selon laquelle ces énoncés prétendraient décrire des « choses bizarres »)⁵⁴.

Il observe au contraire que, lorsque les énoncés sur ce qui est moral et bon se doublent d'énoncés sur le fait que ces énoncés sont vrais, les personnes ne prétendent rien de bizarre et, notamment, qu'elles ne prétendent en rien signifier que ces énoncés renvoient à des faits observables dans le monde. Les personnes ne font que redoubler leur prétention sur une affirmation de la morale et veulent signifier qu'elles parlent bien de raisons morales et non de leur goûts ou de leurs simples préférences subjectives. Ces jugements sur la morale ne peuvent être défendus que par des arguments moraux et il n'y a pas pour autant de circularité parce que les jugements moraux et les valeurs se renforcent mutuellement, ce qui permet de construire un ensemble de croyances justifiées par leur cohérence. C'est la seule et grande chose défendue par Dworkin et mise spécialement en évidence dans *Justice for Hedgehogs*, 2011⁵⁵.

Mais Dworkin critique ainsi tout aussi bien les théories réalistes sur le plan ontologique. Dworkin ne revendique pas fonder les jugements moraux sur une ontologie et donc sur la prétention que les jugements moraux décrivent une

⁵⁴ Sur la formulation des critiques de Dworkin contre l'expressivisme et la théorie de l'erreur de Mackie, V. Dworkin, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe It », *Philosophy and Public Affairs*, 25, n° 2, 1996, p. 87-139. Voir aussi, les chapitres 2 (« La vérité dans la morale ») et 3 (« Scepticisme externe ») de *Justice pour les hérissons*, précité, p. 35 s.

⁵⁵ Le titre du livre « est une allusion à un vers d'Archiloque, le poète grec de l'Antiquité, qu'Isaiah Berlin a rendu célèbre. Le renard sait de nombreuses petites choses, mais le hérisson en sait une grande. Les valeurs sont une grande chose. Bien vivre, être bon, savoir ce qui est merveilleux, la vérité de ces choses est une et réciproque : ce que nous pensons à propos de l'une doit s'accorder à tout argument ultime que nous trouvons irréfutable à propos des autres. J'essaie d'illustrer au moins l'unité des valeurs éthiques et morales » (...). « Ce livre a pour but de défendre une thèse philosophique aussi ancienne que considérable, la thèse de l'unité de la sphère axiologique » (Dworkin, *Justice pour les hérissons*, p. 13). Sur la défense de l'unité des valeurs notamment en philosophie politique contre Isaiah Berlin, voir Dworkin, « Moral Pluralism », in *Justice in Robes*, 2006, p. 105 s. Comme il l'écrit dans *La vertu souveraine* (trad. fr. Bruylant 2007, p. 48), il s'agit de parvenir à « une théorie plausible de l'ensemble des valeurs politiques essentielles – c'est-à-dire la démocratie, la liberté, la société civile, mais aussi l'égalité – qui montrerait que chacune d'entre elles est issue de toutes les autres et se reflète en elles ; cette analyse viserait à concevoir par exemple que l'égalité est non seulement compatible avec la liberté mais aussi qu'elle constitue une valeur que ne peut manquer de chérir tout homme qui chérit la liberté ». « Nous pouvons entretenir l'espoir de formuler une théorie de l'ensemble de ces valeurs qui montrerait que celles-ci ne sont que le reflet d'engagements plus fondamentaux encore, portant sur la valeur de la vie humaine et sur la responsabilité qui incombe à chacun de réaliser cette valeur dans sa propre existence ».

réalité naturelle⁵⁶. Il s'écarte également des théories qui, s'inspirant d'un kantisme élargi, prétendent pouvoir rendre compte de la normativité des énoncés moraux par des voies autres qu'en présentant des arguments relevant de la morale en visant ici des thèses constructivistes comme celle de Korsgaard⁵⁷. C'est d'ailleurs dans la critique adressée à ces dernières théories qu'il déploie le mieux sa propre doctrine morale selon laquelle on ne peut se placer au-dessus de la morale pour juger des arguments de la morale⁵⁸. On ne peut justifier un argument de la morale que par un autre argument de la morale.

Mais, voilà ce qui est un point important pour notre analyse, alors que Dworkin considère les arguments de ce qu'il appelle le « scepticisme externe » comme radicalement non pertinents, il admet la pertinence de l'argument sceptique « du point de vue interne », c'est-à-dire lorsque le scepticisme peut être compris comme un argument interne à l'argumentation morale elle-même. Il attend ici que la discussion s'engage et que le « scepticisme interne » ne soit pas un argument par défaut proliférant sur la seule observation du pluralisme des valeurs. Car c'est sur la cohérence du jugement moral que peut être fondée l'épistémologie des jugements de ce type, et en droit, c'est bien sur la possibilité de la cohérence des principes moraux que peut être défendue « le droit comme intégrité ».

15. La théorie dworkinienne de la cohérence des valeurs et des principes de la morale politique se retrouve, se prolonge et peut-être illustre ainsi la défense de la thèse du raisonnement juridique comme intégrité. Dworkin a longuement plaidé dans le domaine de l'analyse juridique pour la cohérence des principes d'égalité et de liberté⁵⁹, pour la cohérence de la démocratie et du *judicial review*⁶⁰, des idées d'une importance considérable pour sa théorie de l'argumentation et plus spécialement dans sa théorie de la lecture morale de la Constitution.

⁵⁶ Pour reprendre l'expression favorite de Dworkin dans ce contexte, il n'existe pas dans le monde des « particules », appelons les avec Dworkin des « morons », qui permettraient de vérifier l'exactitude des jugements moraux. On peut dire qu'il défend un « cognitivisme » sans « réalisme » du point de vue ontologique (V. S. Hurley, *Natural Reasons*, OUP, 1989). Pour une critique de la position anti-réaliste (*ametafysical*) de Dworkin, V. V. Rodriguez-Blanco, « Genuine Disagreements : A Realist Reinterpretation of Dworkin », *OJLS*, 21, n° 4, 2001, p. 649 s.

⁵⁷ C. M. Korsgaard, *The Sources of Normativity*, Cambridge University Press, 1996.

⁵⁸ Il rejoint ainsi Hilary Putnam (*Ethics without Ontology*, Harvard U. P., 2005), pour lequel la discussion rationnelle sur les valeurs ne dépend pas de la référence à des domaines d'objets auxquels ces jugements devraient ontologiquement correspondre. Les jugements éthiques doivent être pensés comme des solutions à des problèmes pratiques et qui résultent de raisonnements pratiques possédant eux-mêmes leurs propres critères de vérité, d'objectivité et de validité. Putnam fait remarquer le paradoxe que constituerait un « *attempt to provide reasons which are not part of ethics for the truth of ethical statements* ». Cela serait le cas de « *the attempt to provide an Ontological explanation of the objectivity of ethics* » (*Ethics without Ontology*, p. 3).

⁵⁹ Dworkin, *La vertu souveraine*, trad par J.-F. Spitz de *Sovereign Virtue*, Bruylant, coll. Penser le droit, 2007.

⁶⁰ Dworkin, *Freedom's Law*, précité.

Mais il faut se garder semble-t-il d'aller trop loin dans cette direction, sauf à faire disparaître un élément central de la doctrine dworkinienne : la différence entre raisonnement juridique et délibération abstraite de philosophie politique et morale et cela même si Hercule doit pouvoir recourir dans certains cas à la philosophie politique et morale.

Mon « argument », poursuit Dworkin, « ne procure aucun argument décisif en faveur de l'intégrité sur la base des premiers principes de la moralité politique ».

« J'ai commencé, souligne-t-il, par concéder que l'intégrité n'aurait aucun rôle à jouer dans une communauté qui serait comprise par tous ses membres comme étant parfaitement juste et équitable. Je défends une interprétation de notre propre culture politique et non une moralité politique abstraite et éternelle. J'affirme seulement que le recours à l'intégrité est plein de force sur la dimension politique secondaire de l'interprétation, qui confirme ses fortes prétentions sur la dimension de l'adéquation à l'égard des précédents »⁶¹.

Si la référence au principe de l'intégrité du droit et la défense de l'intégrité en droit contre le scepticisme interne est en adéquation avec thèse cohérentiste que défend Dworkin comme critère de la vérité morale et de la justesse des croyances, elle en est donc cependant quelque chose de distinct⁶².

III. Le droit comme intégrité comme théorie performative du raisonnement juridique

16. Le refus du scepticisme interne interdit de voir dans l'intégrité un principe distinct et autonome d'équité qui pourrait former une raison de second ordre en cas de conflits sur les principes de justice, puisque ces principes en conflit peuvent être réconciliés⁶³. De ce fait, loin de pouvoir devenir une règle d'équité entre conceptions contradictoires de la justice, la doctrine du droit comme intégrité défend une doctrine de la justice, parmi d'autres, et ce faisant, elle rouvre les controverses. Les acteurs en présence ne sont pas nécessairement

⁶¹ *Law's Empire* p. 216. Samantha Besson souligne que « plutôt que d'être une théorie épistémologique de ce que sont les croyances juridiques justifiées ou une théorie constitutive de la vraie nature du droit, la théorie de la cohérence en politique et en droit est concernée par le rôle de la cohérence pour l'autorité et la légitimité du droit » (*The Morality of Conflicts*, ouvrage précité, p. 381).

⁶² Samantha Besson écrit encore que « dès lors que nous sommes en désaccord sur les qualités de justice respectives de nos décisions présentes et passées, la justice ne peut pas nous procurer une clef pour trouver notre chemin pour aller vers de nouvelles décisions. Cependant, dans la mesure où la cohérence est acceptée par la plupart d'entre nous comme un signe de vérité, nous essayerons de produire des décisions qui sont cohérentes avec nos décisions passées sur la question » (*The Morality of Conflict*, précité, p. 381).

⁶³ Sur ce point, voir J. Waldron, *Law and Disagreement*, ouvrage précité, p. 195 s.

prêts à accepter les conclusions des uns et des autres sur les poids respectifs des principes en présence et sur la mesure de leur conciliation, si conciliation entre eux il peut y avoir.

De ce point de vue, la critique de la conception de l'intégrité chez Dworkin peut ressembler à la critique que l'on peut de la même façon adresser à la théorie de la justice chez Rawls. Ce dernier a cherché à affaiblir les divergences entre conceptions de la justice (elles ne sont pas liées aux grandes conceptions des hommes sur le « bien », mais elles ne concernent que la recherche des « droits » ; il y a un « consensus de recoupement » possible entre ces différentes conceptions du bien sur les questions de justice, et il n'y a plus de place pour un désaccord, même raisonnable, persistant sur la justice et *a posteriori* la théorie de la justice est un point de ralliement au-delà de la simple acceptation d'un *modus vivendi* procuré par l'histoire), mais, à la fin, la théorie de la justice de Rawls n'est elle-même qu'une théorie en compétition avec les autres théories de la justice. Le projet de Rawls ne peut être regardé que comme une exigence à affronter.

Le projet de Dworkin n'est donc pas de fonder une théorie de l'équité dans un monde où règne la controverse. Il est simplement d'interpeller avec des arguments de fond le « scepticisme interne » en droit. Un tel projet appelle au contraire les controverses plus encore, il les radicalise. Mais il a cette grandeur qu'il demande qu'on l'affronte et que cet affrontement ait lieu dans l'argumentation des juges et dans les doctrines de la *common law* comme dans les théories du *judicial review*. À maintes reprises, Dworkin écrit que la solution à laquelle Hercule peut aboutir en s'appuyant sur la méthode du droit comme intégrité ne sera pas nécessairement acceptée par les autres juges et juristes. Mais ce qu'il leur demande, c'est de ne pas lui opposer une doctrine sceptique, mais des raisons à l'intérieur même de l'entreprise du droit comme intégrité. Pour faciliter ce débat, il souligne souvent que les thèses qu'on lui oppose ne sont pas, si on les regarde bien des thèses sceptiques, mais des thèses engagées.

17. D'où le retour à l'importance de la controverse au sein du droit intégrité⁶⁴. Le fait que le juge, selon Dworkin, ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire ne signifie pas que les cas qui lui sont soumis relèvent d'une approche théorique démonstrative. L'argumentation s'inscrit dans le cadre d'un jugement

⁶⁴ Il n'y a pas que Dworkin qui valorise le désaccord en droit. Mais il peut être valorisé pour d'autres raisons que celles invoquées par Dworkin (V. C. Kutz, « Just Disagreement : Indeterminacy and Rationality in the Rule of Law », *Yale Law Journal*, 103, 1993, p. 997). Dworkin nous dit pour être simple que le consensus n'est pas nécessaire pour prouver qu'un discours est rationnel. Mais on peut aussi penser que le consensus n'est pas non plus suffisant pour prédire que le discours est rationnel. Le consensus peut être produit par influence à l'égard de personnes influençables, par la tromperie, etc. En politique, le consensus est souvent associé à l'existence d'un pouvoir fort, sinon d'un pouvoir autoritaire et en droit aussi il peut devenir suspect.

qui implique un pouvoir d'appréciation, ce que rappelle, rapprochant Dworkin et Kant sur le jugement, Julie Allard : le jugement en droit ne relève pas d'une approche théorique mais d'une argumentation pratique. « Le jugement judiciaire qui dit le droit n'est pas prononcé en fonction d'une méthode scientifique »⁶⁵, il ne peut pas être évalué par un test ou un critère positif objectif qui serait observable positivement. Ce n'est pas un acte de connaissance qui peut être parfait et infaillible. Mais le fait qu'une approche théorique et conceptuelle soit exclue, et que la pratique du droit soit une pratique argumentative ne signifie pas pour Dworkin que tous les arguments se valent, qu'il n'y en ait pas de meilleurs que d'autres car le droit est une discipline ou une pratique interprétative dans laquelle la controverse est authentique et raisonnable.

Dans « No Right Answer »⁶⁶ Dworkin critique ce qu'il appelle la thèse démonstrative selon laquelle si on ne peut démontrer objectivement par référence à des faits l'objectivité d'une doctrine juridique et convaincre ainsi les contradicteurs, il n'y aurait pas de bonnes réponses. Dworkin refuse ainsi de fonder la validité du raisonnement juridique sur des jugements prétendument objectifs parce qu'ils seraient eux-mêmes des jugements extérieurs au domaine de l'argumentation juridique et au prétexte qu'il y aurait des désaccords sur les critères de ce qui est valide ou de ce qui est convaincant dans l'argumentation⁶⁷.

La reconnaissance naturelle de la controverse au sein même de ceux qui admettent la méthode du droit comme intégrité est constante dans son œuvre⁶⁸. Il ne cesse d'en appeler à cette controverse contre ses propres thèses comme un ingrédient et un moteur de la théorie du droit⁶⁹.

⁶⁵ J. Allard, *Dworkin et Kant, Réflexions sur le jugement*, éditions de l'Université de Bruxelles, 2001.

⁶⁶ In *Law, Morality and Society. Essays in honour of H.L.A. Hart*, OUP, 1977, p. 85 s.

⁶⁷ Dans l'article sur les *Hard cases*, il y avait aussi la même analyse : « Certains lecteurs peuvent objecter que, si aucune procédure n'existe, serait-ce en principe, pour déterminer quels sont les droits juridiques des parties dans les cas difficiles, il en découle qu'ils n'en ont aucun. Cette objection présuppose une thèse discutable de la philosophie générale selon laquelle, pour être vraie, une proposition doit pouvoir, au moins en principe, être démontrée comme telle. Il n'y a aucune raison d'accepter cette thèse comme élément d'une théorie générale de la vérité et de bonnes raisons de rejeter son application spécifique aux propositions ayant trait aux droits juridiques » (« Les cas difficiles », in *Prendre les droits au sérieux*, p. 154).

⁶⁸ « *Our main concern has been to identify the branching points of legal argument, the points where opinion divides in the way law as integrity promises. For every route Hercules took from that general conception to a particular verdict, another lawyer or judge who began in the same conception would find a different route and end in a different place, as several of the judges in our ample cases did. He would end differently because he would take leave of Hercules following his own lights, at some branching point sooner or later in the argument* » (*Law's Empire*, p. 412).

⁶⁹ V. encore dans « Hart's Postscript », *Justice in Robes*, 2006, précité, p. 171-172 : « *I tried to construct such a conception of law in Law's Empire ; I described it briefly earlier in this essay and I will not expand that description. I want to emphasize, instead, that Law's Empire reports only one way in which integrity and legality can be understood in each other's terms, and the readers who are dissatisfied with my own construction should not reject the general project for that reason* ».

Certains auteurs ne verront au contraire dans le désaccord portant sur la politique, la justice et la morale, c'est-à-dire sur des valeurs ne possédant aucune l'adéquation dans le monde des faits tels qu'ils peuvent être empiriquement observés, que l'expression de préférences subjectives, de choix discrétionnaires entre des politiques divergentes et entre lesquelles aucune discussion raisonnable n'a de sens⁷⁰. Cet empirisme méthodologique reste profondément sceptique sur la possibilité de voir dans la discussion controversée sur le droit une discussion raisonnable au sens fort ou authentique.

Plus généralement, depuis Descartes, les désaccords sont au mieux le signe d'une erreur. Ils ne devraient pas persister. Au pire, ils traduisent l'idée de l'impossibilité d'accéder à la connaissance ou portent sur un objet qui n'existe pas⁷¹. W. B. Gallie a en revanche proposé de surmonter le terrible dilemme en philosophie politique et morale entre rationalisme et scepticisme en défendant que des désaccords persistants sur le long terme sur l'emploi de certains concepts (ce qu'il appelle les « concepts essentiellement contestés ») sont des désaccords authentiques (en ce sens qu'ils ne sont des désaccords ni verbaux ni purement concernés par l'application à la marge des règles d'usage d'un concept), sans être ni le produit d'une erreur ou le résultat de l'absence d'objectivité du concept contesté⁷². Au contraire, la règle d'usage de ces concepts implique précisément, comme élément central de la règle, le fait que la controverse contribue à enrichir leur compréhension.

En référence à ce que Gallie appelle les « concepts essentiellement contestés », Dworkin parle de « concepts interprétatifs »⁷³ qui rendent compte du fait que ces désaccords ont un sens, qu'ils proposent différentes conceptions du même concept, des désaccords authentiques entre des conceptions différentes et dont la confrontation est riche d'enseignements sur la signification des concepts en cause. Le désaccord ne signifie pas sur le plan épistémologique l'absence de

⁷⁰ V. l'analyse du *practical disagreement* sur des thèses pratiques d'ordre moral ou politique chez Alf Ross, *On Law and Justice*, 1959, p. 305.

⁷¹ L'idée d'un lien nécessaire entre la rationalité et l'accord est une idée si forte qu'elle traduit par une proposition faible, mais assez largement acceptée : « *If a discourse is unproblematically rational, then that discourse will not generate long term, widespread, inexplicable and/or irremediable disagreement* » (B. Ribeiro, « Philosophy and Disagreement », *Revista Hispanoamericana de Filosofía*, 43, n° 127, 2011, p. 3-25).

⁷² W. B. Gallie, « Essentially Contested Concepts », Meeting of the Aristotelian Society, March 1956, *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, vol. 56, 1955-1956, p. 167-198.

⁷³ La référence à Gallie à propos de l'interprétation de « concepts essentiellement contestés » définis comme allant au-delà d'une convention commune et laissant place à différentes conceptions du même concept avait été faite par Dworkin dans « Hard Cases », réédité in *Taking Rights Seriously* ; trad. franç. *Prendre les droits au sérieux*, p. 180. Dworkin reconnaît encore expressément, ce qu'il n'avait pas fait dans *Law's Empire*, le lien entre ce qu'il appelle « concepts interprétatifs » et concepts « essentiellement contestés » in « Thirty Years On », réédité in *Justice in Robes*, HUP, 2006 p. 221.

bonne solution entre celles revendiquées, défendues et argumentées entre les conceptions concurrentes⁷⁴.

18. On retrouve ainsi chez Dworkin en permanence la tentative toujours poursuivie de reconnaître l'argumentation comme une argumentation controversée au sens que l'on trouve chez Gallie et qui est une argumentation *pro et contra*, quitte pour lui à montrer, même là où elle ne prend pas cette forme, que c'est bien le sens qu'il faut lui reconnaître. On peut notamment regarder avec intérêt comment il a, d'une part, reconstruit un dialogue avec les thèses des *critical legal studies* et, d'autre part, comment il a défendu un dialogue *pro et contra* entre les thèses originalistes et notamment celle de Scalia et sa thèse de la lecture morale de la Constitution comme un dialogue sur le concept de démocratie comme concept interprétatif. Dworkin a ainsi montré que l'originalisme n'était

⁷⁴ Une discussion peut être ouverte sur la question de savoir si tous les désaccords présentés par Dworkin comme authentiques le sont réellement. Cela concerne notamment ce que Dworkin présente comme des désaccords théoriques sur le droit, c'est-à-dire des désaccords sur les méthodes d'interprétation des lois. Dans l'affaire emblématique *Riggs vs Palmer*, les juges de la majorité défendaient une théorie où la loi devait être interprétée à la lumière de l'intention contrefactuelle du législateur actuel, les juges de la minorité défendaient au contraire une interprétation littérale de la loi. Mais il est facile de montrer que ici le désaccord sur la théorie de la législation n'est qu'apparent. Si le désaccord théorique entre les juges sur la théorie de la législation a un sens, alors il doit être un désaccord consistant, c'est-à-dire permanent, cohérent, et sérieux. Mais comme l'a montré Brian Leiter, cette thèse ne peut être supportée par les faits dans l'affaire *Riggs*. B. Leiter en propose une analyse approfondie par utilisation de données qui figurent dans un article de Kim Lane Sheppelle. On peut constater en ce qui concerne les deux juges qui écrivent les opinions pour la majorité et pour la dissidence dans l'affaire *Riggs*, qu'il n'y a aucune consistance et cohérence dans leur attitude à l'égard des critères de ce qui fait le droit, si on prend en considération sur une période de temps, même restreinte, l'ensemble des opinions qu'ils ont été amenés à défendre sur les critères d'interprétation de la législation. On voit bien que les attitudes respectives apparemment en conflit sur les méthodes d'interprétation sont des attitudes « opportunistes » comme l'ont montré par ailleurs, avec bien d'autres exemples, les auteurs du courant du *legal realism*, au service d'attitudes idéologiques. Il y a bien un désaccord, mais ce n'est pas un désaccord théorique sur les critères du droit, mais un désaccord qui s'explique à l'évidence par l'idéologie des juges sur le fond des questions en cause. Les divergences sur les théories revendiquées de la législation dans les différentes affaires sont de façon générale le résultat d'arguments *ad hoc*, les méthodes d'interprétation étant ces « lieux » rhétoriques à la Perelman, au soutien de thèses sur le fond. Sur *Riggs v. Palmer*, 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889), V Dworkin, *Law's Empire*, Harvard, 1986, p. 15 ; K. L. Scheppelle, « Facing Facts in Legal Interpretation », *Representations*, n° 30, 1990, p. 42-77 ; B. Leiter, « Explaining, theoretical disagreement », *The University of Chicago Law Review*, 76, 2009, p. 1214 s. Pour une analyse limitant le désaccord théorique sur le droit à des stratégies argumentatives dans les jugements d'inférence des règles dans les cas douteux, G. Battista Ratti, « The Logical Structure of Legal Disagreements », Oxford University Jurisprudence Discussion Group, 2009). Une étude de J. J. Czarnecki and W. K. Ford, « The Phantom Philosophy ? An Empirical Investigation of Legal Interpretation », *Maryland Law Review*, 65, 2006, 841s, testant directement la thèse de la consistance et de l'effectivité des attitudes des juges en ce qui concerne leurs théories de la législation, montre selon une autre méthode le faible caractère explicatif de ce facteur sur les clivages dans le vote parmi les juges de la cour d'appel fédérale du 7^e circuit.

rien d'autre qu'une théorie de la démocratie, une thèse de philosophie politique et morale ; qu'à ce titre elle ne pouvait pas prétendre à la neutralité dont elle se pare pour donner un critère factuel à la décision de la cour suprême des États Unis dans le contrôle de constitutionnalité des lois⁷⁵.

19. La réponse aux études critiques du droit. C'est le sens notamment de sa relecture des études critiques du droit selon lesquelles les systèmes juridiques et particulièrement le système juridique des États-Unis sont divisés par la reconnaissance de principes contradictoires de telle sorte que toute tentative d'y découvrir les principes cohérents ne peut rencontrer le succès. Dworkin vise notamment la thèse de Duncan Kennedy selon laquelle le droit anglo-américain exprime une profonde contradiction entre les tendances altruistes et individualistes en droit⁷⁶.

« Les “Crits” visaient, écrit Dworkin, à révéler les contradictions produites dans la doctrine juridique par des groupes puissants suivant leurs propres intérêts, plutôt que l'impact de principes moraux et politiques »⁷⁷.

Mais, poursuit-il,

« Il n'y a aucune raison pour que, comprises ainsi, les études juridiques critiques estiment être dans un rapport de rivalité avec une interprétation collaborative conventionnelle visant à améliorer la loi en imposant un plus grand degré d'intégration et de fidélité à une doctrine dont les causes peuvent fort bien avoir été celles que les “Crits” dénonçaient. Au contraire, il est tout à fait possible de penser que les deux entreprises sont complémentaires, et qu'elles consistent à améliorer la loi en démythifiant les origines de la doctrine puis en refaçonnant celle-ci à de meilleures fins, à travers une interprétation éclairée. Identifier dans l'avidité les causes d'une législation, puis interpréter la législation de manière à contrecarrer cette avidité n'est pas contradictoire »⁷⁸.

⁷⁵ V. *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, précité, p. 15-38.

⁷⁶ D. Kennedy, « Form and Substance in Private Law Adjudication », *Harvard Law Review*, 89, 1976, p. 1685. V. J. Waldron, « Did Dworkin Ever Answer the Crits ? », in Scott Hershovitz, *Exploring Law's Empire*, 2006, p. 155 s. et s. et la réponse de Dworkin, p. 298. Selon Dworkin, si on regarde certaines doctrines politiques et économiques de tels principes se trouvent pouvoir cohabiter et être regardés comme complémentaires. « Des approches d'ailleurs différentes de la justice revendiquent ce que Kennedy déclare impossible : elles offrent une base solide pour reconnaître à la fois les droits individuels et des obligations partagées de justice sociale non comme des compromis entre tendances opposées, mais comme découlant des mêmes idéaux de liberté et d'égalité. Rien dans les écrits de Kennedy ne montre qu'une intégration sophistiquée de ces principes peut être prise en défaut ».

⁷⁷ *Justice for Hedgehogs*, précité, p. 163.

⁷⁸ *Ibid.*

« Pourtant les études juridiques critiques se proclamèrent bruyamment elles-mêmes rivales de ce que ses acolytes nommaient le libéralisme juridique ». Mais pour Dworkin cela peut être encore une stratégie :

« La posture antagoniste que ces juristes adoptaient peut toutefois avoir aussi été le reflet d'un jugement plus profond au sujet des responsabilités véritables de l'érudition juridique. Si le véritable objectif d'une interprétation explicative démystificatrice est de modifier de manière radicale l'opinion et la pratique, un tel but sera peut-être plus facile à atteindre en adoptant une attitude collaborative. Elle pourra essayer d'interpréter dans la pire lumière possible la pratique qu'elle espère modifier, ce qui l'obligera bien sûr à prétendre que c'est la meilleure lumière possible et donc à bloquer toute tentative de la peindre sous un jour meilleur »⁷⁹.

20. Si on accepte de regarder la doctrine de Dworkin pour ce qu'elle est, un refus du scepticisme interne et la demande d'affronter ensemble l'entreprise du droit comme intégrité, malgré les désaccords, la seule façon, de s'insurger contre l'approche dworkinienne est de s'interroger sur le sens de la responsabilité morale qu'il assigne aux juges et à tous ceux engagés dans l'argumentation juridique.

Ce sont des questions que nous avons mises au centre de ce colloque. L'argumentation juridique a-t-elle les ressources pour traiter le désaccord dans la société ? N'y a-t-il pas un décalage entre le désaccord et l'ampleur de son traitement devant les juges et le désaccord dans nos sociétés plurales ? Ne faut-il pas éviter de faire remonter le raisonnement judiciaire vers des prémisses trop générales, révélatrices de nos désaccords les plus profonds ? À quoi servirait dans l'argumentation juridique l'usage intempestif de la justification de nos points de départ modestes par une méthode ascendante de discussion des prémisses ? Il y a là une discussion que l'on voudrait pouvoir reprendre autour notamment de la conception de ce que sont nos désaccords sur la justice et la politique et de la façon dont on peut ou dont on doit les traiter en droit.

⁷⁹ *Ibid.*