



Hercule sur l'Olympe ou comment Ronald Dworkin pense la continuité en droit

Anne-Marie O'Connell

► To cite this version:

Anne-Marie O'Connell. Hercule sur l'Olympe ou comment Ronald Dworkin pense la continuité en droit. Hélène Simonian-Gineste. La (dis)continuité en droit, 20, Presses Universitaires des Sciences Sociales de Toulouse, pp.259-271, 2014, 978-2-36170-078-2. <halshs-01333417>

HAL Id: halshs-01333417

<https://shs.hal.science/halshs-01333417v1>

Submitted on 20 Jun 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

Introduction

Pris dans son acception la plus large, le concept de continuité s'entend comme l'association paradoxale de la permanence et du changement dans une durée circonscrite ou ouverte. Une telle définition n'est, par ailleurs, possible que dans le discours que l'on tient sur le phénomène considéré, qu'il s'agisse d'institutions juridiques, professionnelles, ou tout autre type de structure sociale. Dans le domaine plus circonscrit de la philosophie du droit, continuité et discontinuité riment avec interprétation. En effet, penser la continuité suppose à la fois une réflexion sémantique sur le concept de droit et de loi, et les relations qu'ils instaurent avec l'ensemble des citoyens pris comme corps social, mais aussi sur la manière dont cette continuité se forge, se développe avec la pratique du droit. Toute analyse philosophique devra donc mettre en avant les corrélations entre droit et histoire d'un point de vue formel. Paul Ricoeur a ainsi pu établir que l'histoire, tout comme la fiction, sont des récits qui interrogent le temps, chacun à sa manière. Pour le théoricien du droit Ronald Dworkin¹, le système juridique, en tant qu'il se déploie dans le temps, est un récit à auteurs multiples fondé sur des normes interprétatives, théorie qu'il a développée dans son ouvrage *Law's Empire* dont il faut souligner le caractère à la fois universel et ancré dans la tradition de la *Common Law* américaine.

Un tel système pose comme fondamental l'axiome selon lequel tout texte de loi est soumis, en dernière instance, à l'interprétation du juge, garant et exégète de la continuité en droit. Il est parfois amené à interpréter la législation, à contrôler la constitutionnalité des lois, et, dans toute décision de justice, il doit se prononcer par rapport à l'existence ou non d'un précédent validé par les plus hautes juridictions, selon la doctrine du *stare decisis*. Le juge, dans l'exercice de ses fonctions, doit donc chaque fois examiner, interpréter, un matériau juridique ou législatif extraordinairement fourni et complexe, afin de se forger une opinion fondée sur la règle de droit et la substance de la loi, ce que la langue juridique anglaise nomme *construction*. Le sens s'élabore à partir des éléments existants, qu'il s'agisse d'établir des liens entre des précédents ou de distinguer les affaires, bien que les théories divergent quant à la manière de se reporter à l'histoire et à la lettre de la loi².

La présente contribution examinera comment Ronald Dworkin définit le droit comme récit, et de quelle façon le juge doit élaborer une méthode interprétative conditionnée par des critères normatifs capables de rendre compte du bien-fondé de ses décisions, dont le résultat doit donner sens à la loi et fournir un guide à la conduite des citoyens et des institutions. En nous appuyant sur les analyses de Paul Ricoeur dans *Temps et récit*, nous analyserons plus particulièrement les éléments fondateurs de la continuité en droit chez Dworkin, respectivement la loi comme récit et expression d'une communauté de principes, l'interprétation comme récit au service de l'intégrité du droit, puis à la manière dont le personnage du juge Hercule, figure du juge idéal, arbitre la continuité en droit dans ses jugements, faisant de lui le garant de cette continuité.

I- La loi comme récit fondateur, expression d'une communauté de principes.

A- Le récit des origines.

La loi est fondamentalement ancrée dans l'histoire de chaque pays : on peut dater l'instauration d'un régime politique, on garde la trace des circonstances de son adoption, et des motivations profondes qui ont présidé à sa naissance. Ces éléments s'agencent de manière à former le récit fondateur de cette loi et du système juridique qui en découle, à ceci près que la relation de la loi et du temps est paradoxale. Texte écrit au présent atemporel ou au futur non inscrit dans un déroulement temporel précis – car la substance de la loi s'inscrit dans le temps sous la forme de l'engagement de tous à la

¹ Décédé la mois dernier à l'âge de 81 ans.

² Voir, notamment, A.L. TYLER, « Continuity, Coherence and the Canons », *HeinOnline, Northwestern University Law Review*, vol.99, n°4, 2005

respecter, quelles qu'en soient les circonstances. Pourtant, l'injonction d'obéissance qui lui est attachée témoigne de son caractère performatif, dans la mesure où, idéalement, dire et faire ne font qu'un : la loi se déploie comme récit fondateur et comme parole. La question qui se pose immédiatement est de déterminer la source de cette parole normative, parce qu'il ne s'agit rien moins que d'en énoncer les valeurs fondatrices, et de les justifier. Et, afin de mener à bien cette entreprise, des philosophes politiques bien connus ont remonté la chaîne de causalité et débusqué la justification ultime de la loi dans un récit fictionnel censé se situer au-delà de l'histoire, le « mythos »³ du contrat social, tout en faisant œuvre d'histoire : qualitativement distincte de la fiction des origines dans son développement historique et social, la loi, comme principe et comme action, dérive donc d'une construction narrative⁴, qui doit, pour faire sens, être cohérente et continue. Pour Dworkin, la notion de contrat originel s'estompe en faveur de la figure de la « communauté de principes », qui justifie le fondement formel, social, politique et moral du droit.

B- La communauté de principes selon Dworkin.

L'entreprise de Dworkin est d'établir que l'exercice de la loi, et le fondement du droit, sont de nature interprétative. Le corrélat logique de cette proposition est qu'il n'y a pas d'interprétation sans cohérence ni continuité du système à interpréter, et que ce dernier doit rendre compte des principes fondateurs qui ont présidé à sa naissance ; ceux-ci sont nécessairement portés par la communauté idéale des fondateurs qui ont voulu la loi telle qu'elle est. Dworkin procède par analyse et élimination des modèles possibles, chacun d'entre eux reflétant une théorie du droit en vigueur parmi les juristes. Il élimine tour à tour les thèses conventionnalistes⁵ et positivistes⁶ car aucune d'entre elles ne garantit une cohérence à la fois de fond et de forme. Pour lui, l'unité de la communauté se fait sur des bases juridiques tout autant que politiques, qu'il nomme des « principes », et qui sont au nombre de trois : justice, équité et procédure régulière⁷, qui doivent s'exercer, au-delà des décisions de l'appareil d'état, dans une société moralement plurielle⁸. Pour le juge, dont la fonction est interprétative, il ne s'agit donc pas de jeter un regard en arrière vers un passé révolu, un contexte historique qui n'a plus de pertinence avec le présent ; de même, il n'est pas non plus souhaitable que sa tâche se résume à adapter la loi et ses principes aux circonstances présentes. De telles attitudes contredisent la notion même de continuité en droit, la première parce qu'elle abolit artificiellement la différence entre passé et présent, la dernière parce qu'elle dissout le lien du droit et de ses principes fondateurs. Dworkin leur oppose la théorie de l'intégrité du droit et de la loi, qui opère tant au niveau de la substance du droit qu'à celui de la méthode interprétative.

C- L'intégrité, concept définitoire et opératoire de la continuité.

1- Ébauche de définition

Les principes fondateurs ont une valeur procédurale et morale certaine⁹, et ils s'appliquent à tous les domaines du droit que sont la législation et la jurisprudence. Dworkin soutient en outre que politique et droit sont soumis à une nécessaire cohérence, concordance de fond et de forme qui guident l'action du législateur dans un sens prospectif, et celle du juge dans un sens rétrospectif, dès lors qu'il lui revient de se faire l'exégète de la loi. Concept fondamental de la théorie de Dworkin, l'intégrité intervient à tous les niveaux de son analyse ; elle se définit à la fois dans son rapport au temps et à la morale, et doit répondre à trois questions essentielles à l'élaboration d'une théorie du

3 Le terme, emprunté à la *Poétique* d'Aristote, est repris par Ricoeur dans son analyse de la temporalité des différents types de récit. Voir *Temps et Récit I, l'intrigue et le récit historique*, Paris, Seuil, 1983, p.70, ci-après abrégé en *TRI*

4 Voir P. RICOEUR, *TRI*, p.262

5 Thèse dont les partisans soutiennent que le droit se forme sur la base de compromis temporaires nés de circonstances particulières : le droit se forme peu à peu en suivant l'évolution de la société

6 Le positivisme juridique, incarné par L.H.A. Hart, est affecté par Dworkin du sobriquet « rulebook model »

7 En anglais *justice, fairness, due process*. Voir R. DWORKIN, *Law's Empire*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 1986, p.211. L'ouvrage sera ci-après abrégé en *LE*.

8 *LE*, p.213

9 *LE*, p.175

droit : peut-on justifier le lien entre loi et contrainte en fonction d'une continuité avec des décisions passées relatives à la protection ou l'affirmation de droits ? Si oui, selon quels critères ? Enfin, que faut-il entendre par continuité ?¹⁰ A cela, Dworkin répond que : premièrement, l'intégrité exige de voir la loi comme l'expression de droits et de devoirs ; deuxièmement, que la contrainte exercée par la loi n'a pas pour but de rendre le droit prévisible ni procéduralement équitable ; elle doit garantir l'égalité des droits de telle sorte que la communauté s'en trouve renforcée et justifiée moralement dans sa pratique politique ; troisièmement, que le respect des décisions passées est fondamental, tant qu'il s'agit de suivre ces principes moraux, qu'ils soient publics ou privés¹¹.

2- Morale et continuité

Dworkin conteste le point de vue positiviste selon lequel droit et morale sont conceptuellement distincts tout en distinguant droit et morale populaire. Selon lui, il ne s'agit plus d'opposer ces deux notions, mais de voir de quelle façon elles s'incluent dans une approche interprétative du droit¹². D'ailleurs, il ne donne pas de définition précise de la moralité, si ce n'est pour distinguer la morale populaire, héritée et subie, du droit, qui suppose une adhésion rationnelle et positive à ses principes fondateurs. Cette position théorique évacue peut-être la possible contradiction entre morale privée, morale publique et pluralité de valeurs au sein d'une même société¹³. En fait, cette morale émane de la tâche interprétative du juge, à qui il revient de mettre en valeur ces principes d'une communauté, certes idéale, mais qui n'a d'existence qu'immanente au droit et aux institutions politiques. Il en va de même pour la morale. Dworkin interroge donc la mémoire historique et institutionnelle d'une manière paradoxale : le futur, le *télos* politique, est mis en regard du passé, de l'origine principielle du droit dans le but d'établir une concordance entre ces deux pôles¹⁴. Tout se passe comme si l'histoire devait être l'instrument de la norme juridique en ce que cette dernière suppose d'accord, de volonté d'engagement de tous. L'intégrité en droit est un concept opératoire et englobant, mais elle fait aussi office de médiation entre la règle jurisprudentielle et la morale comprise comme mise en valeur des principes de la communauté. A l'instar de Paul Ricoeur analysant le binôme *mythos-mimesis* chez Aristote¹⁵, il est possible d'avancer que l'interprétation en droit, expression de l'intégrité, se conçoit comme récit (*mythos*), comme construction, au service de la mise en valeur de la loi, vue comme *mimesis* de la communauté de principes. Qu'elle se constitue en récit, c'est ce qui fera maintenant l'objet de notre réflexion.

II- L'intégrité, récit exégétique.

Ayant posé comme base la prépondérance de l'interprétation dans l'établissement de la continuité en droit, Dworkin introduit un parallèle entre la tâche du juge et celles du romancier et du critique littéraire. Il justifie la comparaison parce que, selon lui, le romancier, tout comme le juge, fait montre d'imagination créatrice dans l'interprétation qu'il fait de la loi, et adopte, à son égard, la distance nécessaire que met le critique entre lui et l'œuvre dont il rend compte¹⁶. Cependant, Dworkin refuse de considérer le juge comme créateur, inventeur de la loi, notamment lorsque se présente à lui une affaire ambiguë et difficile. Le récit interprétatif met en œuvre deux niveaux de structure : il est l'expression d'un juge reprenant à son compte l'ensemble de l'histoire du droit et des arrêts de justice, mais, ce faisant, il contribue à l'élaboration d'un récit collectif.

A- L'interprétation comme « roman à la chaîne »¹⁷

10 LE, p.94

11 LE, p.96

12 LE, p. 166

13 C'est l'objection que soulève Philip Selznick dans son article « Dworkin's Unfinished Task », *California Law Review* vol.77, n°3, 1989, pp. 505-513.

14 LE, p.215

15 TR1, p. 127

16 LE, pp. 227-228

17 *Chain novel*, dans le texte original.

Dworkin part du principe que toutes les décisions de justice, ou autres actes de contrôle de constitutionnalité, sont animés par la même dynamique, parce qu'ils s'appuient sur le même matériau juridique : c'est ainsi que se construit, *de facto*, la cohérence et la continuité du droit. Cette affirmation n'est ni nouvelle ni originale, parce que c'est ainsi que les juges décrivent leur propre pratique du droit. Cependant, ce point de vue n'envisage la cohérence qu'en rapport avec le passé, qui s'identifie alors avec la tradition juridique. Le juge s'en fait l'analyste et le chroniqueur dans l'attende de ses décisions, toujours individuelles et motivées en *Common Law*. On peut même dire que le roman à la chaîne se forme déjà dans la collégialité des juges exprimant leurs opinions dans le cadre d'un délibéré. Dworkin ne se contente pas d'une telle acception parce que la continuité, la cohérence, n'ont aucun sens si l'on exclut l'interrogation sur la finalité du jugement : que le roman soit ou non achevé, le sens ne se maintient que si l'on inclut ou rejette des péripéties, des personnages ou des traits de langue en fonction de leur compatibilité avec la trame existante. L'écriture est toujours soumise à la contrainte de l'auteur initial, bien qu'une certaine autonomie n'en est pas moins laissée aux rédacteurs successifs. Toute la difficulté est, pour chaque auteur, de reprendre à son compte l'ensemble du corpus ainsi créé et d'en faire une œuvre aussi individuelle que possible¹⁸. Ceci sous-entend que le récit, écrit au présent, tiennent la juste distance entre récit de l'origine et finalité, ainsi que l'exprime Paul Ricoeur :

« Rien ne dit que le présent se réduise à la présence. Pourquoi, dans la transition du futur au passé, le présent ne serait-il pas le temps de l'initiative, c'est-à-dire le temps où le poids de l'histoire déjà faite est déposé, suspendu, interrompu, et où le rêve de l'histoire encore à faire est transposé en décision responsable »¹⁹.

L'exégète qu'est le juge opère donc son travail dans deux directions : du présent vers le passé, espace d'expérience, pour y trouver la justification morale de sa décision, du présent vers le futur, horizon d'attente, pour construire la cohérence du récit. Mais une telle élaboration s'appuie nécessairement sur des critères guidant le choix du juge dans sa décision : pour Dworkin, le récit exégétique implique que la loi fournisse toujours la bonne réponse en matière de jugement ; en outre, le juge se doit de donner du droit, de la loi, la meilleure image possible.

B- La thèse de la réponse correcte²⁰.

Interpréter la loi signifie en dégager le sens, la vérité, en s'appuyant sur la tradition et ses principes fondamentaux. Or, l'histoire de la *Common Law* montre bien à quel point des juridictions différentes, à des époques différentes ou contemporaines, n'ont pas donné la même réponse à la question de droit soumises à leur interprétation.

Si l'on reprend la métaphore du « roman à la chaîne », l'on s'aperçoit que Dworkin conçoit la loi, le droit comme une trame continue, sans couture ni raccord, en vertu de sa cohérence structurelle de récit. Mais cette cohérence, cette continuité, ne sont perceptibles qu'à la condition que le juge puisse embrasser du regard l'ensemble du corpus constitutif du droit, à l'exclusion de tout autre point de vue théorique. L'interprétation se construit donc à la fois en extrayant du droit l'élément susceptible de guider le juge dans la prise de décision, et dans la qualité du regard du juge, guidé par les principes fondamentaux que sont la justice, l'équité et l'égalité procédurale. Dworkin ne nie pas l'existence de divergences d'opinions entre juges ; aussi établit-il que, dans les cas les plus litigieux impliquant des droits ou des libertés individuelles, ces dernières auront la priorité dans la décision finale, car il ne leur incombe pas de prendre des décisions basées sur des mesures de politique publique, mais sur des principes moraux²¹. Or, ces derniers contribuent à la cohérence du récit exégétique parce qu'ils rendent compte des principes gouvernant le droit en tant qu'expression de la communauté. Aussi est-il de son devoir de mettre au mieux en valeur le système juridique dont il est l'interprète et le narrateur.

18 LE, pp.227-228

19 TR3, p. 375

20 *The right answer's thesis* dans le texte original.

21 LE, p. 244

C- L'exigence de mise en valeur²²

Dans la mesure où le récit exégétique se construit sur la base de la continuité pensée comme intégrité, on est amené à comprendre l'entreprise de Dworkin comme un renforcement de la logique du sens du récit (en tant que rapport au temps et à l'histoire) par un discours sur le droit. Autrement dit, le droit ne prescrit pas seulement une conduite, ni n'octroie des droits ou impose des devoirs de manière neutre. A travers les différentes étapes du roman à la chaîne, il dit aussi, par la bouche du juge, quelque chose de lui-même et, par là, se justifie²³. Dès lors que différentes solutions sont disponibles, le juge choisira celle qui rendra compte de l'intégrité, au sens moral, du droit. Dans l'affaire *Riggs v. Palmer*²⁴, il s'agissait de décider si un meurtrier, désigné comme légataire par testament, pouvait hériter de sa victime, alors que, selon la législation, le droit des successions prévoit que les dispositions testamentaires pouvaient s'appliquer. A la majorité des voix, la cour de justice new-yorkaise opta pour une application du principe selon lequel « nul ne saurait profiter de son crime ». Cette décision n'était pas basée sur une interprétation législative, mais sur un principe moral, dont le non-respect porterait préjudice à l'ensemble du système juridique²⁵.

Cependant, il semble difficile de ne pas faire face à de vrais dilemmes en droit, et il n'est pas sûr que Dworkin puisse facilement décider de la prééminence d'une solution sur d'autres là où deux droits d'égale importance sont en concurrence²⁶, et c'est bien le cas dans la question brûlante de limiter le port d'armes aux États-Unis, ou dans celui de l'euthanasie. Toute décision sera, *in fine*, prise aussi en tenant compte de l'idée que le juge se fait des valeurs communes, même si l'un des critères de choix consistera à privilégier toute solution protégeant les droits individuels et éthiques.

C'est la raison pour laquelle Dworkin imagine un juge idéalement docte, patient et libéré des contraintes sociales pour définir la manière dont cette théorie du droit comme continuité interprétative doit être mise en œuvre, tant il est vrai que le récit n'existe ni sans auteur, sans narrateur ou protagoniste. Il nommera donc ce juge Hercule.

III- Hercule, interprète du droit.

A- Qui est Hercule ?

Dworkin le présente comme un juge à l'intellect et à la patience surhumains qui accepte le principe de la loi comme intégrité²⁷. Personnage fictif, il tint lieu de figure idéale dans la construction narrative que Dworkin fait de la loi, mais il lui arrive aussi de s'immiscer dans le travail de différentes juridictions. Dans ces cas précis, il lui revient de reprendre l'ensemble des éléments susceptibles d'éclairer la pratique des juges grâce au principe de l'intégrité. A cette fin, Dworkin choisit quelques cas emblématiques, parce que controversés, dans chaque domaine d'intervention du juge comme interprète du droit : jurisprudence de la *Common Law* (*MacLoughlin v. O'Brian*, 1983 1AC 410)²⁸, interprétation législative (the Endangered Species Act dans l'affaire du *snail darter* en 1978)²⁹, et « discrimination positive »³⁰ en droit constitutionnel avec les affaires *Brown v. Board of*

22 *The Best Light requirement* dans le texte original.

23 LE, p.400

24 *Riggs v. Palmer*, 115 N.Y. 506 (1889)

25 LE, p. 19

26 Selon la formule de Dworkin, il n'y a pas d'algorithme pour prévoir la décision d'un tribunal (LE, p. 412)

27 LE, p. 239

28 L'affaire concerne l'attribution du statut de victime, dans une affaire de préjudice moral (anglais *emotional damage*, notion qui ne recoupe pas exactement ce que le droit français entend par cette expression).

29 Le *snail-darter*, petit poisson de la famille des perches vivant dans le petit Tennessee, était menacé d'extinction par la construction d'un barrage. La Tennessee Valley Authority parvint à faire échec au projet en se basant sur la législation sur les espèces en danger votée par le Congrès en . L'affaire fut jugée par la Cour Suprême en 1978, qui confirma la décision de la TVA. En 1979, la loi fut amendée par le Congrès afin de ne pas permettre la mise en danger d'intérêts économiques jugés essentiels, et le barrage fut fermé, entraînant la disparition du petit poisson.

30 L'expression ne traduit qu'imparfaitement l'anglais « affirmative action », puisqu'il s'agit, en réalité, de prendre des mesures effectives, positives, visant à favoriser l'accès à l'éducation à des membres de minorités ayant auparavant souffert de discrimination raciale. Pour un Américain, « discrimination » est toujours connoté négativement, et ne peut en rien être associé à quoi que se soit de « positif ».

Education of Topeka (347 U.S. 483, 1954) et Regents of the University of California v. Alan Bakke (438 U.S. 265, 1978)³¹. De la sorte, Dworkin applique sa théorie aux différents domaines dans lesquels le juge exerce sa mission d'interprétation de la loi. A cette fin, il développe une méthode en trois parties, dont nous allons voir à quel point elle peut se comparer à une mise en intrigue de nature diverse et englobante, où le droit assure ainsi sa continuité en empruntant à d'autres disciplines, histoire, sociologie, politique et philosophie pour créer une véritable herméneutique du droit.

B- La méthode herméneutique du juge Hercule.

1- La phase pré-interprétative.

Hercule ne se contente pas de juger à partir des éléments directement liés à l'affaire, mais il doit d'abord identifier les codes et les pratiques du droit impliqués dans l'affaire en question³². Dworkin comprend cette phase dans le même sens qu'un sociologue délimite son « champ » d'étude, ou, comme il le précise, comme un critique littéraire définit le genre du texte à analyser. Cette entreprise définitoire exige du juge qu'il pose aussi un regard d'historien, car il lui faut impérativement circonscrire son champ de recherche à tous les textes ayant un rapport avec le cas à traiter. Le critère de choix doit aussi faire l'objet d'un consensus entre juristes, afin de préserver le but ultime de sa mission, qui est de rendre compte de la vérité de la loi. Nous voyons donc se créer un écheveau de concepts et de pratiques relevant de différentes disciplines, mais dont la finalité est bien d'établir un rapport construit et solide entre le récit juridique et le monde de la référence (la loi) pour en faire émerger la vérité, qui est avant tout question de convergence, d'accord. Par là, on voit à quel point Dworkin fait implicitement retour sur la structure logique de la proposition de loi³³. Mais il ajoute à cette dimension structurelle la profondeur historique (déploiement du droit dans la durée, comme l'intrigue se développe dans le temps) ainsi qu'une dimension sociologique qui représenteraient les valeurs morales véhiculées par le droit pris en tant que système. Tout autant que cette entreprise est conçue comme une aide précieuse dans la pratique du droit, elle contribue à forger une théorie de ce qu'est le droit dans son développement notionnel et continu. Ce travail préparatoire, qui est déjà le résultat d'un tri, d'une sélection, donc d'une interprétation, sert de socle au travail plus spécifiquement interprétatif, et plus classique, du juge.

2- La phase interprétative.

Elle se confond avec l'opération de comparaison effectuée par Hercule afin de dégager des constantes dans la pratiques du droit et de rendre justice à la structure jurisprudentielle du système³⁴. Mais il ne se contente pas de conforter une cohérence formelle du droit, qu'une lecture littérale de la loi pourrait tout aussi bien satisfaire. Il s'agit, bien davantage, de déterminer, grâce à une argumentation minutieuse, si la pratique juridique en vigueur est ou non justifiée du point de vue des principes soutenant l'architecture morale du droit. C'est sur cette base que le juge décide de suivre la jurisprudence, l'interprétation législative ou constitutionnelle en vigueur, ou de distinguer l'affaire à juger pour lui donner un tour nouveau. La pratique du juge est donc fondée par une règle logique (cohérence³⁵) arc-boutée sur des considérations morales qui ne sont pas accessoires, mais fondamentales pour déterminer la manière dont il faut construire, décision après décision, la continuité du droit. Mais cette dernière n'est pas le résultat d'un processus linéaire, car Hercule doit

31 Le premier arrêt interdit la ségrégation raciale à l'école aux États-Unis, le second rejette toute politique de quotas en faveur des étudiants issus de minorités, candidats à l'admission à l'université (les « Law Schools » et « Medical Schools » recrutent à partir de la quatrième année d'études). L'affaire a été portée devant les tribunaux par Alan Bakke, étudiant blanc qui soutenait avoir été victime de discrimination au profit d'étudiants issus des minorités raciales.

32 LE, p. 65

33 En logique descriptive classique, toute représentation du monde réel doit pouvoir se formuler en proposition, qui en est le pendant abstrait, structurée comme accord entre sujet S et prédicat P, reliés par une copule EST équivalent au signe mathématique « = ».

34 LE, p. 66

35 Anglais *fit*

encore se demander comment ajuster sa pratique aux exigences de la loi.

3- La phase post-interprétative.

Hercule n'est pas seulement un auteur scrupuleux de la cohérence de son intrigue mimétique : il doit être certain que la manière dont il met en œuvre son imagination créatrice n'aboutit pas à une invention, une création pure et simple de son esprit, car il est persuadé que la loi doit lui fournir une réponse correcte³⁶ : dans le système de Dworkin, il n'y a aucune place pour l'aporie du sens. Cette phase de vérification permet d'ajuster les fils conducteurs du récit exégétique. Tout se passe comme si le juge opérerait une confrontation secondaire entre la vérité de la loi et celle qui le guide à titre personnel et d'en trouver les concordances : la vérité de l'interprétation doit être aussi celle de la concordance avec les valeurs et la structure narrative. On a donc affaire à une véritable ontologie du droit, dont la forme est celle d'un cercle herméneutique.

C- Continuité et cercle herméneutique.

La tâche d'Hercule est d'unifier la pratique du droit et de faire coïncider la fonction interprétative des juges avec la considération de l'unité de la loi et le fait que celle-ci fournit toujours la matière de la réponse juste. Le système est paradoxal parce qu'il est à la fois ouvert et fermé : il est ouvert, parce que le droit est un roman dont les chapitres s'écrivent chaque fois qu'une décision de justice est prise conformément à l'exigence de cohérence de la forme et du fond moral de la loi ; il est fermé, parce que la tradition juridique de la *Common Law* prévoit que le juge travaille en collégialité, et que les divergences d'opinions sont choses courantes. Chaque juge doit motiver cette opinion, et, dans un système basé sur l'interprétation, il est bien malaisé de déterminer jusqu'à quel point une décision exprime la vérité de la loi. Il est indispensable de prendre en compte la sensibilité politique, au sens large, du juge, puisque c'est aussi ce sens de la justice et des principes qui le guide. Par ailleurs, le choix des affaires qui illustrent la théorie interprétative de Dworkin témoignent aussi de sa propre sensibilité. On peut alors se demander dans quelle mesure la métaphore du droit comme « roman » cohérent et ouvert est toujours pertinente, dans la mesure où les contraintes s'ajoutant, la liberté du juge ultime, s'il y en a un, ne serviront pas de rails dans la prise de décision. En effet, la continuité est parfois contradictoire avec la liberté ; mais Dworkin conçoit davantage l'écriture du roman comme une reprise intégrale et critique des principes du droit. Demeurent, cependant, quelques zones d'ombre : la principale est que le travail post-interprétatif de vérification des conclusions de l'analyse est effectué par le même juge, Hercule. Il lui est, en fait, impossible de s'extraire de l'horizon de sa propre analyse, et tout son travail herméneutique prend la forme d'un cercle, dont il est le centre, tant il est malaisé de sortir du paradoxe de l'interprétation. Cette dernière pose comme principe l'exigence de vérité, mais elle suppose aussi l'existence d'une pluralité d'opinions parfois irréconciliables. La cohérence théorique du système interprétatif mis au point par Dworkin suppose un accord préalable entre les auteurs du roman que sont les juges ; or, il faudrait précisément être Hercule pour espérer mener cette tâche à bien. Et même Hercule, doué d'une patience et d'un intellect hors du commun, ne peut clore l'horizon du droit, identique dans son changement, de même qu'Hegel n'envisageait pas la fin de l'histoire, sinon comme borne logique de son système d'évolution des actualisations de l'esprit.

Conclusion

La théorie de Dworkin est une tentative audacieuse de pallier les insuffisances qu'il pense avoir débusquées dans le positivisme juridique, notamment dans l'incapacité de rendre compte de la justification ultime de la loi dans la notion de règle et de convention entre les officiels, les professionnels du droit. Pour lui, la substance de la loi est morale, et la fonction du juge est de rendre compte de ce principe fondamental sans avoir à inventer la loi dans les cas les plus difficiles. On peut cependant se demander si cette continuité en droit, plus qu'une structure linéaire, n'est pas toujours à réinventer chaque fois qu'un juge doit se prononcer sur la lettre et le fond de la loi. Plus qu'Hercule, ne faudrait-il pas voir le juge en Sisyphe, poussant sa pierre sur une pente ascendante

dont il ne voit pas la fin, et qu'il ne lâche jamais ?