

Dossier

Ronald Dworkin

Présentation

Dossier Ronald Dworkin*

(1^{ère} partie)

Michel Troper**

Résumé

Le succès retentissant de Dworkin dans les pays anglo-saxons s'explique par la fonction de sa théorie : contre les réalistes et les positivistes, il soutient que les juges ne créent pas mais appliquent du droit et il justifie ainsi au regard de la théorie démocratique le contrôle de constitutionnalité. D'autre part, il semble renouveler le débat entre jus naturalisme et positivisme juridique et il présente une philosophie du droit à l'usage des praticiens. Il est probable que ce succès s'étende aux pays de droit continental.

Summary

Dworkin's success in anglo-saxon countries can be explained by the function of his theory : against realists and positivists he insists that judges do not make, but only apply law and he thus provides a justification for juridical review of legislation against the background of the theory of democracy. On the other hand he seems to renew the debate between natural law and legal positivism and represents a legal philosophy for the benefit of practicing lawyers. It is a probability that this success will extend to continental law countries.

Il y a peu d'exemples, dans l'histoire de la philosophie du droit, d'une telle renommée obtenue par un auteur après un seul livre. Lorsque Ronald Dworkin fit paraître en 1977, sous le titre « Taking Rights Seriously », un recueil d'articles publiés depuis 1967, ce livre fut immédiatement jugé capital non seulement par les revues juridiques, mais aussi par une presse destinée à un plus large public. Les auteurs de comptes rendus ne divergeaient que sur la période de référence : pour les uns, c'était le livre le plus important depuis la parution du « Concept » de droit « de Hart (lg61) ¹ ; pour

* La fiche technique sur Dworkin sera publiée dans la 2^e partie du Dossier (n° 2 de la Revue).

** Université Paris X (France).

1. *New York Review of Books*.

les autres, le plus important du siècle ². De sorte que, lorsqu'on lit dans les A.R.S.P. qu'il s'agit de l'ouvrage le plus important de ces dernières années, on a presque l'impression d'une certaine réserve ³. Depuis, d'innombrables articles, commentaires et critiques lui ont été consacrés dans un très grand nombre de revues juridiques.

Ce succès s'explique d'abord par le très grand talent de Ronald Dworkin, l'ingéniosité de l'argumentation et la qualité du style. Il est visiblement armé d'une grande culture philosophique, mais il ne la brandit pas sans arrêt et ne la fait pas non plus dépasser de sa poche, comme certains, pour intimider le lecteur par des allusions à des choses qu'il pourrait ignorer. On n'a donc affaire qu'à des arguments exprimés et soupesés. Il donne des exemples, fait des comparaisons, sa langue est claire (et souvent drôle) même pour un profane, de sorte qu'une grande partie de ses écrits a pu paraître dans un magazine littéraire, le *New York Review of Books* et non dans une revue juridique ou philosophique.

Mais, si grandes et si rares que soient ses qualités, Dworkin n'est pas le seul à les posséder et il faut rechercher s'il y a au retentissement de son livre dans le monde anglo-saxon, puis en Italie, quelque facteur complémentaire, qui permette aussi de mesurer l'importance qu'il pourrait avoir pour le public français. A cet égard, on ne peut manquer de remarquer la nature des thèmes qu'il aborde et le style de sa démarche.

En apparence, il n'y a dans ces thèmes, ou même dans le contenu des propositions, rien de bien nouveau : il soutient, en substance, que les hommes ont des droits naturels, que les positivistes ont grand tort de réduire le droit aux seules règles posées ou encore que les juges n'ont pas de pouvoir discrétionnaire, mais qu'ils doivent appliquer un droit préexistant.

Cependant, ces thèses sont énoncées dans un contexte qui leur donne un relief particulier. Ainsi, s'agissant des juges, on a soutenu au XIX^e siècle dans les pays anglo-saxons, comme en France, que le droit était tout entier dans la loi, adoptée par le pouvoir législatif ou résultant des précédents, que le juge avait seulement pour tâche de l'appliquer et que « la puissance de juger est en quelque sorte nulle », conformément à une formule célèbre. Puis, on a déclaré au début de ce siècle, que le juge était le seul véritable créateur du droit (c'est la doctrine dite réaliste). La doctrine positiviste moderne peut être présentée, d'une façon schématique, comme intermédiaire entre ces deux positions, puisqu'elle admet, dans sa version hartienne, que normalement le juge doit appliquer des règles posées par d'autres, mais que, en l'absence de règles, ou lorsque les règles ne sont pas claires, il peut et doit trancher discrétionnairement. La thèse de Dworkin apparaît alors comme un renversement de perspective, puisqu'il soutient que le juge n'a jamais de pouvoir discrétionnaire, qu'il doit toujours appliquer un droit

2. *Time* et également *Ethics*.

3. Eugène KAMENKA et Alice ERH-SOON TAY, *Philosophy and Human Rights ; A survey and Select Annotated Bibliography*, ds. *A.R.S.P.*, 1984, n° 3, p. 291-342, spécialt. p. 308.

préexistant, mais que ce droit n'est pas toujours un droit posé et que, à côté des règles, il y a des principes et des droits naturels ⁴.

De plus, il présente expressément ses thèses avec toute leur signification politique. Il est lui-même libéral (au sens américain du terme) et même, à certains égards, « radical » et donne pour fonction à sa théorie du droit de justifier certaines solutions pratiques au regard du système juridique et politique américain. Ainsi, par exemple, l'existence d'un contrôle de constitutionnalité des lois pose un problème considérable aux théories dominantes : d'un côté, il est difficile de soutenir que la Cour Suprême se borne à appliquer la Constitution écrite, c'est-à-dire un droit posé par d'autres ; de l'autre, si l'on admet qu'elle exerce un pouvoir discrétionnaire de création du droit, on ne peut plus justifier l'existence de ce pouvoir au regard de la théorie démocratique. Dworkin pense avoir démontré, d'une part que la Cour ne fait qu'appliquer un droit préexistant, mais d'autre part que ce droit ne se réduit pas à l'expression de la volonté du législateur ou du constituant. Puisque la Cour n'a pas le pouvoir de créer le droit, son rôle est conforme à la théorie démocratique. De la même manière, il prend position avec sa théorie des droits sur des questions politiques importantes dans les États-Unis des années 70, comme la désobéissance civile ou les discriminations positives au profit des minorités défavorisées.

C'est donc ce qu'on aurait appelé ailleurs une philosophie du droit engagée, mais avec un engagement inattendu. La coupure entre jus naturalisme et positivisme coïncide souvent avec une opposition idéologique et politique. Les uns apparaissent conservateurs, les autres progressistes. Bien entendu, les rôles ne sont pas figés pour l'éternité et les uns et les autres ont été tour à tour conservateurs et progressistes, mais à la fin des années 60 les jus naturalistes étaient les conservateurs et les anti-jusnaturalistes, ceux qui admettaient que l'Homme est inscrit dans l'Histoire, que le droit est l'expression de la volonté des détenteurs du pouvoir politique et qu'il fallait par conséquent prendre le pouvoir pour changer la société, ceux-là apparaissaient comme progressistes. Or, Dworkin se présente comme un jus naturaliste (il pense que les hommes ont des droits naturels et que les principes, que les juges sont tenus d'appliquer fut-ce en écartant des règles, sont des principes moraux), mais un jus naturaliste « de gauche ».

Mais, ce n'est pas seulement par son engagement qu'il semble se démarquer du jus naturalisme traditionnel ; c'est aussi par sa démarche. Le jus naturalisme, même dans sa version américaine modérée, repose sur l'idée qu'on peut arriver par la raison à découvrir quelques principes immuables et objectifs, qui découleraient de l'idée de Justice ou de la nature de l'Homme et qui formeraient la structure d'un système juridique idéal ⁵. Dworkin a au contraire été formé à l'école de la philosophie analytique. Les prin-

4. Comp. J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1^{ère} édit. 1956, 2^e édit. 1974 ; et la critique de Hans KELSEN, ds. *Allgemeine Theorie der Normen*, Vienne 1979 au chapitre 28, p. 92-99.

5. Cf. Lon FULLER, *Anatomy of the Law*, 1^{ère} édit. 1968, 2^e édit. Pelican Books, 1971, p. 157 et suiv.

cipes dont il parle ne sont pas immédiatement accessibles. Ils ne peuvent être déduits, ni découverts dans l'Écriture. Il n'est même pas certain qu'il les conçoive comme universels. Au contraire, on doit les dégager – « on », c'est-à-dire tantôt le juge, tantôt le philosophe du droit – à partir d'une analyse de l'ensemble du droit en vigueur, sous forme de propositions permettant de le justifier.

Cette présentation est ainsi propre à renouveler et à troubler l'éternel débat du jus naturalisme et du positivisme, dans lequel tous les arguments semblent connus et répertoriés, car bien qu'il critique le positivisme, son jus naturalisme paraît fondé sur le droit en vigueur. Il est d'ailleurs significatif qu'une bonne part des commentaires soit consacrée à la question de savoir auquel des deux courants appartient « réellement » Dworkin.

Il y a encore une raison, peut-être la plus importante, à son succès. Il s'agit d'une philosophie du droit qui peut être utile. Dworkin prétend en effet que les principes font partie du système juridique et qu'ils lient les juges. Il appartient par conséquent aux parties, non seulement d'apporter la preuve matérielle des faits et d'invoquer une règle applicable, mais de démontrer qu'il existe un principe qui fonde cette règle ou qui permette de l'écarter. On ne peut pas examiner ici si cette thèse décrit correctement la réalité et si ces principes existent bien, mais peu importe, car d'une part elle décrit bien le type de justification auquel les juges ont souvent recours et d'autre part elle indique le style de l'argumentation qui pourra être employée avec succès dans le débat judiciaire.

Si l'on examine à présent la situation en Europe continentale et spécialement en France et si l'on reprend un à un les différents facteurs, il faut probablement conclure, quoi qu'on pense par ailleurs du fond de ces théories, qu'il y a de grandes chances pour qu'elles s'y développent rapidement. Tout s'y prête, le renouveau du débat sur les droits de l'Homme et les tentatives, plutôt malheureuses jusqu'ici, de le placer sur le terrain philosophique, l'évolution des idées dominantes sur le rôle du juge, le développement du contrôle de constitutionnalité et jusqu'à la forme particulière qu'il prend en France avec les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » – on dirait que l'expression est de lui – le regain d'intérêt en France, même chez les juristes, pour une réflexion théorique sur le droit dont on peut penser qu'il ne reflète pas seulement une résurgence du goût pour la spéculation intellectuelle, mais qu'il correspond à un besoin pratique, qu'on aurait grand tort de juger superficiel ou vulgaire. On devait bien finir par se rendre compte, notamment chez les praticiens, que le style d'argumentation actuel des avocats et des juges repose sur une théorie du droit, qu'il serait à tous égards utile, efficace même, de critiquer et de renouveler. Peut-être peut-on déceler aussi chez les théoriciens une certaine lassitude devant le spectacle, toujours recommencé depuis des générations, avec les mêmes arguments, de la querelle

des jus naturalistes et des positivistes et l'espoir d'assister – ou de provoquer – au moins à quelques répliques nouvelles.

Telles sont les principales raisons qui ont conduit cette revue à consacrer à la doctrine de Dworkin son premier dossier. On trouvera dans le premier numéro trois textes de Dworkin lui-même :

Tout d'abord un extrait, publié ici sous le titre « le positivisme », de l'un de ses premiers articles « le modèle de règles », paru en 1967 dans la *New York Review of Books* et reproduit au chapitre II de *Tacking Rights seriously*.

– Puis, quelques bonnes feuilles d'un livre à paraître, « l'empire du droit ».

– Enfin, un article inédit, « la théorie du droit comme interprétation », rédigé à partir d'un exposé au colloque « Hart », qui s'est tenu à Jérusalem au printemps de 1984.

Dans le numéro deux, figureront quatre articles :

– Le premier consacré à l'influence de Dworkin dans les pays anglo-saxons.

– Les trois autres portant sur les deux aspects principaux de cette doctrine : la théorie du droit et la théorie de la théorie du droit ou métathéorie.