

# Le juge, la politique et la neutralité. À propos des travaux de Ronald Dworkin\*

Sheldon Leader\*\*

---

## Résumé

L'auteur examine dans cet essai l'œuvre de Ronald Dworkin à la lumière des débats actuels sur le rôle des tribunaux dans la vie politique en Angleterre et aux États-Unis. Il débute, à l'intention des lecteurs français, par un aperçu de l'état actuel des discussions sur le rôle du judiciaire dans la politique. Il présente les arguments pour et contre l'idée que les tribunaux peuvent être neutres en matière de politique, et considère le lien entre cette question et le débat concernant celle des rôles respectifs de création et de découverte joués par les tribunaux dans les interprétations qu'ils donnent au corpus juridique. Cet article propose un cadre conceptuel permettant l'analyse des principaux arguments de Dworkin sur ces problèmes de neutralité et de création juridiques. Sont suggérées ensuite quelques pistes possibles pour le développement futur de cette théorie, et indiqués les pièges que l'on peut alors rencontrer. Deux obstacles potentiels sont visés ici : le risque possible d'une circularité de la théorie, et celui d'occultation du rôle de l'idéologie dans le droit. Enfin, l'auteur indique une manière d'éviter ces deux dangers.

---

## Summary

This essay examines the work of Ronald Dworkin against the background of current debates about the role of courts in England and America. It begins by providing for a French readership an account of the current state of discussion about the role of the judiciary in politics. It considers arguments for and against the notion that the courts can be neutral in political issues, and connects this issue with debates about whether or not courts properly make law or should confine themselves to finding out what it already is. The essay offers a framework of concepts within which Dworkin's leading arguments relevant to these issues can be analysed. It then suggests directions in which the theory might be developed, as well as indicating the pitfalls it faces. Here it focuses on two potential obstacles : the possibility of circularity in the theory, and the danger of ob-

---

## L'auteur

Né en 1943 ; B.A. en 1964 (Université de Yale Philosophie) ; M.A. en 1966 (Université d'Oxford Droit) ; B.A. en 1973 (Université d'Oxford, Droit et Philosophie), il est actuellement « Senior Lecturer à l'Université d'Essex, Department of Law. « Barrister », il enseigne également la philosophie du droit, le droit du travail et le droit constitutionnel à l'Université d'Oxford.

Ses travaux portent plus particulièrement sur l'articulation entre la théorie du droit, les fonctions sociales du droit, et les problèmes concrets de la jurisprudence.

Il est l'auteur d'un livre à paraître dans le courant de l'année 1986 sur le thème : *La liberté d'association : une étude en philosophie politique et droit du travail*.

Il a écrit de nombreux articles en philosophie du droit, droit du travail et droit constitutionnel.

\* Traduit de l'anglais par Françoise Michaut, CNRS, Paris.

\*\* Département de Droit de l'Université d'Essex, Grande-Bretagne.

Dans les pays de « common law », le pouvoir des juges se perd rarement de vue. Alors que la crise sociale s'accroît en Angleterre et qu'une conviction morale très forte s'empare de l'Amérique, les Cours se trouvent prises dans des débats qui secouent le public. Mais cela d'une manière compliquée, du fait que les Cours se veulent impartiales et neutres. Beaucoup voient dans cette prétention un faux-semblant, d'autres un obstacle gênant à leurs programmes politiques, d'autres encore le seul espoir pour faire face aux divisions sociales.

Mais, dans tout cela, ce que sont l'impartialité et la neutralité judiciaires n'apparaît jamais clairement. Sur cette question et dans les attitudes complexes auxquelles elle donne naissance, les regroupements traditionnels ne se forment pas à gauche et à droite. Les positions de part et d'autre se croisent et s'entrecroisent selon des schémas intéressants. Des points de vue divergents séparent les marxistes entre eux, comme ils séparent les marxistes des libéraux et des autres.

Est-il possible d'imaginer un lien entre les cours et la politique qui leur permette de prétendre d'une certaine manière à la neutralité et à l'impartialité ? Le problème est ancien, il est profondément enraciné dans la tradition de la « common law » puisque les tribunaux y ont, peut-être plus que dans les traditions continentales, un droit et un devoir reconnus de prendre de nombreuses initiatives dans l'élaboration de pans entiers du droit. En Amérique, cette place laissée à l'initiative judiciaire se double du pouvoir que possède la Cour Suprême d'invalider la législation inconstitutionnelle. Il est tout à fait concevable qu'un tel pouvoir traverse l'Atlantique et s'établisse en Angleterre si, comme quelques-uns le proposent, la Convention Européenne des Droits de l'Homme devient partie intégrante du Droit anglais.

C'est dans ce contexte qu'il faut envisager l'œuvre de Ronald Dworkin car ce n'est pas la moindre de ses contributions que de nous avoir obligés à penser de manière différente le rapport entre les tribunaux et la politique.

Dans ce qui suit, je voudrais tout d'abord donner à des lecteurs français un rapide aperçu du débat sur le rôle politique des cours en Angleterre et en Amérique, et sur la manière selon laquelle ce débat a été abordé par la théorie du droit. J'envisagerai ensuite la contribution du Professeur Dworkin. Je suggérerai une grille pour l'analyse des éléments concernés de sa théorie générale et j'utiliserai le problème de la neutralité comme une sorte de prisme au travers duquel elle peut être réfractée pour être discutée. Ceci nous permettra de faire le point sur cette œuvre au-

## Le contexte : création ou découverte

Les débats sur le lien entre les tribunaux et la politique en Angleterre et en Amérique s'inscrivent dans le contexte d'une question ancienne et fondamentale : les tribunaux, quand ils statuent sur des questions de droit nouvelles, sont-ils engagés dans un processus de découverte de ce qu'est le droit sur un sujet donné, ou sont-ils fréquemment et à juste titre engagés dans un processus de fabrication du droit ?

Une réponse à cette question nous a été donnée par Sir William Blackstone, au dix-huitième siècle. Il nous dit que les décisions des juges ne créent pas du droit nouveau mais qu'elles sont la meilleure preuve de ce qu'est déjà le droit. Mais, pour Blackstone, la « common law » n'était pas simplement l'ensemble des précédents. Il pensait qu'elle était également imprégnée de Droit naturel. De son point de vue, le juge devait ainsi faire face à deux contraintes : décider selon le précédent mais abandonner celui-ci « ... si un tel précédent est trop injuste ». Quand un juge rencontre un précédent qui va clairement à l'encontre de ce qui est bon et juste, il est en droit de penser que ses prédécesseurs ont fait une erreur pas seulement de morale, mais de droit <sup>1</sup>.

C'est en tant que rejet de cette perspective dans son ensemble que les objectifs et les techniques du positivisme dans le monde de la « common law » se comprennent le mieux. Bentham déversa son mépris sur la conception des droits et du droit naturels de Blackstone en les qualifiant de « non-sens sur des échasses », et rejeta aussi l'idée connexe que, lorsque le juge est confronté à des questions de droit ouvertes, il est engagé dans un processus de découverte et non de création <sup>2</sup>. De Bentham à Hart, le positivisme insiste sur la nécessaire distinction entre ce qu'est le droit, tel qu'il est donné et fixé par les précédents et les lois, et le droit réel tel qu'il devrait être aux yeux du juge chargé du devoir de l'interpréter de manière à résoudre un cas nouveau. Les positivistes nous disent que nous invitons à la confusion et à l'appel déguisé aux convictions morales personnelles si nous insistons sur le mythe que, dans le processus d'interprétation, les juges trouvent le droit, et que nous ferions mieux d'affronter directement le fait qu'ils doivent souvent « légiférer » <sup>3</sup>.

La campagne des positivistes en faveur de la clarté dans un sens a produit l'obscurité dans un autre. On ne voit pas en effet comment, si les juges sont chargés de faire le droit, ils devraient se répartir le travail avec le législateur. Il existe une réponse atteroyante, appelée le modèle « interstitiel ». Selon cette optique, le droit est fait par les tribunaux à l'intérieur des lacunes laissées par

1. Sir William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, London, William Reed, 1811, vol. 1, p. 70.

2. Jeremy BENTHAM, *Works*, Bowring (ed.), vol. 5, p. 235 ; « Anarchical Fallacies », dans *Works*, vol. 2, p. 523.

3. Pour une présentation, voir H.L.A. HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals », *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958, p. 593 et suiv.

*Sheldon Leader*  
*Le juge, la politique et la*  
*neutralité. À propos des tra-*  
*voux de Ronald Dworkin*

le législateur et les décisions antérieures dans la « common law ». Mais alors que c'est probablement la conception la plus couramment admise, les juges ont tendance à lui être infidèles, parce qu'ils reculent toujours devant l'idée que les tribunaux sont libres de vraiment légiférer à l'intérieur de ces lacunes. Ils admettent de laisser entendre qu'ils peuvent créer du droit et qu'ils le font effectivement mais pas « trop »<sup>4</sup>. Ceci, bien sûr, ne nous conduit pas très loin. Le problème devient aigu quand nous voyons en Amérique et en Angleterre les Cours parvenir à des décisions controversées qui déplaisent profondément à des secteurs entiers de la société. La question : « de quel droit ont-ils à faire du droit, alors qu'ils ne sont pas des autorités élues », reste toujours posée. La réponse selon laquelle ils peuvent le faire aussi longtemps qu'ils ne prennent pas des initiatives extrêmes apparaît peu convaincante. Les inquiétudes à propos de leur pouvoir dans une démocratie viennent bien avant toute distinction entre droit d'origine judiciaire extrême et droit d'origine judiciaire marginal. Le droit nouveau peut apparaître comme quelque chose d'insignifiant comparé au reste du système juridique, mais l'impression peut-être différente quand on est dans les souliers de la partie perdante. Une démocratie, qu'elle soit socialiste ou capitaliste, doit être attentive à ces intérêts et attentes individuels, de même qu'elle l'est aux soucis de la communauté plus large.

Pouvons-nous accepter l'inévitabilité du rôle créateur des tribunaux et nous tourner ensuite vers les contraintes de l'impartialité et de la neutralité pour faire la distinction entre les usages légitimes de ce pouvoir et ceux qui ne le sont pas ? Ici, nous rencontrons un problème : aussi bien Blackstone que les positivistes reconnaissent que les décisions judiciaires sur les questions de droit traduisent et doivent traduire des principes moraux et politiques. Là où ils diffèrent, c'est que, pour le premier, ces principes convenablement appliqués par le juge font partie du droit existant alors que, pour les deuxièmes, ces principes apprennent au juge ce qu'il veut que le droit soit à l'avenir. Ainsi la neutralité judiciaire ne peut pas être assimilée, comme on est souvent tenté de le faire, à une décision qui exclut toute controverse politique ou morale. La décision du juge ouvre inévitablement la porte à une controverse de ce type. Sinon vous n'avez plus affaire à un juge.

Pour sortir de ce dilemme, faisons un pas en arrière dans notre recherche d'une définition de la neutralité : parmi les principes politiques et moraux que le juge peut traduire dans sa décision, lequel est celui qui s'impose en toute neutralité et qui s'impose comme solution bien qu'elle apparaisse moins satisfaisante que sa rivale, que le juge retiendrait s'il n'avait pas à statuer en tant que juge ? Le juge devrait-il penser qu'il va trouver le bon principe dans quelque source du Droit comme, par exemple, l'ensemble de la « common law » ? Si la « common law » n'offre pas de réponse,

4. Cf. par exemple, Lord RADCLIFFE, *Not in Feather Beds*, London, 1968, pp. 212-216.

doit-il chercher dans les convictions communes restantes qu'il peut percevoir de différentes manières dans la « public opinion » ? Ou bien doit-il se tourner vers des principes supra-historiques tels que ceux fournis par le Droit naturel ? Si ces sources ne permettent pas de trouver une réponse, nous faudrait-il véritablement désespérer de la neutralité en ce domaine, puisqu'en matière de morale, tout est question de préférence personnelle et par suite d'opportunité politique. Ou, finalement, si nous refusons de faire cette concession sceptique, pouvons-nous rechercher quelque chose dans le processus de décision judiciaire lui-même, qui permette de choisir de manière neutre un principe moral ?

Ces questions sur la neutralité se recourent avec celles sur la responsabilité des tribunaux vis-à-vis de la société en général. Si nous sommes dans des sociétés qui se qualifient de démocraties, la démocratie demande-t-elle que les tribunaux respectent la volonté de la majorité de la communauté telle qu'elle apparaît dans la législation ou au travers d'autres modes d'expression de l'opinion publique ? Si nous admettons cela, n'y a-t-il pas contradiction avec une autre exigence évidente dans une démocratie, la nécessité d'établir un équilibre entre les intérêts de la majorité et ceux de la minorité ? N'est-ce pas précisément ainsi que la démocratie, définie comme le « gouvernement de tous », s'oppose au « règne de quelques-uns » ?

Un point sur lequel semblent coïncider les vues d'une partie de la gauche et d'une partie de la droite, c'est la mise en doute de cette dernière proposition. Les tribunaux, selon cette convergence d'opinion, doivent être tenus par l'obligation de faire ce que veulent les majorités dans la communauté à un moment donné. Ceux qui se prononcent en faveur de cette contrainte craignent, à gauche, que des juges puissent faire obstacle à un changement social progressiste et à droite, que d'autres juges puissent imposer un tel changement. Les nominations effectuées récemment dans le judiciaire par le Président Reagan reflètent cette seconde conviction <sup>5</sup>.

## La thèse de Ronald Dworkin

Le Professeur Dworkin affronte cet enchevêtrement de problèmes avec les idées suivantes : c'est une caractéristique des juges, affirme-t-il, de trouver le droit et non pas de le faire. Il leur appartient de donner effet aux droits préexistants des parties qui se présentent devant eux. En faisant cela, ils doivent, ce qu'ils font de manière caractéristique, éviter les décisions fondées sur des considérations de politiques <sup>6</sup> et suivre au contraire la direction indiquée par les principes. Les politiques déterminent des buts, décrivent une vision du bien commun de la société et sont normalement l'affaire du législatif ; les principes décrivent des droits existants et demandent une application constante, souvent légitimement à

5. Cf. par exemple, l'article de Robert BORK, « The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution », dans *Washington University Law Quarterly*, 1979, n° 3, p. 695 et suiv. Robert Bork a été récemment nommé à la Cour d'Appel des États-Unis.

6. Par « politiques » l'auteur traduit ici la notion de « policies » et non celle de « politics » (note de l'auteur).

*Sheldon Leader*  
*Le juge, la politique et la*  
*neutralité. À propos des tra-*  
*voux de Ronald Dworkin*

l'encontre de la recherche de quelque but commun. Dans l'accomplissement de cette fonction, il est préférable de supposer qu'il n'y a qu'une seule bonne réponse à n'importe quelle question d'interprétation de droit et qu'en conséquence, nous ne pouvons pas dire, dans un débat donné, qu'il n'existe tout simplement pas de bonne manière de le conclure. Le droit, en ce sens, est un système non lacunaire.

Cependant, Dworkin affirme aussi que, lorsqu'ils sont à la recherche de ce qu'est le droit, les juges ne le font pas sans qu'interfèrent leurs propres convictions politiques. Au contraire, celles-ci sont normalement présentes dans toute leur activité. Le juge a pour tâche de répondre à une question de droit à la lumière de la théorie politique qui, selon l'expression de Dworkin, fournit la meilleure justification du droit établi. Mais alors même qu'un juge doit essayer de parvenir à la décision qui convient le mieux par rapport à l'ensemble des précédents de « common law », des lois et des interprétations de ceux-ci, il est en droit d'écarter une partie de cette histoire en tant qu'erreur. Il y a là une place importante pour la dimension de morale politique. Il n'y a pas en effet de manière naturelle pour cette histoire d'être cohérente, pas de modèle unique dans lequel elle tombe d'elle-même, étant donné la quantité de contributions qui, avec nombre de motifs contradictoires s'y ajoutent à travers le temps. Le juge doit parvenir à sa propre conclusion en faisant de son mieux pour préserver l'identité et l'intégrité de l'histoire du droit qu'il a devant lui mais avec la liberté d'en modifier des parties au profit des meilleurs principes de morales politique qu'il puisse parvenir à développer. Les « meilleurs » principes ici ne signifient pas ceux qu'il choisirait dans des conditions idéales, quelque chose qu'il aurait pu faire si le droit (hypothèse impossible) avait suivi le cours idéalement juste. Il doit seulement, dans les principes de morale politique qu'il choisit, trouver et interpréter le principe qui rend compte de l'essentiel du cours, réel, non idéal, du droit établi. C'est ceci qui fait l'originalité de la manière judiciaire d'utiliser les principes politiques, une manière différente de celle du législateur ou des citoyens. Le juge est comme un auteur dans l'entreprise imaginaire de roman produit en chaîne par plusieurs écrivains ou comme l'auteur de vrais mélodrames. Comme il ajoute un chapitre, il doit le faire d'une manière compatible avec l'identité et l'intégrité de l'histoire écrite jusqu'ici.

Il doit nous donner un chapitre qui nous dise ce qu'il considère comme la signification de l'histoire avant qu'il l'ait écrit et non ce qu'il voulait qu'elle signifiât à l'avenir du fait de sa participation <sup>7</sup>.

Ce qui ne peut surprendre, cette position a provoqué de nombreuses réactions. Elles sont intéressantes du fait même de la variété des affirmations contradictoires qui se sont fait jour. Certains parlent de traditionalisme <sup>8</sup>, d'autres de nouveauté, voire d'idiosyncrasie <sup>9</sup>; certains disent que Dworkin croit que la morale inter-

7. Ceci est un résumé de l'argumentation développée par Ronald Dworkin dans *Taking Rights Seriously* (1978), chap. 2 et 4 et appendix. Cf. aussi *No Right Answer ?*, 1975, ainsi que les textes figurant dans le 1<sup>er</sup> numéro de *Droit et Société*, août 1985.

8. Cf., par exemple, J.W. SINGER, « The Player and the Cards », *Yale Law Journal*, vol. 94, 1984, n° 1, p. 1 et suiv.

9. Cf., par exemple, Grover Rees III, Lettre à la *New York Review of Books*, février 1985.

venant dans la décision judiciaire peut seulement venir des principes qui sont déjà acceptés par la grande masse de la communauté<sup>10</sup>, d'autres prétendent que Dworkin désire de manière arrogante imposer sa morale à la communauté et encourage les juges dans le même état d'esprit à en faire autant<sup>11</sup>; certains l'accusent de redonner vie au mythe dangereux selon lequel les juges ne font pas le droit<sup>12</sup>, d'autres lui reprochent d'encourager à tort les juges à bouleverser trop le droit établi<sup>13</sup>. Et ainsi de suite.

Pour voir plus clair, je propose maintenant une grille pour l'analyse de quelques-uns des arguments de Dworkin qui se rapportent à l'objet de nos préoccupations, la neutralité, et ensuite de continuer plus en détail l'étude du problème de la neutralité lui-même.

## Une grille pour poursuivre l'analyse

Soit les définitions suivantes.

Nous dirons que le *droit établi* est un ensemble de propositions explicites et implicites. Sont explicites celles invoquées pour résoudre un cas donné. Elles constituent ce qu'on appelle, en général, le *ratio decidendi* du cas, c'est-à-dire les propositions utilisées par le juge comme des étapes nécessaires pour aboutir à sa conclusion<sup>14</sup>. Si l'on envisage plusieurs décisions, cependant, il est possible aussi de dire qu'il y a d'autres propositions plus abstraites qui sont avancées implicitement par ces mêmes décisions. Ainsi, pour prendre un problème d'intérêt actuel en Amérique, nous pouvons dire qu'une série de décisions de la Cour Suprême affirmant la garantie par la Constitution du droit pour les couples à utiliser des contraceptifs s'ils le désirent<sup>15</sup> du droit des femmes à se faire avorter au cours du premier trimestre de la grossesse<sup>16</sup>, du droit pour un individu d'épouser quelqu'un d'une autre race<sup>17</sup> devrait être considérée comme un tout. On pourrait dire que, prises dans leur ensemble, ces conclusions concrètes de la jurisprudence supposent la proposition implicite que les individus ont le droit de mener la vie sexuelle qui leur convient, libres de toute intervention étatique, dès lors qu'ils ne portent pas préjudice à autrui<sup>18</sup>.

Bien sûr, des controverses éclateront souvent quant à savoir si la présence d'une telle proposition implicite, affirmée par une partie dans un nouveau procès et niée par l'autre, est réellement corroborée par un ensemble de propositions explicites. Ceci peut être parce que les décisions passées se partagent de manière égale sur ce point ou parce que le juge se sent en droit d'écarter certaines affirmations juridiques explicites, antérieures comme des erreurs, a qu'il en va différemment de ses collègues parce que leurs principes de morale politique ne pas les mêmes. Dès lors que le nombre d'erreurs perçues n'est pas tel qu'il nous conduise à dire que l'identité du système juridique n'est pas respectée, c'est possible.

10. Cf., par exemple, J. RAZ., « Legal Principles and the Limits of Law », *Yale Law Journal*, vol. 81, 1972, n° 5, p. 842 et suiv.

11. Cf. Rees, supra note (9).

12. G. MUNZER, « Right Answers, Pre-existing Rights, and Fairness », *Georgia Law Review*, vol. 11, 1977, p. 1054 et suiv.

13. J. MACKIE, « The Third Theory of Law », dans *Philosophy and Public Affairs*, vol. 7, 1977, n° 1, p. 1 et suiv.

14. Définition donnée par Rupert Cross dans Rupert CROSS, *Precedent in English Law*, 3<sup>e</sup> éd., 1977, p. 76.

15. V. Griswold, *Connecticut* 381 U.S. 479, 1965 et V. Eisenstadt, *Baird* 405, U.S. 438, 1972.

16. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 1973.

17. V. Loving, *Virginia* 388 U.S., 1, 1967.

18. Comme l'a prétendu Ronald Dworkin : cf. « Reagan's Justice », *New York Review of Books*, Novembre 1984.

En conséquence, nous pouvons dire de toute proposition de droit explicite donnée qu'elle présuppose une proposition de droit implicite mais qu'elle n'est pas présupposée par elle. C'est-à-dire qu'une proposition implicite pas besoin de s'appuyer sur une proposition explicite particulière pour être acceptable, qu'elle est étayée par un groupe de propos il dont chacune pourrait être écartée en tant qu'erreur<sup>19</sup>.

Ainsi *trouver le droit* peut être compris deux manières différentes qui s'allient à deux types de propositions juridiques. En un sens, le juge trouve le droit quand il découvre des propositions explicites antérieures en examinant les lois ou les affaires antérieures. En un autre sens, il le trouve en cherchant les propositions implicites que les propositions explicites présupposent. Naturellement, dans la part des cas où des questions de droit se posent, le droit à trouver dans le premier sens ne conduira le juge qu'un bout de chemin. Il couvrira rarement explicitement le cas, à moins que les avocats n'aient pas fait correctement leur travail. Les propositions implicites, par contre, couvrent le cas plus fréquemment.

Les juges apparaissent ainsi *faire le droit* en deux sens. En un sens, ils créent le droit quand ils font une adjonction à l'ensemble des propositions explicites. Dans ce sens, les tribunaux créent le droit aussi souvent qu'ils résolvent des questions de droit nouvelles. En un autre sens, ils créent le droit quand ils parviennent à une décision dont il ne peut être rendu compte que par la reformulation, l'addition ou la soustraction d'une proposition de droit implicite. En ce sens, les tribunaux créent le droit beaucoup plus rarement. De la même manière, l'existence de *lacunes dans le droit* peut être envisagée selon deux modalités différentes. En un sens, une lacune existe quand il n'y a pas de proposition explicite qui couvre la question de droit soulevée et, en un autre, il y a lacune quand il n'y a pas de proposition implicite disponible pour couvrir le cas. Il y a fréquemment des lacunes, dans le premier sens, dans la plupart des systèmes juridiques, et beaucoup plus rarement dans le second. *L'identité* d'un système juridique consiste en une série d'éléments qui nous permettent de reconnaître, à travers un ensemble de décisions et de lois, le même système juridique. Toutes les propositions explicites ne seront pas nécessairement englobées puisque, comme nous l'avons vu, certaines d'entre elles peuvent être jetées par-dessus bord pour permettre de retenir la meilleure manière de connecter le reste. *L'unité* d'un système juridique consiste en une telle connexion. Elle représente l'harmonie la plus parfaite possible entre les éléments. Il ne s'agit pas simplement d'une compatibilité générale qui exprime l'absence de contradiction formelle entre les éléments, mais d'un lien plus fort entre les propositions explicites, révélant un principe positif qui les unit, qui en donne la raison d'Être et fournit un critère pour déterminer ce qui doit être considéré comme appartenant ou non au système. Comme pour

19. Ce rapport asymétrique en matière de présupposition rappelle la relation entre propositions abstraites et concrètes dans HEGEL, *Philosophy of Law*, traduction de Knox, Oxford, 1942. Cf., par exemple, la relation entre Droit Abstrait Morale et Vie Éthique.

l'homme, cette unité représente le côté dynamique de ce qu'est la possession d'une identité. Nous pouvons alors comprendre ainsi la position de Dworkin : les juges, de manière caractéristique, considèrent comme leur fonction de découvrir et d'interpréter les propositions implicites du droit. Ils tiennent pour leur devoir de fournir des solutions qui s'harmonisent avec suffisamment de propositions explicites pour qu'il soit possible de dire qu'on est en présence du même système juridique avant et après leur décision. Cependant, étant donné que souvent, dans de nombreux domaines du droit, il n'y a pas de proposition implicite unique, si ce n'est les plus banales, qui unisse l'ensemble des propositions explicites, un juge peut écarter certaines de ces dernières. Mais il fait davantage aussi. En élaborant les propositions implicites de la meilleure manière qu'il puisse, il est en droit, au delà d'une certaine notion minimale de compatibilité - de convenance -, d'abandonner une explication qui englobe plus de propositions explicites au profit d'une autre qui en englobe moins, pour parvenir à la meilleure théorie politique admissible possible et il en a même l'obligation. La seule limite qu'il doit respecter, est de ne pas se séparer de tant de droit établi que l'identité du système soit perdue.

Il faut noter également un autre point important, précisé, par exemple, dans l'article *La théorie du droit comme interprétation*<sup>20</sup>.

Selon Dworkin, rien dans le système juridique ne se présente naturellement, directement comme interprété. C'est l'un de ses arguments fondamentaux contre les Positivistes. Ainsi, une proposition de droit implicite ne livrera pas son sens naturellement, comme quelque chose qui échappe au besoin d'être interprété. L'interprétation doit être donnée par le juge, toujours à la lumière de la théorie politique la plus appropriée. De la même manière, ce qui « convient le mieux par rapport au droit établi » n'apparaît pas à première vue, par exemple, en comptant le nombre de précédents en sa faveur. « Ce qui convient le mieux » sera au contraire lui-même le produit d'une décision, tacite ou expresse, de caractériser et de peser les « sources du droit » d'une certaine manière. Un juge peut, par exemple, préférer donner plus de poids au précédent récent qu'au précédent ancien alors qu'un autre pourrait adopter l'ordre inverse de priorité. Ceci constituera le critère de ce qui convient le mieux et c'est en même temps le produit d'une théorie politique implicite ou explicite.

Le recours à des principes politiques s'impose ainsi doublement au juge : il lui faut fournir la meilleure caractérisation possible des composantes du système juridique ainsi que leur meilleure évaluation afin d'obtenir une norme acceptable pour apprécier la convenance avec le droit établi et il lui faut également trouver le bon équilibre entre la dimension de convenance avec le droit établi et les mérites propres du cas. Toujours laisser les mérites propres prendre le pas sur la convenance par rapport à l'identité du droit

20. *Droit et Société*, n° 1, 1985, p. 81-92.

*Sheldon Leader*  
*Le juge, la politique et la*  
*neutralité. À propos des tra-*  
*voux de Ronald Dworkin*

établi est le signe d'un préjugé judiciaire ; s'en remettre toujours à toutes les affirmations juridiques et à chacune d'entre elles et les faire ainsi toujours prévaloir sur les mérites propres est le signe d'une conception purement mécanique du droit et d'une absence d'imagination en matière morale.

Dès lors que les principes politiques peuvent jouer un rôle aussi important dans les jugements, comment éviter à la fois Charibde et Scylla, la passivité irresponsable et le préjugé ? C'est ici, comme nous le verrons dans un moment, qu'un développement ultérieur de la théorie risque de se heurter à des problèmes. Mais avant d'étudier cela, cependant, un autre aspect de la théorie de Dworkin, qui porte sur les rapports entre les tribunaux et la politique, doit être analysé.

## Scepticisme moral et démocratie

Ces prérogatives du juge rencontrent l'opposition combinée d'un scepticisme moral et d'un engagement en faveur de la démocratie. Dans cette optique, un juge qui veut être à la fois neutre et démocrate, doit admettre qu'il n'y a pas de bonne réponse aux questions morales et politiques. Quand de telles questions sont soulevées à l'occasion d'une affaire en train d'être jugée, il est mieux que le juge s'en remette à ce qu'il peut percevoir comme faisant l'objet de l'accord de la majorité de la communauté. Il ne peut pas avoir davantage raison, puisqu'il est impossible d'avoir tort ou raison, et, au nom de la démocratie, il doit se soumettre <sup>21</sup>.

Dworkin prétend au contraire qu'un juge ne doit pas se laisser troubler par le sceptique ou par le démocrate que le scepticisme inspire. Le juge, en déférant automatiquement à la communauté sur toutes les questions de morale politique, ne ferait qu'abdiquer devant ses responsabilités au lieu d'y faire face.

Je propose, comme manière de rendre compte de la position de Dworkin sur ce point, qu'on envisage la distinction entre les raisons pour les choix et les choix eux-mêmes <sup>22</sup>. Le plus souvent quand un choix est fait entre des alternatives, de façon responsable, il est fait à la lumière des meilleures raisons que celui qui choisit puisse trouver. L'autorité ou le simple individu vont examiner le problème à résoudre et tomber sur les raisons qui leur paraissent les meilleures pour prendre leurs décisions. Ils choisiront ensuite en fonction de ces raisons. Choisir de façon irresponsable, c'est choisir soit sans se soucier de rechercher et de formuler les meilleures raisons pour le faire, soit avoir ces raisons devant soi mais décider, quelquefois par manque de nerf politique, d'opter pour ce qu'on estime être une solution de valeur inférieure.

La décision responsable découle d'un choix fondé sur les meilleures raisons. Ceux qui prétendent que le discrétionnaire chez le juge est « essentiellement subjectif » inversent, en fait, la rela-

21. La meilleure illustration de ce point de vue en Angleterre est donnée dans un ouvrage dont l'auteur fut membre de la Chambre des Lords : Cf. Patrick DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, Oxford, 1965, p. 100.

22. Ce qui suit se fonde sur une argumentation présentée par Ronald Dworkin mais est également mon interprétation de cette argumentation. Cf. Ronald DWORKIN, « No Right Answer ? », dans P. HACKER et J. RAZ (eds), *Law, Morality and Society*, Oxford, 1977, p. 58 et suiv.

tion entre raisons motivant le choix et le choix lui-même. Ils prétendent qu'une décision doit être considérée comme juste ou acceptable simplement du fait que le juge pense qu'elle l'est. Mais c'est présenter de façon erronée la manière selon laquelle le juge envisage lui-même la chose et la manière selon laquelle quelqu'un regardant le juge prendre sa décision, et évaluant celle-ci, pense également le problème auquel est confronté le juge. Le juge ne dit pas lui-même que sa décision sera correcte simplement parce qu'il la pensera telle. Il envisage les raisons pour et les raisons contre sa décision et choisit selon ce qu'il estime être les meilleures raisons. Sa position est : « X est la bonne solution, *en conséquence* je la choisis ». Pour le sceptique, cette position serait : « X est la bonne solution parce que je la choisis ».

La position sceptique, fondée sur une explication subjectiviste, est donc tout simplement inadéquate parce qu'elle ne rend pas compte de manière féconde de la façon selon laquelle les décisions responsables sont en fait prises d'un point de vue interne. Se mettre en retrait et dire qu'elles ne sont pas *réellement* prises de cette manière, même si les participants n'en ont pas conscience, n'apporte rien. Si le critique externe a sa propre conception de la valeur de la décision, il a implicitement abandonné son scepticisme. Il aura sa propre conception parce qu'il pensera qu'il y a des raisons qui la soutiennent. Lui ne raisonnera pas comme il accuse les participants de le faire implicitement : il aura choisi à la lumière des raisons les meilleures, il n'aura pas pensé que c'était son choix qui rendait les raisons meilleures. Donc, si ni le participant, ni le critique externe n'adoptent la position subjective, il est difficile de savoir exactement ce que celle-ci peut nous apprendre sur le processus judiciaire.

## La morale de la communauté et la démocratie

Nous pouvons étendre cet argument encore plus loin pour mieux comprendre la constatation par le juge des conceptions morales de la communauté : aucune soumission automatique à ces conceptions n'est exigée de lui et ceci, parce que rien dans le fait que la communauté les entretienne, ne les rend justes. Croire le contraire, ce serait encore inverser la relation entre raisons et choix et ne pas saisir correctement comment la communauté raisonne d'un point de vue interne, en matière de morale. Quand, par exemple, ses membres votent sur un problème ou expriment leur point de vue d'une autre manière qui indique qu'il s'agit d'opinions exprimées de manière responsable et méritant l'attention, le moins qu'on puisse dire est qu'ils ont des raisons qui les fondent. Il est vraiment peu probable que chaque membre de la communauté dise : « Je préfère un système d'éducation publique à l'enseigne-

ment privé seulement si les autres membres de ma communauté ont la même préférence ». Si tout le monde pensait ainsi aucun point de vue commun ne serait jamais formulé. Les membres de la communauté choisissent de soutenir certaines opinions parce qu'ils estiment qu'ils ont des raisons qui les y obligent. Ils choisissent à cause des raisons ; ils ne pensent pas qu'ils rendent les raisons justes en les choisissant.

Ainsi, pour le juge comme pour la communauté, le processus de décision responsable se prête à un examen des raisons des choix. Il convient de prendre directement en considération ces raisons, et pour le critique ou pour un autre membre de la communauté ou participant, de les accepter ou de les rejeter. Il n'y a pas de déférence naturelle à avoir au fait que quelqu'un d'autre pense que ces raisons sont les meilleures ou a choisi de fonder son action sur elles.

Il est possible d'avancer un pas de plus dans cette argumentation cependant. Qu'il soit juste ou non que le juge *impose* son point de vue au peuple dépend de s'il croit ou non que le système juridique doit tolérer ce qui est fait par ce peuple. C'est une question qui découle de celle de savoir s'il est certain que cette activité est moralement condamnable mais qui ne se confond pas avec elle. La question de la tolérabilité est liée à celle des atteintes que peuvent ou non porter les actions des uns à la liberté des autres. S'il n'y a pas d'atteintes ou si celles-ci sont acceptables sur la base de principes, le juge ne pourra pas contraindre. Sinon, il le fera.

Ainsi, quand le juge impose son point de vue pour empêcher que la communauté refuse à l'un de ses membres un procès, mais se dénie le droit de l'imposer pour s'opposer au désir des membres de la communauté des sports le dimanche, il ne contraint pas, parce qu'il est nécessairement convaincu que l'une des activités est plus mauvaise que l'autre. Il peut être également convaincu que l'une et l'autre sont mauvaises mais penser que cette conviction en elle-même est insuffisante pour justifier la contrainte. Il peut estimer que seule la démonstration en plus d'une atteinte par une personne à la liberté d'une autre serait déterminante. Il n'y a donc pas de raison de penser que le refus par un juge d'accepter l'argument subjectiviste porte en soi automatiquement une invitation à une tyrannie des tribunaux.

Ceci ne signifie pas que la morale de la communauté ne soit pas une source légitime à laquelle le juge puisse à juste titre en référer à l'occasion. Mais l'étendue et le poids des exigences de soumission doivent être fixés indépendamment, en tant que question de morale institutionnelle concernant le jugement judiciaire. La morale de la communauté n'a pas d'exigence *naturelle* vis-à-vis du juge, il ne peut s'agir que d'une *interprétation* d'exigence. Celle-ci se retrouve par conséquent sur le même plan que les autres « sources » du droit.

## Deux problèmes potentiels : la circularité et l'idéologie

La théorie du Professeur Dworkin a effectivement établi deux choses : le caractère chimérique de la décision judiciaire neutre étant conçue comme ne prenant pas parti dans les controverses de morale politique, et le droit pour le juge de s'opposer aux convictions morales clairement exprimées de la majorité de la communauté si l'accomplissement responsable de sa tâche l'exige. Aucun argument sceptique, disant au juge qu'il n'existe pas de bonne réponse en morale ou en politique, ne peut avoir prise.

Cependant, ayant rejeté certains types d'appels à la neutralité, Dworkin a encore besoin d'accepter la force de celle-ci sous une certaine forme : sinon il ne parviendra pas à répondre aux critiques qui prétendent que toute sa théorie constitue une tentative subtile pour faire passer dans le droit la théorie politique libérale qu'il préfère personnellement, en nous disant, en même temps, que la convenance avec le droit établi sert de contrainte adaptée, qui l'éloigne, et éloigne le juge de la tentation d'imposer leur propre vision des choses au peuple.

Le développement du modèle peut se trouver confronté à un problème sur ce point : il lui faut éviter la circularité qui pourrait le menacer de la manière suivante. Envisageons que le juge du type idéal imaginé par Dworkin, Hercule, ait à résoudre une question sur la bonne manière de concilier la liberté d'expression et l'ordre public. Il traitera le problème à la lumière de sa théorie politique interprétée de telle sorte qu'il parvienne à une convenance adéquate avec le droit établi et à la meilleure solution qui puisse se trouver en ce qui concerne les principes politiques de fond. Mais nous savons que les critères de convenance adéquate avec le droit établi sont aussi le produit de sa théorie politique. Il est, par conséquent, difficile de voir comment la convenance adéquate peut servir elle-même de contrainte guidant le choix de la théorie politique et/ou son interprétation.

Pour résoudre ce dilemme nous pourrions penser que, hormis tout appel de ce genre à la théorie politique, la seule chose qui constitue une contrainte pour le juge, c'est le besoin de trouver *une* convenance avec le système de droit établi. C'est-à-dire qu'il ne doit pas échapper totalement à la contrainte. Mais cette présentation est insuffisante. En réalité, comme le montre le parallèle que fait Dworkin avec l'interprétation en littérature, la satisfaction de l'exigence de convenance doit correspondre à davantage que cela. Elle suppose un besoin de rendre compte de suffisamment du corps du droit établi, pour qu'il nous soit possible de dire que l'identité de celle-ci a été respectée. Il ne peut pas s'agir simplement de constater une vague convenance avec une partie de l'histoire.

*Sheldon Leader*  
*Le juge, la politique et la*  
*neutralité. À propos des tra-*  
*voux de Ronald Dworkin*

C'est quand nous poussons le modèle plus loin dans cette direction que la circularité menace. Comme nous l'avons vu, il n'y a pas de manière neutre de fixer l'identité de l'histoire ou de dire comment elle peut être plus ou moins justifiée ; il en va de même pour un système juridique. Si un juge préfère, disons, donner priorité au précédent récent par rapport au précédent ancien, une proposition particulière peut lui apparaître comme celle qui convient le mieux avec le droit établi, alors que son collègue qui a adopté la priorité inverse pourra estimer que cette même proposition convient très mal.

La conclusion qu'une proposition de droit présente une convenance *adéquate* ne peut être atteinte qu'à la lumière d'une théorie politique. Mais s'il en va ainsi, cette théorie politique n'est en aucune façon choisie parce qu'elle satisfait au test de convenance adéquate. Un tel test ne peut pas simultanément être un produit du choix de principes de morale politique et un guide pour ce choix. En affirmant le contraire, nous ne faisons que nous enfermer dans un cercle vicieux.

Un défaut complémentaire de la théorie de Dworkin est le risque qu'elle conduise à un renforcement de l'emprise de l'idéologie sur le droit. J'entends utiliser ce terme dans un sens précis, en tant que référence à un ensemble de croyances qui nuisent à la connaissance de la réalité sociale et qui permettent aux intérêts particuliers d'un groupe dominant d'être présentés comme l'intérêt commun <sup>23</sup>. Le modèle ne porte pas en soi nécessairement de soutien à un programme idéologique tel que nous venons de le définir. Mais il pourrait être le vecteur d'une telle idéologie. Il permet en effet au juge de prétendre que la solution qu'il préfère dans un cas difficile convient mieux avec le droit établi, alors que la solution convient mieux en fait parce qu'elle s'inscrit dans le cadre de la théorie politique que le juge estime qu'il est mieux de développer.

Ce que le démocrate craignait de pire serait alors réalisé. C'est comme si les constituantes de l'identité du roman écrit à la chaîne imaginé par Dworkin étaient en réalité établies avec un œil fixé sur le chapitre suivant que l'auteur veut, pour des raisons indépendantes, écrire. Il se pourrait qu'à la fin de la journée, nous nous retrouvions avec rien de plus que ce discrétionnaire très politique dans les mains du juge. Mais il ne sert de rien, conclurait ce courant de critique, de cacher ce fait et d'affaiblir ainsi l'emprise du contrôle démocratique, en disant que le juge est là pour trouver et non pour faire le droit.

## **Contribution à une résolution du problème : deux versions du modèle**

La théorie peut éviter ces problèmes, à mon avis, en clarifiant la distinction entre les manières selon lesquelles les principes de

23. K. MARX et F. ENGELS, « The German Ideology », dans *Writings of the Young Marx*, publication et traduction par L. Easton et K. Guddat, New York, Doubleday, 1967, p. 439.

morale politique sont impliqués dans le processus judiciaire. Non seulement sont-elles distinctes mais elles sont aussi d'un certain point de vue discontinues. C'est-à-dire qu'il est trompeur de penser qu'Hercule, le juge-modèle, dispose d'un ajustement idéal de l'ensemble des éléments d'une théorie politique. En particulier, c'est une erreur de penser qu'il y ait un ajustement idéal entre la partie d'une théorie politique qui concerne de nombreux problèmes de fond, tels que le fondement et les limites de la liberté d'expression, et des parties d'une théorie politique concernant les traits de la structure d'un système juridique, qui nous diront ce qui présente un caractère de convenance suffisant. C'est ce genre de connexion qui donne naissance au fâcheux aspect de circularité dans le modèle.

A titre de stratégie alternative, on peut imaginer la décision judiciaire idéale comme intervenant au travers d'une série d'étapes analytiques (et non historiques ou psychologiques). Le critère de la décision adéquate serait fixé pour chaque étape et non pour toutes. Nous pouvons alors distinguer entre l'idéal d'impartialité, que respecte le juge-modèle, et l'idéal de neutralité, défini comme refus de prendre parti dans une controverse politique, qu'il rejette. Il est impartial en répondant aux questions de droit mais il n'est pas neutre. Nous pouvons fixer, de manière non circulaire, les caractéristiques d'une décision impartiale.

Les traits de cette seconde stratégie apparaîtront mieux si nous continuons à explorer encore un peu la première. Sont en jeu ici deux manières très différentes d'envisager le jugement judiciaire. Du premier point de vue, du point de vue ho liste, un juge idéal trouverait une décision cohérente en scrutant le champ des principes qui permettent de fixer la nature et le caractère de l'institution sur laquelle il doit juger, par exemple, la liberté d'expression. Avec ses qualités parfaites de connaissance et de jugement, Hercule taillerait les constituants du droit établi à la mesure du résultat que recommandent ses convictions politiques générales traitant de l'ordre public <sup>24</sup>. Puisqu'il est ce juge idéal, nous pouvons supposer que sa théorie de l'ordre public a été adoptée et développée avec un soin impeccable, de sorte que nous n'aurions aucun grief à formuler contre la solution à laquelle il serait parvenu.

Nous comprendrons, quand ce juge idéal répondra à des questions telles que celle du poids à accorder aux intentions du législateur, du constituant ou des rédacteurs de la Convention des Droits de l'Homme dans un problème d'interprétation, en disant que « la réponse dépend de la constatation de la concordance ou non entre ces intentions et les droits dont il est clair sur la base des principes politiques qu'ils existent dans la communauté ». Ce juge, doit-on noter, n'aura pas fait d'exceptions *ad hoc* aux contraintes juridiques qu'il reconnaît autrement, juste pour parvenir à un résultat

24. Une analogie pourrait apparaître avec la technique de l'équilibre réfléchi de Rawls. Cf. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Oxford, 1971, p. 20 et suiv.

*Sheldon Leader*  
*Le juge, la politique et la*  
*neutralité. À propos des tra-*  
*voux de Ronald Dworkin*

qu'il désire dans un cas particulier. Il agit absolument selon des principes, affirmant que cette solution est du genre de celles qu'il adoptera dans toutes les affaires de ce type qui viendront à l'avenir devant lui.

Mais aussi bon que ce modèle puisse paraître, il ne peut pas servir de modèle pour la décision judiciaire. Car les traits du droit établi, avec lequel les solutions du juge doivent entretenir une relation de convenance adéquate, seront eux-mêmes ajustés de manière à produire le meilleur résultat que recommande une théorie politique. Nous aurions ainsi perdu l'idée que le juge doit souvent raisonner à l'opposé : choisissant une théorie politique, qui elle-même convienne le mieux par rapport au droit établi. C'est une exigence de compromis même pour le juge idéal, qui l'oblige à abandonner la solution qui s'imposerait comme la plus juste, toutes choses égales par ailleurs. Hercule est capable de parvenir au *compromis* idéal, avec une habileté que les juges réels devraient chercher à imiter. La première version du modèle, cependant, exclut tout compromis, ne laissant aux juges réels aucun élément de comparaison<sup>25</sup>.

Remarquez que nous ne pouvons pas sauver la première version du modèle en insistant sur l'existence d'un double processus ici, de sorte que, par exemple, la solution idéale au problème de la liberté d'expression serait tempérée par une solution idéale au problème de comment décider de peser différents blocs de précédents et vice versa. Alors qu'il y a certainement de tels ajustements mutuels possibles dans la première version de la théorie, le critère d'un ajustement mutuel adéquat demeure ici la théorie politique complète que préfère le juge. Le « droit établi » est le droit qui représente l'ajustement parfait entre, par exemple, une théorie du précédent et les résultats justes que promet une telle théorie et qui sont identifiés indépendamment par le reste de la théorie politique.

Une fois encore, Hercule n'a pas besoin de faire un compromis entre la théorie politique qu'il juge la meilleure et le droit établi tel qu'il le caractérise. Car, par hypothèse, la théorie politique qu'il préfère aura fourni l'ajustement idéal entre le meilleur résultat pour une affaire sur la liberté d'expression et la somme de droit antérieur avec laquelle il doit trouver une solution qui s'harmonise. Le poids exact qu'il devrait donner à la prétention qu'il estime indépendamment convaincante dans l'affaire de liberté d'expression et le poids exact qu'il devrait accorder à une série de décisions pertinentes en sens contraire, rendues dans des affaires antérieures, se mesurent également au moyen de sa théorie politique complète. A nouveau, nous perdons le sens de la manière selon laquelle un juge doit aussi adapter sa théorie politique au droit établi.

Le second point de vue selon lequel le modèle pourrait être développé, n'appelle pas ces problèmes. Il souligne la discontinuité au sein de la masse de principes politiques qui agissent sur le juge.

25. Cf. S. LEADER, « Monism, Pluralism, Relativism and Right Answers in the Law », dans A. PECZENIK *et al.* (eds), *Theory of Legal Science*, Reidel, 1984, p. 275-294.

Dans cette seconde version, Hercule n'a pas à faire intervenir l'ensemble de sa théorie politique, pour trouver l'équilibre parfait entre tous les éléments de celle-ci. Au lieu de cela, il rattache chaque élément et les solutions qui s'y rapportent aux problèmes de décision par étapes, chacune d'elles étant autonome et servant d'assise pour la suite de l'élaboration de la décision. Un tel développement du modèle en termes d'étapes devrait tracer une séparation entre les éléments qui entrent dans les traits institutionnels d'une décision, qui en font un bon ou un mauvais spécimen de jugement judiciaire et ceux qui concernent le fond, qui montre l'œuvre d'une bonne ou d'une mauvaise conception de la justice sociale. Le caractère du droit établi, avec lequel la convenance est recherchée, est établi avant qu'entrent en jeu les questions de justice sociale. Ces questions de justice sociale sont alors envisagées à l'intérieur des limites fixées par l'exigence de convenance avec le droit établi.

## Problèmes de structures et problèmes sociaux

Un tel développement du modèle conduirait à une distinction entre justice « structurelle » et justice « sociale ». Les deux concernent la décision judiciaire mais de manière différente. Le juge, s'il est impartial, argumente ses convictions politiques sur la justice sociale *à partir* de ses convictions politiques sur la justice structurelle : sa conception de son rôle pourra le conduire à approfondir ces convictions ou le contraindre à un compromis. Les conceptions en matière de justice structurelle ne déterminent pas les conceptions de justice sociale, mais fournissent plutôt un cadre pour leur articulation.

Comment percevoir la différence entre ces deux théories politiques ? Ce n'est pas tant par la différence dans les questions qu'elles peuvent être distinguées, que par la différence dans les réponses aux questions communes aux deux domaines. Prenons un exemple pour être plus clairs. Soit notre vieille connaissance, la question, déjà soulevée plusieurs fois dans cet article, sur le rôle que devraient jouer les jugements moraux de la majorité d'une société dans la décision d'un juge sur un problème controversé, tel que la mesure dans laquelle les individus doivent demeurer libres de s'adonner à des pratiques sexuelles minoritaires sans que l'État intervienne.

L'approche holiste que pourrait suggérer Dworkin commencerait par tracer immédiatement ensemble une théorie complète de la démocratie et une théorie de la décision judiciaire. Elle ferait remarquer la garantie générale de la liberté individuelle dans la Constitution, elle avancerait l'argument général, plausible, selon lequel ceci doit, dans une démocratie, impliquer le droit pour les

*Sheldon Leader*  
*Le juge, la politique et la*  
*neutralité. À propos des tra-*  
*voux de Ronald Dworkin*

individus de mener leur vie comme ils l'entendent dès lors qu'ils ne portent pas préjudice aux autres, et elle mettrait en lumière la série de décisions récentes de la Cour Suprême qui étayent cette proposition.

La difficulté avec une argumentation de ce type intervient lors de la confrontation des théories politiques concurrentes avec les cas qui soutiennent le point de vue contraire, à savoir que les majorités ont le droit de contraindre les minorités en matière de morale sexuelle, publique ou privée. Aussi longtemps qu'ils peuvent s'accrocher à une part suffisante du système juridique pour dire qu'ils interprètent et qu'ils n'inventent pas, les deux côtés peuvent chacun écarter les décisions incompatibles comme des erreurs. Notez, cependant, que, comme nous l'avons vu, l'identité du système juridique, de même que celle du roman écrit en chaîne, est fixée interprétativement et non naturellement. C'est-à-dire que les constituantes de ce système ont des poids et une signification qui diffèrent suivant les théories politique ou esthétique appropriées. La version ho liste du modèle indique aux deux parties que leurs convictions différentes au sujet de la nature de la totalité des droits démocratiques devraient affecter à juste titre ce processus de caractérisation et d'évaluation des éléments du droit établi.

Ainsi, si l'opinion publique est clairement et fortement en faveur d'une réglementation interdisant l'homosexualité entre adultes consentants dans les forces armées, pour un juge ceci comptera à bon droit comme un élément d'information juridique de poids, avec lequel sa décision devra essayer d'être cohérente, alors qu'il n'en ira pas de même pour un juge de conviction opposée<sup>26</sup>. Observez que si le premier juge siège à la Cour Suprême, il lui suffit de s'armer seulement de deux morceaux de l'ensemble du droit : les clauses générales de la Constitution garantissant la liberté individuelle et le courant d'opinion publique fort qui lui indique la bonne manière d'interpréter ces clauses générales. Il a alors en main ce qui fait l'identité même du système juridique, ce roman écrit à la chaîne, et c'est à la lumière de ceci que les chapitres ultérieurs doivent être écrits. Les morceaux de l'histoire, qui sont bien là et qui jouent en faveur de l'opinion contraire, sont d'un intérêt marginal. Ceci est vrai, il est à noter, quelle que puisse être leur importance numérique. Ils ne peuvent pas contrebalancer la force de l'événement juridique le plus important, la Constitution, associée avec la meilleure interprétation de ce document que la théorie politique du juge puisse avancer. Cette théorie politique est en accord avec la grande masse du droit établi parce qu'elle est en harmonie avec son élément le plus important, la Constitution.

Le second juge, qui peut aussi être membre de la Cour Suprême, identifiera correctement le droit établi de la même manière, mais avec un résultat différent. Il commencera aussi avec les clauses générales de la Constitution et il reconnaîtra aussi l'existence

26. Voir le débat entre R. Dworkin et un critique au sujet de l'affaire *Dronenburg v. Zech* (*et al.*). U.S. Court of Appeals, décision du 17 août 1984 et note supra (17).

d'un courant d'opinion publique fort. Mais il pensera que ce dernier est de peu de poids pour l'aider à décider dans l'affaire des droits des homosexuels à l'armée. Il assignera à juste titre beaucoup plus de poids aux cas reconnaissant des droits à la liberté sexuelle<sup>27</sup>. À nouveau, s'il n'y avait pas de tels cas et si une tendance se dessinait dans la direction opposée, il serait en droit en tant qu'un des plus hauts magistrats du pays de déclarer que les décisions en sens contraire ont été prises à tort, puisqu'il aurait en main la part la plus importante du droit établi, la Constitution, interprétée à la lumière de sa théorie politique.

La version ho liste du modèle promet donc de conduire à une impasse. Quelle que soit la densité de l'information juridique qui pourrait jouer en faveur d'une proposition et contre l'autre, nous ne savons pas quel poids donner à une telle information tant que nous n'avons pas développé toute notre théorie politique. Il n'y a pas de terrain neutre, connu comme le droit établi, sur lequel un choix pourrait être fait entre des théories politiques complètes mais concurrentes.

La seconde version du modèle promet d'éviter ce genre d'impasse. Elle exclut que des convictions provenant d'une théorie politique d'ensemble, qui donnent des conceptions complètes de la justice sociale et des libertés publiques puissent affecter les critères qui déterminent l'identité du droit établi. Cependant, elle n'essaie pas, au contraire de théories récentes d'empêcher totalement les tribunaux de donner effet à ces convictions d'ensemble sur la justice sociale et les libertés publiques<sup>28</sup>. Elle insiste simplement sur la possibilité qu'intervienne un ensemble de principes politiques qui assurent un terrain neutre sur lequel les discussions juridiques à propos de la justice sociale et des libertés publiques pourraient être résolues, d'une manière plus ou moins en harmonie avec le droit établi.

Ainsi, pour en revenir à notre exemple à propos des droits des homosexuels dans les forces armées, selon cette seconde approche les juges commenceraient par mettre de côté leurs points de vue sur les limites normales à la liberté sexuelle, fournies par leurs théories d'ensemble des droits démocratiques. Au lieu de cela, ils considéreraient d'abord l'argument structurel, relatif aux rapports entre l'opinion publique et les tribunaux dans une démocratie. Un tel argument chercherait à établir la différence entre les cours et le législatif en affirmant que les cours, à première vue, sont confrontées à la nécessité d'assurer la cohérence morale, et non seulement logique, de leurs nouvelles décisions avec leurs propres décisions antérieures. Même là où il n'y a pas de doctrine du précédent officiellement reconnue qui lie les juges, la cohérence morale demeure, de ce point de vue, une des qualités distinctives de la justice judiciaire.

27. Comme les cas mentionnés plus haut. Cf. notes supra (14) à (16).

28. Comme illustration des théories récentes, cf. John HART ELY, *Democracy and Distrust*, Harvard, 1980.

Cet argument poserait ensuite, à la lumière de cette exigence de cohérence morale, la question de la concevabilité pour une cour de s'en remettre automatiquement à l'opinion publique sur une question de droit nouvelle. Pour qu'il y ait soumission automatique, une telle opinion publique aurait à fournir une solution à la question juridique, qui fasse autorité toutes les fois qu'elle laisserait apparaître une préférence claire. Cependant, si cette opinion doit fournir une telle solution qui fasse autorité pour les *tribunaux*, elle doit se présenter d'une manière qui puisse être reconnue comme judiciaire en la forme. Sinon nous faisons disparaître la différence entre les cours et le législatif, sur laquelle l'argument a d'abord mis l'accent. C'est-à-dire que si les cours doivent se faire les porte-parole de la majorité dans la société, elles doivent le faire d'une manière particulière : elles doivent exprimer une certaine cohérence au sein de l'opinion publique sur des problèmes similaires. Mais si cela est vrai, alors les individus lésés peuvent attaquer la communauté précisément sur cette base, lui reprochant d'agir de manière incohérente. Ceci doit signifier qu'il y a au moins un droit que possèdent les individus dans toute société qui prétend avoir un judiciaire identifiable : ils ont un droit à ce que l'opinion de la majorité, telle qu'elle est exprimée par les tribunaux, ne soit pas incohérente. Il s'en suivrait que, dans leur effort même en vue de donner effet à l'opinion publique d'une manière appropriée, les tribunaux non seulement ne devraient pas s'en remettre à toute expression et à n'importe laquelle de cette opinion, sur n'importe quel problème controversé, donné, mais que, bien plus, ils n'en auraient pas même la possibilité.

Il est possible, bien sûr, d'être en désaccord avec cet argument en contestant le point de départ, en disant que les cours n'ont pas une obligation morale et politique, unique, de cohérence. Mais le point important à noter est le genre d'argument dont il est question : il se borne à s'intéresser à ce que devrait être le fonctionnement des tribunaux, à se demander s'il est important ou non qu'il y ait au moins une branche du gouvernement qui respecte ce genre de cohérence. Nous pouvons répondre sur ce point avant de nous tourner vers le reste de notre théorie politique et si nous voulons élaborer une conception viable de l'impartialité, nous le devons.

Un tel argument permettrait au juge de déterminer le poids qu'il devrait donner à l'opinion publique, bien avant qu'il commence à la confronter avec ses propres principes politiques sur la liberté sexuelle. Il saura, sur une base indépendante, quel poids accorder à cette opinion publique comme source du droit, et en conséquence, quel poids accorder aux décisions antérieures, qui elles-mêmes prétendent avoir une certaine force par rapport à l'opinion publique. Il le ferait bien avant d'avoir envisagé le contenu de cette opinion publique et le contenu des décisions antérieures qui portent sur la liberté sexuelle. Des arguments structurels

équivalents peuvent être formulés sur le poids relatif de différents éléments de jurisprudence et de législation.

## L'ordre de l'analyse contre l'ordre de l'histoire

Comment cette suggestion peut-elle éviter de n'être que quelque chose d'artificiel ? On pourrait objecter que les juges ne se mettent pas au travail en décidant d'abord quels seront les critères de convenance avec le droit établi pour ensuite prendre leur décision sur un cas particulier. Le premier ne peut être perçu qu'au cours du processus réel de décision et n'apparaît qu'après coup. Ceci est vrai, mais il y a confusion entre l'histoire et la psychologie de la décision judiciaire et l'ordre pour l'analyser. Nous avons, avec une distinction analytique telle que sont celles-ci, des outils pour percevoir un défaut d'impartialité chez le juge, qui peut apparaître seulement une fois qu'une série de décisions a été prise.

Si un juge peut paraître respecter un canon particulier d'interprétation de la loi dans ses décisions, mais décide d'y faire exception quand il est confronté à un problème dont il pense, du point de vue de la justice sociale, qu'il mérite une solution dans un certain sens, il se condamne lui-même de préjugé par sa propre indication implicite de ce que la convenance avec le droit établi suppose. Si, d'un autre côté, de tels principes d'interprétation de la loi, qui sont par ailleurs implicitement ou explicitement acceptés, laissent la possibilité de plusieurs solutions, alors il peut à juste titre retenir la solution qui apparaît la meilleure du point de vue de la justice sociale. Enfin, s'il fait une exception aux canons qu'il reconnaît normalement de manière à donner effet à une certaine position en matière de justice structurelle, il a changé à bon droit ses critères de ce qui sera considéré comme le droit établi pour servir une partie appropriée de sa théorie politique. Il est intéressant d'envisager ainsi le travail du plus controversé des juges contemporains anglais, Lord Denning. Dans deux décisions où il était en minorité, il a rompu avec une tradition en matière d'interprétation des lois. Dans l'une, il a choisi, contre une convention bien établie, de prendre en compte les débats parlementaires pour soutenir une interprétation d'une loi qui limiterait les pouvoirs des syndicats ; des pouvoirs dont il a dit dans de nombreuses décisions qu'il en était facilement fait abus et qu'ils devaient être étroitement contrôlés <sup>29</sup>. Dans l'autre, il a refusé de donner la primauté normalement accordée au sens ordinaire des mots dans une loi, de manière à donner une interprétation de cette loi qui soit cohérente avec le droit de la C.E.E <sup>30</sup>. Dans les deux cas, l'approche de Denning était fondée sur une théorie politique implicite et parfois explicite, mais d'un type différent chaque fois. Sa position dans le premier cas s'appuyait sur sa conviction à propos d'une question de liberté au

29. *Hadmor v. Hamilton* (1981) 2 All England Law Reports. 724. Annulée.

30. *McCarthy v. Smith* (1979) 3 All England Law Reports 325.

sein du syndicat, selon laquelle il fallait chercher à limiter les abus de pouvoir privé et la seconde fois, elle reposait sur ces convictions au sujet des qualités d'un système juridique qui doit fonctionner d'une manière particulière, et qui l'ont conduit à penser que les lois, quand elles concernent des questions couvertes par un droit aussi fondamental que celui de la C.E.E., doivent être lues de manière à assurer la cohérence avec le droit fondamental. Dans le premier cas, nous pouvons soupçonner qu'il y ait eu expression d'un préjugé judiciaire, tandis que dans le second, nous sommes en présence d'une œuvre judiciaire hardie, si non-orthodoxe, dans le contexte anglais.

## Conclusion

Le Professeur Dworkin qualifie sa théorie de libérale<sup>31</sup>. Dans un sens, c'est profondément dommage, parce que cela laisse supposer qu'il y ait une manière parfaitement bonne selon laquelle, dans des conditions idéales, la morale institutionnelle de la décision judiciaire et les principes de fond qui se trouvent en jeu dans un cas, pourraient se fondre. Ceci suggère que le libéralisme peut être vu à l'œuvre à la fois dans le processus d'établissement des critères sur la manière bonne ou mauvaise de prendre une décision judiciaire-et dans les résultats de cette prise de décision. Alors que ce genre de lien prive la théorie de Dworkin de quelque chose de fondamental qu'il veut souligner, qui est une vision de l'activité judiciaire qui tempère les convictions politiques du juge par le besoin de trouver la meilleure convenance avec le droit établi. Une des victimes d'un tel compromis sera sûrement une certaine conception libérale, en un certain point.

Ce qu'il faut, c'est faire prendre conscience du besoin de compromis sans tomber dans le piège de la réification du système juridique, qui le ferait envisager comme un système de règles et de principes possédant des qualités naturelles qui contraignent le juge et qui apparaîtront à l'examen, de telle sorte que serait escamoté le fait qu'il s'agit d'un artefact humain, et que les participants, implicitement ou explicitement, font des choix politiques.

La théorie de Dworkin ne tombe pas dans ce piège. Elle fournit un modèle puissant pour réconcilier deux idées apparemment irréconciliables : à savoir l'idée que les juges ne peuvent pas éviter de s'appuyer sur leurs propres convictions politiques quand ils décident sur des questions de droit et celle qu'à certains moments cruciaux, ils ne sont pas en droit de s'appuyer sur ces principes. Mais, comme je l'ai suggéré, il ne pourra procéder à cette réconciliation que si le modèle n'est pas développé de manière ho liste.

L'entreprise serait encore mieux servie si l'on abandonnait l'idée que d'une certaine manière, le libéralisme ou toute autre théorie politique peuvent dans leur totalité diriger le travail des

31. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, p. VII.

tribunaux d'une société. Au lieu de cela, un des défis intéressants aux tentatives d'ajuster des théories politiques sur les pratiques des autorités dans n'importe quel État, est qu'une combinaison nouvelle s'inspirant de plusieurs traditions, et quelquefois d'aucune, est demandée. Une théorie juridique à la recherche d'une théorie politique peut avoir quelque chose à offrir en retour : elle peut aider ceux qui veulent voir leurs principes politiques sortir des tiroirs et être appliqués.

---

Ronald Dworkin

---

Né le 11 décembre 1931. Prof essor of Law, New York University ; Professor of Jurisprudence, Oxford University. Pour une meilleure connaissance de son œuvre le lecteur pourra consulter la bibliographie suivante :

1963, « Judicial Discretion », *The Journal of Philosophy*, vol. 60, p. 624 et suiv.

1966, « Lord Devlin and the Enforcement of Morals » *Yale Law Journal*, vol. 75, p. 986-1005.

1967, « The Model of Rules », *The University of Chicago Law Review*, vol. 35, p. 14 et suiv.

1968, « There Ought Be a Law », *The New York Review of Books*, vol. X, n° 5, March 14<sup>th</sup>, p. 18-22.

1968, « On not Prosecuting Civil Disobedience », *The New York Review of Books*, vol. X, n° 11, June 6<sup>th</sup>, p. 14-21.

1969, « Morality and the Law », *The New York Review of Books*, vol. XII n° 10, May 22<sup>nd</sup>, p. 29-34.

1970, « Is Law a System of

Rules ? », dans S. Robert, Summers (ed.), *Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Basil Blackwell.

1970, « Taking Rights Seriously », *The New York Review of Books*, vol. XV, n° 11, Dec. 17<sup>th</sup>, p. 23-31.

1972, « Social Rules and Legal Theory », *Yale Law Journal*, vol. 81, p. 855-890.

1972, « The Jurisprudence of Richard Nixon », *The New York Review of Books*, vol. XVIII n° 8, May 4<sup>th</sup>, p. 27-35.

1974, « Did Mill Go Too Far ? », *The New York Review of Books*, vol. 21 n° 17, Oct. 31<sup>st</sup>, p. 21-23.

1975, « Hard Cases », *Harvard Law Review*, vol. 88, p. 1057-1109.

1976, « The Defunis Case : The Right to Go to Law

Prénom et nom auteur  
Titre article

School », *The New York Review of Books*, vol. XXIII, n° 1, Feb. 5<sup>th</sup>, p. 29-33.

1977, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press (rééd. avec réponse aux critiques, 1978).

1977 (ed.), *The Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press.

1977, « No Right Answer ? » dans P. Hacker and J. Raz (eds.), *Law, Morality and Society : Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford Clarendon Press, p. 58 et suiv.

1978, « Political Judges and the Rule of Law », *Proceedings of the British Academy*, vol. LXIV, p. 259-287.

1979, « How to Read the Civil Rights Act ? », *The New York Review of Books*, Dec. 20<sup>th</sup>, p. 37-43.

*Law's Empire* (en préparation).

**En français :**

Dossier Ronald Dworkin 1<sup>ère</sup> partie, dans *Droit et Société*, n° 1, 1985 :

« Le positivisme », traduction d'un extrait du Chapitre II : « The Model of Rules I » de l'ouvrage de Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, traduction de Michel Troper (p. 31-50).

« La chaîne du droit », traduction par Françoise Michaut d'un extrait de l'ouvrage de Ronald Dworkin *Law's Empire* (en préparation), (p. 51-79).

« La théorie du droit comme interprétation », article inédit en anglais, traduit de l'anglais par Françoise Michaut (p. 81-92).

(Éléments de bibliographie rassemblés par Françoise Michaut).