



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2017

JEAN-YVES CHÉROT

Le scepticisme dans le discours normatif

JEAN-YVES CHÉROT*

Le scepticisme dans le discours normatif**

SOMMARIO: 1. *Introduction*; 2. *Le renouvellement du défi du scepticisme - Wittgenstein - Qu'est-ce suivre une règle?*; 3. *Une leçon wittgensteinienne dans la théorie du droit? Forces et faiblesses de la résistance au scepticisme dans le discours du droit chez Hart*; 4. *Une lecture (partiellement) wittgensteinienne de Dworkin.*

1. *Introduction*

Je vous dois un grand merci pour cette invitation à l'Université Magna Graecia de Catanzaro et pour l'occasion qui m'est ainsi donnée de reprendre une ligne de recherche centrale pour la théorie du droit. La question du scepticisme sous ses diverses formes est un puissant stimulant pour la recherche dans les sciences morales et dans le droit. Comme l'a remarqué un auteur (Christopher L. Kutz, « Indeterminacy and Rationality in the Rule of Law », *Yale Law Journal*, vol 103, 1993-1994, p. 997) le désespoir du scepticisme est souvent un nécessaire point de départ de la recherche, mais le point final de l'enquête philosophique n'est plus le scepticisme, mais une nouvelle compréhension de la « certitude » et une nouvelle possibilité pour la connaissance. Christopher Kutz parlait ici de Descartes et du désespoir originel qu'il confie au début de sa seconde méditation, la possibilité qu'il ne soit en train de rêver ou pire encore

* Professeur à la Faculté de droit et de science politique de l'Université d'Aix-Marseille.

** Pubblichiamo il testo della conferenza svolta il 14 marzo 2013 nell'ambito delle attività didattiche del Dottorato in "Teoria del diritto e ordine giuridico ed economico europeo".

la possibilité qu'un démon puisse tromper tous ses sens. Nous pourrions dire la même chose du désespoir sceptique dans lequel nous plonge Wittgenstein avant de nous orienter vers des pistes vers la certitude.

Il y a plusieurs formes de scepticisme en ce qui concerne le discours normatif (j'entendrai par discours normatif à la fois le discours normatif au sens le plus strict le discours sur les normes et à partir des normes et le discours normatif dans un sens plus large de discours sur les valeurs, les principes). Pour reprendre une distinction que fait Dworkin on peut distinguer des formes de scepticisme externe (externe à la morale et au droit) et des formes de scepticisme interne. Le scepticisme externe est celui qui est professé non par un exposé moral ou un exposé juridique depuis la pratique de la morale ou du droit, depuis un jugement moral ou un jugement de droit, mais un scepticisme professé depuis un point de vue métaphysique, ontologique, du point de vue de la méta-éthique, c'est-à-dire d'un discours sur les discours de la morale et du droit.

Les théories du scepticisme en ce qui concerne la morale sont nombreuses. On retiendra celles qui dans le cadre de l'empirisme logique du cercle de Vienne considère que seules les jugements qui se rapportent à des faits du monde extérieur et perceptibles par les sens (les énoncés synthétiques), conjointement avec des énoncés dits analytiques qui sont considérés comme étant vrais par construction, sont susceptibles d'être dits vrais ou faux et que les énoncés relatifs aux évaluations morales sur le bien n'ont tout simplement pas de sens. S'ils ont un sens, c'est qu'ils sont réduits à un fait observable : l'expression d'une émotion, d'un ordre, d'un souhait. Le scepticisme est un réductionnisme (« expressivisme »).

Le scepticisme interne se distingue parce qu'il est encore un jugement du point de vue moral de premier rang. Par exemple, le sceptique dira qu'il n'y a pas de réponse correcte à la question morale de savoir si c'est un bien ou un mal du point de vue éthique que recourir à une interruption de grossesse ou si la loi autorise l'interruption de grossesse. Nous devons distinguer ce jugement qui est un exemple de scepticisme interne à la morale avec le scepticisme externe prononcé d'un point de vue, non de la morale, mais d'un point de vue métaphysique et qui déclare que tout jugement moral n'a pas de sens ou qu'il n'est que l'expression de nos émotions. Se sont maintenant des jugements d'indétermination sur des questions morales ou sur des questions de droit (et on sait l'importance que peut prendre la question de l'indétermination du jugement en droit) qui sont maintenant envisagées. Par exemple, dès lors que la Cour suprême des Etats-Unis a jugé par une décision de 5 voix contre 4 sur la question de savoir si les citoyens avaient le droit de détenir des armes de poing à la maison (*District of Columbia v. Dick Anthony Heller*, 128 S. ct 2783(2008)), de nombreux juristes font valoir qu'il y des arguments de droit des deux côtés et ils sont tentés d'ajouter que ce serait une erreur de penser qu'il y a une réponse exacte en droit à une telle question.

Comme le dit encore Dworkin les formes du scepticisme interne sont nombreuses :

Scepticisme par la croyance morale que rien n'est interdit dans certaines matières.

Scepticisme en raison de l'indétermination du jugement moral ou juridique dans certains cas.

Scepticisme en raison du fait de conflits insurmontables entre des normes morales.

On notera que c'est autour de ce qui est chez Dworkin désigné comme scepticisme externe que le débat philosophique majeur a été mené avec la recherche du dépassement de l'« expressivisme » et la recherche de la signification objective des jugements moraux ou en droit.

2. Le renouvellement du défi du scepticisme - Wittgenstein - Qu'est-ce suivre une règle ?

La question du scepticisme a été retravaillée et elle est présentée désormais de façon entièrement différente depuis les *Recherches philosophiques* de Wittgenstein¹. L'idée est de dépasser les différentes formes d'énoncés tels que présentés par l'empirisme logique (et notamment la distinction entre énoncés synthétiques et énoncés analytiques et énoncés descriptifs et énoncés évaluatifs), de renoncer à l'empirisme atomique (holisme). Il ne s'agit plus de chercher les conditions de vérité, mais les conditions de justification ou les conditions d'emploi correct du langage et plus généralement les conditions de réussite dans le langage.

voir Saul Kripke

C'est sur ce nouveau terrain que réapparaît la question du scepticisme sous une forme subtile et déroutante.

¹ Les recherches philosophiques sont l'objet d'une attention constante et d'interprétation en philosophie (Kripke, MacDowell, Brandom) et elles inspirent aussi la théorie du droit (chez Hart, mais aussi chez Brian Bix, chez Dennis Patterson, M. Klatt, le néo-institutionnalisme).

Wittgenstein présente un paradoxe. Si le langage semble fonctionner à partir de règles d'emploi des mots, les règles ne peuvent pas expliquer la capacité des locuteurs d'utiliser les mots dans les différents contextes dans lesquels ils doivent être projetés ni ne justifient nos jugements sur l'applicabilité des concepts. Plus précisément, rien dans les emplois des mots et des concepts dans le passé ne permet de projeter l'emploi des mots et des concepts dans les situations nouvelles.

Les règles elles-mêmes sont inertes ; elles manquent d'un mode spécifique pour leur application. Expliquer le langage d'après les règles d'usage des mots et l'explication du langage comme étant le fait de suivre une règle laisse inexplicé comment les règles elles-mêmes sont saisies et appliquées.

Wittgenstein souligne qu'un nombre infini de règles pourrait rendre compte de n'importe quel ensemble d'usages de nos mots dans le passé.

§201, premier alinéa RP : « Notre paradoxe était celui-ci : Une règle ne pourrait déterminer aucune manière d'agir, étant donné que toute manière d'agir peut être mise en accord avec la règle. La réponse était : Si tout peut être mis en accord avec la règle, alors tout peut aussi la contredire. Et de ce fait, il n'y aurait donc ni accord, ni contradiction ».

Qu'est qui peut permettre de juger qu'une action suit une règle ou qu'elle est correcte en vertu d'une règle ?

Voilà dit Wittgenstein le cas d'un homme « pour qui il serait naturel de réagir à un geste ostensif de la main, en regardant dans la

direction qui va du doigt au poignet, au lieu de regarder dans la direction inverse ».

A quoi sera servirait-il de lui dire, mais tu ne comprends pas la règle. A quel fait, à quelle entité faire référence. Suffit-il de dire : mais c'est comme cela que l'on a toujours fait ? Comment fonctionne-t-on avec les règles ?

Wittgenstein avance alors des réponses passionnantes mais ouvertes, qui sont autant de défis pour le sceptique

La forme de dialogue de la réponse de Wittgenstein nous invite à suivre plusieurs pistes.

§201, 2^{ème} alinéa RP : Le paradoxe reposerait sur une méprise : « Qu'il y ait une méprise est montré par le simple fait que dans cette argumentation, nous alignons interprétations sur interprétations ; comme si chacune nous apaisait, du moins un moment, jusqu'à ce que nous en envisagions une autre qui se trouve derrière l précédente. Ainsi montrons nous qu'il y a une appréhension de la règle qui n'est pas une interprétation, mais qui se manifeste dans ce que nous appelons « suivre la règle » et l'enfreindre » selon les cas de son application.

§202 RP : C'est donc que « suivre la règle » est une pratique.

§217 : « Comment puis-je suivre une règle ? ». Si la question n'est pas causale, elle porte sur ce qui me justifie à agir de telle manière d'après la règle. Dès lors que j'ai épuisé les justifications, j'ai atteint le

roc dur, et ma bêche se tord. Je suis alors tenté de dire : « C'est ainsi justement que j'agis »

voir aussi § 218, 219, 220, 221 (dialogue interne)

§222 « La ligne me suggère comment je dois avancer ». Mais ce n'est naturellement qu'une image. Et si je juge que la ligne me suggère ceci ou cela d'une façon pour ainsi dire irresponsable, je ne dirai pas que je l'ai suivie comme une règle ».

Comment comprendre alors au §199 : « suivre une règle, transmettre une information, donner un ordre, faire une partie d'échecs sont des coutumes (des usages, des institutions) ».

Toutes ces réponses sont des défis.

Diverses interprétations

Ni régularisme ni régularisme (MacDowell, Brandom)

La solution sceptique de Kripke

L'interprétation intersubjective

Comme le dit C. Kutz, notre conception de ce c'est que d'utiliser les mots correctement doit s'adapter au défi de Wittgenstein. Il serait trop rapide de conclure que le défi sceptique élimine complètement la rationalité des pratiques linguistiques.

Car la conclusion sceptique que la correction linguistique n'est pas plus qu'une conformité brute à un usage semble confondre les conditions d'utilisation avec l'usage lui-même. Même si une

conformité avec une pratique commune est nécessaire pour garantir la régularité du système de communication, il ne s'ensuit pas que tous les aspects du système doivent révéler les mêmes sortes de régularités irréfléchies.

Comme certains l'ont fait, il est possible de conclure à partir des arguments de Wittgenstein que la normativité et la rationalité sont réservées et non éliminées à travers l'appel à des modèles naturels d'affect et de réaction que Wittgenstein appelle nos « formes de vie ». Pour cela, il n'y a pas de raison de penser que les habitudes qui fondent nos activités de pensée, nos arguments et nos recherches sont elles-mêmes incompatibles avec une réflexion rationnelle et une justification. Sans une conformité simple dans quelques actes de jugements les communications humaines serait sans doute impossible, mais nous pouvons éviter la conclusion sceptique que les communications ne sont rien d'autres qu'une conformité simple. Il doit y avoir un accord sur quelques usages de mots pour qu'il puisse y avoir un désaccord sur leur application dans un contexte nouveau. Morawetz a mis l'accent sur le fait que le désaccord et la discussion présuppose un degré d'accord et de conformité (« Understanding Disagreement, the Root Issue of Jurisprudence », *U. PA. L. Rev.* 371, 1992, p. 383 et Morawetz, « The Epistemology of Judging : Wittgenstein and Deliberative Practices », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, july 1990, 35).

Selon Kutz, les arguments de Wittgenstein créent la possibilité réelle d'un désaccord rationnel là où la conformité sans réflexion semble inadéquate. Souvenons-vous que dans le modèle contesté du langage comme règle, l'applicabilité d'un mot est regardé comme une question de vérité ou d'erreur dont la valeur de vérité est déterminé

par la règle d'usage. Dans un tel modèle, le désaccord sur l'usage peut que révéler que au moins l'une des parties au désaccord a manqué de saisir la règle correctement. Dans une conception Wittgenstenienne cependant où les règles de réflexion manquent de déterminer l'applicabilité du mot, la raison peut et doit suppléer pour guider l'emploi du mot. Les parties à un désaccord sur l'usage du langage doivent donc regarder les techniques d'argument et de persuasion pour fonder leurs différentes positions. De plus, une conception selon Wittgenstein du langage ouvre la possibilité de la critique idéologique d'une façon que la conception traditionnelle du langage fermait. Un examen philosophique et pratique du langage doit nus libérer des liens de l'habitude quand ces habitudes sont mises de côté et transformées par la réflexion.

Kutz conclut que loin de montrer la futilité des engagements argumentatifs, l'examen des indéterminations linguistiques montre que de tels engagements sont nécessaires. L'indétermination sémantique ne doit pas nous rejeter dans un tourbillon de désespoir.

3. Une leçon wittgensteinienne dans la théorie du droit ? Forces et faiblesses de la résistance au scepticisme dans le discours du droit chez Hart

On ne peut pas ne pas placer Hart au cœur de nos analyses. Il a montré la bonne direction. Ses faiblesses sont certainement dans la préoccupation de resserrer la théorie du droit à une pure analyse conceptuelle.

Ce qui est fondamental d'abord chez Hart, c'est le rejet de la théorie impérativiste du droit des positivistes anglais du XIXème siècle. Le

droit n'est pas dans les ordres du souverain habituellement obéis par les sujets ; Le droit e tant que norme ne peut être réduit ni à l'expression d'un ordre, ni à une habitude de comportement d'obéissance. C'est à la fois le rejet de l'empirisme et une forme de réponse au défi du scepticisme chez Wittgenstein : suivre une règle n'est pas une simple régularité².

Deux choses sont encore importantes :

a) Le droit n'est pas composé que de règles qui créent des obligations. Il est constitué de règles qui confèrent des pouvoirs, les règles qui permettent elles-mêmes la création d'obligations. Le droit est dans l'union des deux types de règles que Hart appelle l'Union des règles primaires et secondaires. Il y a là une référence à la théorie des actes de langage chez Austin et chez Searle. un acte de langage est réussi lorsqu'il est adopté dans le cadre de règles de convenance qui lui donne son sens. Les règles secondaires s'opposent aux règles primaires comme les règles constitutives s'opposent chez Searle aux règles régulatrices.

b) Les règles secondaires et primaires ne peuvent fonctionner, chez les officiels du moins, non par elles-mêmes, de façon mécanique,

² On notera que Kelsen a cherché à distinguer la signification subjective du droit comme acte de volonté et sa signification objective. La signification objective de l'acte de volonté résiderait dans un « schéma d'interprétation » dans lequel l'acte es adopté et qui lui donnerait sa signification objective (voir les premières pages de la Théorie pure du droit). Mais si Kelsen était parti dans une bonne direction (anticipation de la théorie des actes de langage), la théorie pure du droit ne permet pas de surmonter les contradictions du normativisme.



mais en vertu d'une règle sociale. Les règles fonctionnent en vertu d'une régularité dans leur application qui est elle-même reconnue comme un critère à projeter dans l'avenir e, vertu d'une acceptation. Voici comment Hart présente, à la façon qui ressemble au paradoxe de Wittgenstein, le défi des théories sceptique des réalistes américains. « Le scepticisme relatif à la nature des règles a sérieusement droit à notre attention, mais uniquement en tant qu'il constitue une théorie relative au fonctionnement des règles au niveau de la décision judiciaire. (.....) Il se peut que les juges agissent avec une régularité prévisible et une uniformité suffisante pour permettre à d'autres, après de longues périodes, de vivre sous l'empire des décisions des tribunaux considérées comme des règles. Les juges peuvent éprouver des sentiments de contrainte lorsqu'ils prennent des décisions comme ils le font, et il se peut également que ces sentiments soient prévisibles ; mais au-delà de ce phénomène, il n'y a rien que l'on puisse caractériser comme une règle qu'ils observent. Il n'existe rien que l'on puisse caractériser comme des critères d'un comportement judiciaire correct, et, par conséquent, rien dans ce comportement qui manifeste le point de vue interne qui caractérise l'admission de règles ».

Voici comme il y répond sur un mode aussi Wittgenstenien : Hart admet que dans la pratique judiciaire le raisonnement judiciaire effectif ne soit pas nécessairement un raisonnement de type déductif. Il admet encore que la décision judiciaire formelle peut très bien retranscrire a posteriori la décision d'une façon formellement déductive dans laquelle une règle est présentée comme la cause de la décision. Mais ce n'est pas parce que la décision est prise effectivement de façon intuitive sans passer par un examen formel des règles, que les règles ne sont pas effectives. Les juges peuvent

fonctionner de façon intuitive parce qu'ils connaissent le droit et qu'ils en ont intégré les solutions, et ils seraient capables si on les interrogeait de donner les raisons de leur raisonnement de façon très précise par référence à des règles.

La présence d'une « coutume judiciaire », d'une règle sociale implicite qui permet d'assurer la compréhension des règles est exprimé par Hart autour de la notion de règle de reconnaissance qui est à la fois une régularité de conduite dans le jugement en droit et une acceptation des critères et des méthodes utilisées pour juger en droit et qui de ce fait permet de projeter l'application du droit dans l'avenir.

Dworkin a adressé une critique virulente à la théorie de Hart et notamment à la théorie de la règle sociale et de la règle de reconnaissance. Il ne serait pas erroné de présenter cette critique comme une critique adressée à ce qui serait de la part de Hart une très insuffisante réponse au défi lancé par le scepticisme en droit.

Pour Dworkin, la règle de reconnaissance serait d'une part une simple pratique sous la forme d'une régularité – avec une confusion donc entre règles et régularité – et elle fonctionnerait en tant que règle sur la base d'un consensus de convention, c'est-à-dire comme une convention de coordination : les officiels suivraient la règle de reconnaissance et celle-ci s'imposerait à eux (sa force obligatoire) que parce que les raisons de la suivre sont les raisons de suivre une convention de coordination : celle-ci rend un service essentiel car elle permet de coordonner les conduites ; la raison de la suivre serait qu'elle est suivie par les autres et que c'est en raison du « consensus de convention » pour reprendre les termes de Dworkin quelle serait

suivie (Dworkin oppose les « consensus de convention » des « consensus de conviction »).

Par ailleurs, sur ces bases, Dworkin observe que la règle de reconnaissance ainsi comprise ne permet pas d'assurer cette coordination puisqu'elle ne remplit pas son rôle de déterminer la façon dont les règles de droit doivent être appliquées du fait de l'existence de ce qu'il appelle le désaccord théorique en droit.

Les positivistes chercheraient à minimiser le désaccord en droit d'une part en limitant les cas difficiles aux seuls hypothèses assez exceptionnelles où il n'y a pas de détermination de la solution en vertu de la règle de reconnaissance et en donnant du désaccord une analyse erronée car pour eux le désaccord ne serait pas un désaccord sur le droit puisqu'il n'existerait que précisément lorsqu'il n'y aurait pas de droit.

La critique de Dworkin est très intéressante sur bien des points. Il faut lui savoir gré d'avoir mis au cœur de la philosophie du droit la question du désaccord en droit. Cependant la théorie de Hart est plus ouverte et plus intéressante que celle que l'on peut lire à travers les déformations que lui fait subir Dworkin.

Hart n'a pas regardé la règle de reconnaissance comme une convention de coordination et comme le résultat d'un consensus de convention. Il a bien évoqué dans *The Concept of Law* le fait que les officiels pourraient suivre la règle de reconnaissance comme règle sociale parce que d'autres officiels le feraient, mais en mentionnant d'autres hypothèses et dans le but en réalité de montrer que ce n'était que des hypothèses sans importance pour sa théorie du droit en marquant ainsi le fait que pour lui la théorie du droit n'a pas à

s'intéresser aux raisons qu'il y a de suivre la règle de reconnaissance. Il suffit de la constater (voir la démonstration de la part de Julie Dikson, « Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule ? », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 27, 2007, p. 373).

Hart n'a pas non plus prétendu que la règle de reconnaissance en tant qu'elle était une règle de détermination des critères de validité des règles en tant que règles de droit mettait fin à tout désaccord. Il a par ailleurs dans la discussion avec Dworkin admis que cette règle pouvait renvoyer comme critères de validité à des critères renvoyant à des notions de nature morale qui sont par nature des concepts controversés. Il regarde finalement la règle de reconnaissance comme un minimum de ce que permet par ailleurs de gérer les désaccords car il ne eut y avoir de gestion des désaccords sans un minimum d'accord. Dworkin ne dit pas autre chose par ailleurs lorsqu'il définit dans *Law's Empire* son propre « concept » de droit.

Le fait est que Hart a laissé la théorie du droit au milieu du gué. Son travail est plus une analyse conceptuelle qu'une théorie pratique sur l'argumentation et le raisonnement juridique (bien qu'il ait aussi abordé de façon intéressante une théorie du raisonnement juridique et qu'il a été parmi les premiers à utiliser ce terme).

On peut supposer que Hart avait bien compris Wittgenstein et qu'il savait que derrière l'idée d'une convention sociale et d'une coutume judiciaire implicite tenant compte de la signification objective du concept de droit, il y avait une « forme de vie », un « tourbillon » et donc aussi un appel à une philosophie politique. Mais il n'a pas souhaité faire le lien entre théorie du droit et philosophie politique pour des raisons qui restent encore discutée (du fait d'une position

méthodologique de type positiviste ou au contraire du fait d'un point de vue engagé de philosophie morale et sa volonté affichée de marquer la différence entre l'obligation juridique et l'obligation morale ?).

4. Une lecture (partiellement) wittgensteinienne de Dworkin

Les choses changent fondamentalement avec Dworkin.

A. – *L'affrontement avec le scepticisme externe*. D'une part, il affronte, avec un nouvel argument qu'il veut décisif et qui constitue la marque centrale de son œuvre, le scepticisme externe, c'est-à-dire comme on l'a dit le scepticisme de type métaphysique ou méta-éthique qui n'est pas un scepticisme fondé sur des arguments internes au discours de la morale. L'argument est le suivant : on ne peut juger de la morale en se plaçant au dessous et en dehors de la morale. C'est le refus de ce placer d'un point de vue extérieur pour comprendre la morale. Parce qu'Archimède avait évoqué un point de vue extérieur (« donnez-moi un point d'appui et je soulèverai le monde ») Dworkin évoque une approche « Anti-Archimedean » qu'il présente comme l'idée centrale de toute son œuvre (voir *Justice for Hedgehogs*, 2011)³.

La théorie dworkinienne passe par la dénonciation de ce qu'il appelle le "scepticisme externe" ou métaphysique qui serait sans signification, voire absurde et, pour saisir son argumentation, il propose de retenir une différence entre ce "scepticisme externe" et ce qu'il appelle par ailleurs le "scepticisme interne". Le scepticisme interne est un scepticisme intérieur à la morale. Il est interne à la morale en ce sens qu'il ne s'est pas détaché complètement des

³ Voir aussi la présentation de Dworkin par Arthur Ripstein, dans son introduction à *Ronald Dworkin*, Cambridge University Press, 2007.

arguments moraux et qu'il ne peut être complètement "neutre" du point de vue des arguments moraux. Il impliquerait toujours un engagement en faveur d'un argument moral. Par exemple, écrit Dworkin, celui qui proclame qu'il n'est pas possible de juger ni bien ni mal les orientations sexuelles, celui-là en tirera la conséquence morale que toute politique publique ou privée qui reposerait sur une distinction selon les orientations sexuelles des personnes serait mauvaise et sans doute serait-il en fait plus généralement partisan d'un engagement moral positif orienté vers d'autres valeurs.

Ce scepticisme interne a un sens. Il est celui que nous pratiquerions tous les jours et que nous comprenons. Il s'oppose frontalement au scepticisme externe qui est un scepticisme qui se propose de juger de la valeur des arguments moraux en se plaçant sur un terrain extérieur à la morale, du point de vue de l'ontologie. Selon les différents arguments ou critiques que Dworkin lui adresse, il est inconséquent, absurde, voire, dans certains cas, purement et simplement une forme de scepticisme interne camouflé par des arguments redondants.

les arguments sceptiques traditionnels quels qu'ils soient (arguments selon lesquels soit il n'existe pas d'objectivité des jugements évaluatifs, soit ces jugements n'expriment que des émotions, soit, si une telle objectivité existe, elle ne peut être connue, soit encore les jugements évaluatifs peuvent être confrontés à la réalité, mais ils sont tous faux, etc.) sont sans pertinence pour la théorie du droit. Ce serait nécessairement, d'un point de vue pratique, du point de vue de la "morale interne" à l'institution du système juridique qu'il faut se prononcer sur la vérité des propositions de droit pour retenir par l'interprétation de l'histoire de cette institution celles qui correspondent le mieux à cette histoire et qui en donnent la meilleure

présentation possible. «Si les arguments moraux ont un sens et une force, écrit-il, ils les ont parce qu'ils prennent place dans une entreprise humaine collective de telle sorte que de tels jugements ne peuvent pas avoir un sens réel et une vérité réel- le qui transcenderait cette entreprise. Les seuls arguments sceptiques qui seraient intelligibles ne pourraient être que des arguments moraux internes à la morale».

L'approche de Dworkin se rapprocherait alors de celle de McDowell qui critique le « sceptique vis-à-vis de la morale » de tenir une conception intenable de la réalité objective. Pour McDowell, nous ne pouvons pas occuper la perspective indépendante. Ce que nous pouvons attendre d'un système où les règles ont un sens, c'est un système dans lequel on peut montrer qu'elles sont objectives "dans un certain sens", c'est-à-dire dans le sens où leur signification ne dépend pas de ce que quiconque peut en penser et dans lequel on tient compte de leur caractère normatif. Une trop forte conception de l'objectivité des règles qui les verraient comme existantes indépendamment de la façon dont elles peuvent être connues par les acteurs à qui elles s'adressent ne tient pas pour deux raisons. Elle manque d'abord de prendre en compte la normativité. Comment une règle dont le principe serait inconnaisable par nous pourrait produire une fonction normative? Les faits en rapport avec la signification des règles sont réels et connaissables, mais seulement depuis la pratique pertinente dans laquelle elle prend place. L'idée que nous pourrions nous tenir en dehors de ces pratiques et identifier des faits moraux est un non-sens.

B. – L'affrontement avec le scepticisme interne. L'affrontement de Dworkin avec le scepticisme interne est pourtant celui qui a retenu le

plus l'attention (théorie de la solution unique). Dworkin attaque le scepticisme interne en droit sur deux fronts. Le scepticisme interne en droit au sens où le droit serait ou pourrait être indéterminé, notamment dans les cas difficiles où naissent des désaccords théoriques sur le droit. Le scepticisme au sens où la solution à l'indétermination ne serait valide que comme le résultat d'une persuasion dans une communauté sociale (débat avec Fish que je n'aurais pas le temps de développer).

Chez Dworkin, comme chez Wittgenstein, ce n'est pas la règle elle-même qui donne les critères ou les moyens de l'appliquer. Elle est incapable de déterminer à elle-seule la solution (rejet du formalisme et d'une approche sémantique). Il n'y a pas de faits qui permettent de déterminer la réponse correcte comme l'intention du législateur).

Mais Dworkin surmonte le scepticisme dans la compréhension de la règle de droit d'une façon qui est aussi compatible avec la lecture de Wittgenstein. Car comme certains interprètes de Wittgenstein l'on fait, il est possible de conclure à partir des arguments de Wittgenstein que la normativité et la rationalité sont réservées et non éliminées à travers l'appel chez Wittgenstein à des modèles naturels d'affect et de réaction que Wittgenstein appelle des « formes de vie » (voir Kutz, précité).

Chez Dworkin, ni déterminisme dans la solution, ni scepticisme, mais une voie du milieu (aussi étrange que cette façon de présenter la théorie de Dworkin apparaîtra à certains) dès lors que le droit comme la morale est une pratique interprétative qui engage notre responsabilité morale.



Le jugement n'est pas un acte de connaissance parfait et infaillible, mais cela ne veut pas dire que tous les jugements se valent. Pour Dworkin, « le jugement judiciaire qui dit le droit n'est pas prononcé en fonction d'une méthode scientifique » (Julie Allard), le jugement est un acte argumentatif ; mais tous les jugements ne se valent pas pour autant. Ils ne peuvent pas être évalués par un test ou un critère positif, mais ils expriment une « raison juridique » à la lumière de laquelle toutes les décisions, tous les arguments ne sont pas aussi bons les uns que les autres. La question que pose Dworkin est de savoir comment un jugement sur un cas singulier est possible quand aucune règle méthodologique ne fournit au juge la bonne réponse.

Dans les hypothèses de désaccord en droit, les positivistes disent en général (c'est le cas de Hart) que l'explication du désaccord est qu'il n'y a pas de droit encore établi. Dworkin récuse une telle explication. Elle ne correspond pas aux arguments et à la pratique du droit. En effet, si tel était le cas – absence de droit établi – les juges le diraient ouvertement. Les positivistes ont parfois observé que les juges ne peuvent pas le dire ouvertement car le public ne comprendrait pas que les juges soient aussi transparents sur cette démarche, le public croyant que les juges tranchent les litiges selon le droit existant. Dworkin s'insurge contre une telle explication. S'il n'y avait pas de droit dans les hypothèses de désaccords sur le droit, cela devrait être une vérité suffisamment établie pour que, depuis le temps où ces désaccords, existent il ait été possible d'éduquer les juristes, les avocats, le public et le législateur. S'il n'en est rien, c'est parce que lorsqu'il y a désaccord entre eux les juges ne jouent pas la comédie et ne font pas croire qu'il y a du droit plutôt que rien. Il y a bien du droit et chacun le croit sincèrement, sauf qu'ils ne sont tout simplement

pas d'accord sur ce qu'il est. L'absence d'accord ne signifie pas qu'il n'y a pas de droit, mais que le droit est difficile à trouver.

Plus précisément le juge qui prend une décision s'engage. Il prétend que la décision qu'il prend est objectivement la meilleure décision juridique. Il invoque des arguments à l'appui de cette décision.

Il faut prendre au sérieux cette prétention et ces arguments. On ne peut pas simplement dire comme le ferait le sceptique que ces arguments ne sont pas objectifs. Il faut affronter ces arguments avec d'autres arguments.

Pour ce faire, Dworkin propose une approche pour restituer la signification de cet échange d'arguments en droit. C'est que cet échange d'arguments n'a de sens que parce que le droit est une pratique interprétative constructive. Constructive dans un sens que l'on qualifie d'esthétique, comme dans l'interprétation dans l'art ou la littérature ; elle est constructive dans la mesure où elle cherche à donner la meilleure interprétation dans la décision qui est rendue de l'institution ou de la pratique dans laquelle on se trouve impliqué et engagé. La conception philosophique de Dworkin le conduit à regarder le droit non comme un ensemble de règles dans un univers fini et délimité et réglé par une pratique conventionnelle, mais une pratique sociale de la part des juges, des avocats et des législateurs, comme de certains citoyens de type réflexif, vivante, enracinée dans une tradition, mais aussi tournée vers l'avenir, une pratique type interprétatif et que la seule façon de l'analyser est encore de recourir au schéma interprétatif. Identifier le droit, c'est interpréter cette pratique sociale elle-même de type interprétatif. Interpréter cette pratique sociale ne revient pas seulement à interpréter des textes



normatifs, mais l'ensemble de cette pratique, en faisant référence à ses buts, à ses valeurs et à des jugements moraux. Le droit est une pratique qui est en permanence interprétée par les acteurs de cette pratique et au premier rang par les juges. La théorie du droit elle-même est une interprétation de cette pratique d'interprétation. Dans cette pratique, toute décision, tout argument de droit est un appel à la compréhension de l'ensemble de la pratique et chaque décision de justice est un « morceau de philosophie du droit » (*L'empire du droit*).

On sera particulièrement intéressé par le développement des arguments contre le scepticisme interne dans *Justice for Hedgehogs*. Dworkin attire l'attention sur les confusions dans l'argumentation du sceptique et notamment sur la confusion entre deux concepts différents : l'incertitude et l'indétermination, les juristes dans les écoles de droit prenant souvent le premier pour la preuve du second. Dworkin dénonce cela à partir de la critique de l'argument de l'indétermination par défaut, dans le sens que, après une étude attentive aucun argument décisif ne peut être trouvé en faveur de l'une quelconque des thèses en présence, il semble pertinent alors de penser qu'il n'y a pas de réponse correcte à la question.

Cette thèse de l'indétermination et donc du « scepticisme par défaut » écrit Dworkin est enseignée de façon familière dans les écoles de droit. Les enseignants élaborent des arguments d'abord en faveur et puis crient une demande en droit et alors ils annoncent, h-généralement à la grande satisfaction des étudiants, qu'il n'y a pas de bonne réponse à la question en jeu. Mais, écrit Dworkin, la thèse est fautive parce qu'elle confond deux positions différentes : l'incertitude et l'indétermination qu'il est pourtant selon lui essentiel de distinguer. L'incertitude est une position plus faible que la proposition selon laquelle il n'y a pas de réponse établie. Alors, écrit-

il encore (*Justice for Hedgehogs*, p. 92), une fois distinguées l'incertitude et l'indétermination nous voyons que nous avons besoin d'une position forte et positive (et pas seulement négative) pour défendre l'indétermination, une position aussi forte que la position affirmant un choix moral ou juridique correct.

Voilà comment Dworkin présente les choses (ouvrage précité, p. 94). On ne peut considérer que l'absence de bonne réponse en droit est acquise par défaut, ici pas plus que dans les domaines de l'éthique. L'argument selon lequel il n'y a pas une réponse correcte du fait qu'aucun argument n'existe qui rend le cas plus solide pour l'une des thèses en présence ne suffit pas : il doit reposer sur une théorie. Les affirmations sur l'indétermination imposent une théorie positive justificatrice de cette réponse. Or selon Dworkin c'est un fait que ces théories sont peu nombreuses et qu'elles ne convainquent pas finalement en général les juristes (par exemple la théorie positiviste conventionnaliste telle que reconstruite par Dworkin et selon laquelle le droit repose sur les réponses passées et que celles-ci n'engagent pas pour les cas nouveaux). Selon Dworkin la plupart des juristes qui croient à l'indétermination du droit se bornent à y prêter du crédit en raison de la théorie fautive selon laquelle il y a indétermination à défaut de certitude.

Bibliographie sommaire

Wittgenstein, *Recherches Philosophiques*, Gallimard 1994

Saul Kripke, *Règles et langage privé. Introduction au paradoxe de Wittgenstein*, Seuil 1996 (trad. française de *Wittgenstein. On Rules and Private Language*, 1982)

Robert Brandom, *Making it Explicit* (traduit en Français, *Rendre explicite. Raisonnement, représentation et engagement discursif*, cerf)

Hart, *The Concept of Law*, 1994

Dworkin, *Law's Empire*, 1986

Dworkin, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe It », *Philosophy and Public Affairs*, 1996

Dworkin *Justice for Hedgehogs*, 2011

Matthew Kramer, *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge U.P., 2007

Christopher L. Kutz, « Indeterminacy and Rationality in the Rule of Law », *Yale Law Journal*, vol 103, 1993-1994, p. 997

The Epistemology of Judging, Wittgenstein and Deliberative Practices, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 3, 1990, p. 35

Peter Drahos and Stephen Parker, « Rule Following, Rule Scepticism and Indeterminacy in Law », *Ratio Juris*, vol. 5, 1992, n° 1, p. 109

Brian Bix, « The Application (and Mis-Application) of Wittgenstein's Rule Following Considerations to Legal Theory », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 3, 1990, p. 107

Bix, « Can Theories of Meaning and Reference Solve the Problem of Legal Determinacy ? », *Ratio Juris*, vol. 16, n° 3, 2003, p. 281