

Théorie et ontologie du droit chez Dworkin

Droit et Société 2-1986

Riccardo Guastini*

Résumé

La doctrine de Dworkin n'est au fond qu'une illustration du principe de légalité, puisqu'il soutient que le droit en vigueur est complet et permet au juge de trouver une solution juste pour chacun des litiges. Il est complet parce que, à côté des règles, il contient des principes implicites, que le juge doit découvrir et énoncer. La faiblesse de cette thèse est qu'il n'y a aucune norme préexistant aux énoncés sur les principes. Ceux-ci ne peuvent donc être ni Vrais ni faux. Ils sont le fruit de la libre création du droit par les juges.

Summary

Dworkin's theory is basically an expression of the rule of law doctrine, since it holds that the existing body of laws is complete, so allowing the judge to tint the right answer to a question of law in each case. The system is complete because along with the rules, it includes implicit principles which the judge must discover and pronounce. The weakness in this thesis lies in the fact that there is no rule which pre-exists this pronouncement of principles. Such pronouncements can therefore be neither true nor false. They are the fruit of the free creation of law by the judge

Selon l'intuition heureuse de Herbert Hart¹, le noyau de la philosophie juridique de Ronald Dworkin est une réaffirmation du « noble rêve » de la culture juridique américaine, c'est-à-dire la prétention (ou la croyance) que les juges appliquent à chaque affaire exclusivement un droit déjà existant sous la forme de normes générales et abstraites².

1. Cf. HART, *American Jurisprudence through English Eyes*. Pour une bibliographie de et sur Dworkin, cf. GUASTINI, *Soluzioni dubbie*; cf. aussi M. COHEN (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*.

2. Sur le principe du *rule of law* et pour une importante distinction entre deux versions de ce principe, cf. DWORKIN, *Political Judges and the Rule of Law*, p. 261-264 et aussi DWORKIN, *The Forum of Principle*.

L'auteur

Né à Gênes en 1946, il a fait par la suite ses études à la Faculté de Droit de l'Université de cette ville. De 1973 à 1976, il enseigne la philosophie du droit à l'Université de Sassari; de 1977 à 1979, il fut professeur de doctrine de l'État à la Faculté des Sciences Politiques de Trieste. Depuis 1976, il est professeur de théorie générale du droit à la Faculté de Droit de Gênes où, depuis 1984, il enseigne aussi le droit constitutionnel. Ses principaux travaux sont :

– *Marx dalla filosofia del diritto alla scienza della società. Il lessico giuridico marxiano 1842-1851*, Il Mulino, Bologna, 1974 ;
– *I due poteri. Stato borghese e stato operaio nell'analisi marxista*, Bologna, Il Mulino, 1978 ;
– *La democrazia vanificata. Stato autoritario e movimenti di opposizione*, Milano, Ottaviano, 1979 ;
– *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1980 ;
– *Marxismo e teorie del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1980 ;
– *Lezioni di teoria analitica del diritto*, Torino, Giappichelli, 1983 ;
– *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Torino, Giapichelli, 1985 ;
– « La teoria generale dei diritto in URSS », *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 1971 ;
– « Completezza e analogia », *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 6, 1976 ;
– « Norberto Bobbio teorico del diritto », *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 8, 1978 ; 9, 1979 ; 10, 1980.

* Istituto di Filosofia e Sociologia del Diritto, Università di Genova, Italia.

Cette illusion séduisante n'est évidemment qu'un corollaire de la doctrine de la *rule of law* (le gouvernement de la loi), autrement dit du principe de légalité dans la fonction juridictionnelle. Pour commencer, je voudrais tracer sommairement une carte des pré-supposés fondamentaux, caractéristiques du « noble rêve »³. Premier pré-supposé : « faire » et « dire » le droit sont des choses tout à fait différentes. « Faire » le droit signifie créer des normes générales et abstraites susceptibles de régler une quantité indéfinie de conflits. Au contraire, « dire » le droit signifie appliquer ces normes préconstituées à des cas individuels et concrets. Tandis que « faire » le droit est une activité avec un contenu hautement discrétionnaire (politique), « dire » le droit est une activité qui n'entraîne pas des évaluations ou des décisions politiques.

Cette façon de penser, qui distingue la puissance créatrice de normes de la puissance (seulement) exécutive des normes créées par autrui, est au fondement de la doctrine de la séparation des pouvoirs dans ses multi-formes versions.

Deuxième pré-supposé : le pouvoir de faire le droit doit être réservé à des organes démocratiques, électifs, c'est-à-dire politiquement responsables.

Symétriquement : les juges (et, en général, les organes dits d'application), étant des organes bureaucratiques non soumis à une responsabilité politique doivent se limiter à appliquer les normes générales qu'ils trouvent toutes faites et prêtes à l'usage. En aucun cas les juges ne peuvent être autorisés à produire des normes nouvelles *ad-hoc* pour résoudre les controverses sur lesquelles ils sont appelés à juger.

Le troisième pré-supposé est déjà implicite dans les précédents : chaque décision juridictionnelle doit être fondée sur la loi. La loi, de son côté, doit prédéterminer d'une façon univoque la solution de chaque controverse possible sans laisser au juge d'espaces de discrétion.

2. Le principe de légalité dans l'administration de la Justice est attaqué et mis en crise par le fait que, dans chaque système juridique, il y a beaucoup de cas douteux ou difficiles (*hard cases*). On peut distinguer au moins trois espèces différentes de cas difficiles⁴.

En premier lieu il y a des cas dont la solution est incertaine, car il existe des doutes quant à l'interprétation d'une disposition législative : il n'est pas certain que la disposition législative en question concerne la controverse sur laquelle on doit juger.

Beaucoup de doutes interprétatifs sont déterminés par deux caractéristiques des langues naturelles (dans lesquelles les lois sont formulées) : l'indétermination sémantique et l'ambiguïté syntaxique⁵. Par exemple, une disposition législative ayant pour objet les « jeunes » hommes « ou bien les « peines cruelles » serait très indéterminée. D'autre part, les dispositions ayant la forme « Si \underline{x} , \underline{y}

3. Je vais élaborer librement quelques idées tirées de : DICEY, *The Law of the Constitution* ; CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État* ; KELSEN, *General Theory of Law and State* ; VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers* ; BOBBIO, *Legalità* ; MATTEUCCI, *Costituzionalismo* ; MARSHALL, *Constitutional Theory*.

4. DWORKIN (*Hard Cases*) ne distingue pas clairement entre les diverses sortes de cas difficiles. En particulier, il ne distingue pas entre les doutes naissant d'une lacune et les doutes naissant d'une obscurité dans la loi.

5. Par exemple, cf. CARRIÒ, *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 49 et suiv. ; CARRIÒ, *Legal Principles and Legal Positivism*.

et \underline{z} , alors w » sont syntaxiquement ambiguës puisqu'il n'est pas clair du tout si la conséquence juridique w doit être appliquée disjonctivement dans les situations simples (\underline{x}), (\underline{y}) et (\underline{z}) ou bien seulement dans la situation complexe ($\underline{x} + \underline{y} + \underline{z}$).

En deuxième lieu, il y a des cas dont la solution est incertaine car on ne trouve pas de dispositions législatives susceptibles d'application à la controverse en question. Il s'agit de situations qui sont traditionnellement appelées par la doctrine « lacunes du droit » (*tegat sapa*)⁶.

En troisième lieu, il y a des cas dont la solution est difficile car plusieurs (au moins deux) normes incompatibles semblent applicables à la même controverse. Il s'agit des situations qu'on appelle traditionnellement « antinomies du droit »⁷. (Mais Dworkin ne s'occupe pas d'antinomies. Au contraire, il ne semble même pas supposer leur existence).

Le principe de légalité exige qu'à chaque controverse soit toujours applicable une norme univoque préconstituée et il exige, en outre, qu'à chaque controverse soit applicable une norme seulement. Si le droit n'est pas complet (s'il y a des lacunes), il peut se produire des controverses qui n'entrent dans le domaine *d'aucune* norme. Si le droit n'est pas cohérent (s'il y a des antinomies), il peut se produire des controverses qui entrent en même temps dans le champ d'application de *d'eux* normes incompatibles. Si la formulation de la loi est indéterminée ou ambiguë, il peut se produire des controverses pour lesquelles on ignore tout à fait dans le champ d'application de *quelle* norme elles pourraient entrer.

Dans tous ces cas, le principe de légalité ne régit pas la fonction juridictionnelle, puisque la controverse en question n'est pas résolue de façon univoque par le droit existant. Donc le juge peut (et normalement il doit) décider d'une façon discrétionnaire, c'est-à-dire en faisant une évaluation éthique et politique des intérêts en conflit. Lorsque la loi est obscure, incomplète ou incohérente, le droit n'est pas certain, les décisions judiciaires n'étant pas prévisibles⁸.

On comprend donc pourquoi la philosophie juridique de Dworkin, son but étant une défense de la *rule of law*, consiste principalement dans l'analyse des cas douteux et précisément de la doctrine de la complétude (ou plutôt de la « complétabilité ») du droit.

3. Beaucoup d'essais de Dworkin aboutissent à une même conclusion univoque : pour chaque question de droit il existe toujours une « réponse juste » (*right answer*), une solution correcte du point de vue du droit en vigueur⁹. Cela équivaut à dire justement que le droit est complet ou au moins « complétable » par le juge sans employer aucune « discrétion »¹⁰.

Si, en présence de lacunes législatives, les tribunaux pouvaient trancher arbitrairement les controverses qui leur sont soumises, on

6. Cf. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*; PERELMAN (ed.), *Le problème des lacunes en droit*.

7. Cf. GAVAZZI, *Delle antinomie*; PERELMAN (ed.), *Les antinomies en droit*.

8. Cette idée est critiquée par DWORKIN dans *The Model of Rules*, I. Cf. GUASTINI, *Due note di teoria del diritto*.

9. Cf. DWORKIN, *No Right Answer?*

10. Pour une analyse du concept de « discrétion », cf. DWORKIN, *The Model of Rules*, 1, p. 31 et suiv.

pourrait dire que ces controverses-là n'admettent aucune solution correcte. Mais si, au contraire, les lacunes éventuelles sont comblées (ou susceptibles d'être comblées) par l'usage de principes du droit, alors même les cas qui échappent aux prévisions du législateur auront néanmoins une solution juridique appropriée : celle précisément qui est suggérée (pas par la loi pleine de lacunes) mais par les principes.

La thèse de la complétude du droit est soutenue par Dworkin soit avec des arguments de *politique* du droit, soit avec des arguments *d'ontologie* du droit. La politique du droit concerne ce que les juges doivent faire ; l'ontologie du droit concerne ce que le droit est.

1°) Du point de vue politique, Dworkin – conformément à la tradition du libéralisme juridique – soutient que les juges, dans chaque controverse qui leur est soumise doivent toujours faire valoir les droits et les obligations préexistants des parties (et voilà la *right thesis*)¹¹.

Cela signifie deux choses. En premier lieu, les juges ne sont pas autorisés à créer des normes nouvelles à l'occasion d'une controverse particulière. Cela serait une violation du principe (libéral) selon lequel la loi ne dispose que pour l'avenir et n'a point d'effet rétroactif. En deuxième lieu, les juges doivent juger sur la base des droits et des obligations des individus : c'est-à-dire qu'ils ne sont pas autorisés à décider, soit dans un but politique ou social collectif (*policies*), soit sur la base d'un calcul des coûts et des profits (comme il est suggéré au contraire par l'orientation de politique du droit dite *economic analysis of law*). De tels choix ont une nature politique et sont donc réservés au pouvoir législatif¹².

2°) Du point de vue ontologique, Dworkin soutient que le principe de légalité dans la fonction juridictionnelle est réalisable puisque le droit n'est pas constitué seulement de règles de droit explicites mais aussi de principes (*principles*). Peut être des affaires particulières donnent-elles lieu à des difficultés dans la décision puisqu'elles n'entrent pas dans le champ d'application d'une règle de droit spéciale. Cependant, cela ne signifie pas que, dans ce cas, les juges aient un pouvoir discrétionnaire au sens fort, c'est-à-dire qu'ils soient libres de tout lien juridique. Les cas qui ne sont pas prévus par la loi sont toutefois susceptibles d'une solution correcte, puisqu'ils entrent dans le champ d'application d'un principe (ou de plusieurs principes) de droit. Autrement dit, les principes ont une fonction de « clôture » du système juridique : ils permettent de combler les lacunes de la loi¹³.

4. Dans l'histoire de la culture juridique, la doctrine libérale de la complétude du droit a connu au moins trois versions significatives¹⁴.

11. Cf. DWORKIN, *Hard Cases*, p. 82 et suiv.

12. Cf. DWORKIN, *Hard Cases*, p. 90 et suiv. Pour une critique de la doctrine dite « *economic analysis of law* », cf. DWORKIN, *Is Wealth a Value ?*, et *Why Efficiency ?*.

13. DWORKIN, *The Model of Rules*, 1, p. 35 et suiv.

14. Cf. GUASTINI, *Complettezza e analogia*.

Première version : le droit est nécessairement complet pour des raisons logiques. On peut rappeler au moins deux arguments en faveur de cette thèse :

a) juridiquement chaque conduite peut être seulement ou licite ou illicite ; il n'est pas possible qu'une conduite soit en même temps *et licite et illicite* (principe de non-contradiction) ; il n'est pas non plus possible qu'une conduite ne soit *ni licite ni illicite* (principe du *tertium non datur*) ; donc, chaque conduite qui n'est pas qualifiée d'illicite par le droit est licite ; en tous cas chaque conduite a sa propre qualification juridique ; donc le droit est complet ;

b) chaque système juridique contient implicitement une « norme générale exclusive » selon laquelle tout ce qui n'est pas interdit est permis, puisque « pas interdit » signifie précisément « permis » ; la norme générale exclusive a une fonction de clôture du système.

Cette façon de penser aboutit à une politique de *sententia ferenda* : devant les cas qui ne sont pas prévus par la loi, les juges doivent argumenter *a contrario*.

Deuxième version : le droit est nécessairement complet puisqu'il est pourvu d'une nature « organique » et d'une « force d'expansion » caractéristique, c'est-à-dire d'une aptitude à se développer en s'adaptant aux situations nouvelles. Naturellement, l'instrument de ce développement continu est l'extension par analogie, à partir des normes existantes, aux cas non prévus par le législateur. Il est tout à fait évident que cette façon de penser aboutit à une politique de *sententia ferenda* opposée et symétrique de la précédente : les juges doivent argumenter, pas *a contrario*, mais *a simili*.

Troisième version : le droit n'est pas nécessairement, mais il *doit* être complet pour des raisons politiques évidentes (les juges ne doivent pas créer le droit, les décisions judiciaires doivent être prévisibles, etc.). Cette façon de penser aboutit à une recommandation de politique législative, c'est-à-dire une suggestion aux législateurs : le législateur doit faire des lois claires, systématiques, complètes, etc.

La doctrine de la complétude de Dworkin ressemble à la seconde des doctrines mentionnées. Devant les cas difficiles – dit-il – les juges doivent adopter une sorte de procédé de l'analogie élargie, c'est-à-dire qu'ils doivent appliquer les principes généraux du droit ¹⁵.

Or, dans le langage commun des juristes, on parle de « principes du droit » dans plusieurs sens différents ¹⁶.

Premier sens : on parle de principes pour désigner des dispositions législatives ayant un contenu relativement général (par exemple les dispositions sur les contrats en général).

Deuxième sens : on parle de principes pour désigner des dispositions législatives qui revêtent un rôle « fondamental » dans

15. DWORKIN, *No Right Answer ?*

16. Cf. GUASTINI, *Produzione di norme a mezzo di norme*.

l'ordre juridique grâce à leur position hiérarchique dans le système des sources (c'est le cas des dispositions de la constitution formelle) ou de toute façon, grâce à leur « importance » politique.

Troisième sens : on parle de principes pour désigner des normes qui ne sont exprimées par aucun énoncé législatif spécifique, mais qui sont élaborées par les juristes (ou par les juges) au moyen des techniques d'argumentation collectivement désignées par l'expression *analogia juris*.

Or, nous pouvons appeler « explicite » une norme juridique qui, selon une certaine interprétation, est la signification d'une disposition législative. Tandis que nous pouvons appeler « implicite » une norme qui n'est imputable à aucune disposition législative spécifique comme étant sa signification, mais qui a été élaborée par les juristes (bien qu'en la tirant du matériel législatif existant)¹⁷. Si nous adoptons ces conventions linguistiques, alors nous pouvons dire que les principes du premier et du deuxième genre sont des normes explicites, tandis que les principes du troisième genre sont des normes implicites. Il faut remarquer que les principes, soit explicites, soit implicites, peuvent avoir une structure logique quelconque. Un principe peut conférer une position juridique subjective (un droit, une obligation, etc.). Mais un principe peut aussi bien avoir une structure téléologique c'est-à-dire qu'il peut prescrire la réalisation d'un certain but. Toute cette chaîne de distinctions est tout à fait étrangère à Dworkin mais elle est nécessaire pour éclaircir sa pensée. A ce point nous pouvons dire que les principes dont parle

Dworkin sont :

- a) des normes implicites,
- b) des normes qui confèrent droits et obligations.

En effet, les principes explicites échappent au discours de Dworkin pour la raison évidente que, si une situation de fait entre dans le champ d'application d'une norme explicite, nous ne sommes pas en présence d'une lacune et le cas (selon Dworkin) n'est pas difficile. Les principes téléologiques, que Dworkin appelle *politics*, sortent de son discours en ce sens que selon lui, les juges doivent faire valoir des droits et non pas poursuivre des buts sociaux. Cela dépend du fait que, à son avis, les droits sont préconstitués pour les juges tandis que les buts sociaux ne le sont pas¹⁸.

5. Selon Dworkin, dans chaque système juridique national il y a une doctrine éthique et politique implicite (un ensemble de valeurs morales), qui constitue le fondement et la justification du droit en vigueur¹⁹. Le juge idéal devrait être capable, par un raisonnement inductif, de tirer cette doctrine du droit écrit (soit législatif, soit jurisprudentiel) existant. L'ensemble des principes généraux constitutifs d'une telle doctrine, à leur tour, serait de nature à :

17. Cf. GUASTINI, *A Tentative Analysis of Two Juristic Sentences*.

18. DWORKIN, *Hard Cases*, p. 82 et suiv.

19. *Ibid.*, p. 105 et suiv. ; ID., *Can Rights Be Controversial ?*

a) diriger l'interprétation des dispositions indéterminées ou ambiguës (pour chaque disposition on doit choisir la signification la plus conforme aux principes généraux),

b) engendrer (en les justifiant) un nombre indéfini de normes spécifiques aptes à offrir des solutions correctes (*right answers*) pour chaque controverse possible.

Il faut remarquer que cette façon de penser de Dworkin est fondée sur une hypothèse difficilement démontrable : je veux parler du dogme de la cohérence du droit. Si un système juridique national n'était pas considéré comme cohérent, on ne pourrait pas soutenir qu'une et une seule doctrine éthique et politique (bien que très générale et abstraite et donc indéterminée) est au fondement du système tout entier. Par contre, si le système n'est pas cohérent, on peut tirer de lui non pas une seule doctrine mais plusieurs doctrines politiques en conflit entre elles.

La thèse de Dworkin est très faible puisque tous les systèmes juridiques contemporains, sans aucune exception, sont le résultat d'une production normative très étendue dans le temps. Ils se sont formés d'une façon alluvionnaire dans des situations institutionnelles et politiques toujours différentes. Ils sont le fruit pas d'une, mais de beaucoup de politiques du droit en conflit entre elles. Ils incorporent donc de nombreux principes et des normes incompatibles, c'est-à-dire beaucoup d'antinomies. Est-il imaginable qu'une et une seule doctrine politique (qu'on suppose cohérente) soit capable de donner une justification à chacune des normes et à chacun des principes du système ? Est-il imaginable qu'il y ait une doctrine politique, bien que très générale, qui soit capable de fonder soit une norme, soit son contraire ? Mais la difficulté la plus grave pour la théorie de Dworkin est la suivante :

On a vu que, dans les cas douteux, les juges doivent faire application des principes *implicites* du système. Il va sans dire que le principe de légalité est sauf si, et seulement si, ces principes – bien qu'implicites – sont *préconstitués* pour le juge et ne sont pas le résultat d'une création judiciaire du droit. Par contre, si les juges inventent librement les principes de droit, cela veut dire qu'ils se conduisent comme des législateurs : ils accomplissent des choix, de nature politique. Ainsi, tout le discours de Dworkin repose sur l'hypothèse que les principes préexistent aux décisions judiciaires.

A ce point donc, Dworkin devrait faire deux choses. En premier lieu, il devrait argumenter en faveur de l'« existence » des normes implicites dans le droit : c'est-à-dire, il devrait démontrer que la source des normes implicites est le législateur et en tous cas pas le juge. En deuxième lieu, il devrait dire clairement *quelles* normes implicites existent et dans quelles conditions on peut véridiquement affirmer la validité d'une norme implicite.

La voie la plus évidente (bien qu'elle ne soit pas dépourvue d'obstacles), pour argumenter en faveur de l'existence de normes

implicites, semble être la suivante : le droit n'est qu'un langage ; le langage normatif du droit (c'est-à-dire le discours législatif) est pourvu de propriétés logiques comme celles du langage de la connaissance (le discours scientifique) ; il existe donc des normes implicites qui peuvent être tirées des normes explicites au moyen d'un procédé logique. Néanmoins Dworkin préfère une voie différente, plus sophistiquée et ouvertement anti-empiriste ²⁰.

Il assimile le « jeu » de la jurisprudence et de la science juridique à un jeu littéraire. Imaginons – dit-il – que dans un club de lecteur de Charles Dickens, on décide de parler de David Copperfield comme si David était une personne réelle, et donc qu'on se pose des questions sur David auxquelles on ne trouve aucune réponse *explicite* dans les pages de Dickens. Par exemple : est-ce que David était homosexuel ? Des questions de ce genre, selon Dworkin, non seulement ont un sens, mais en core elles admettent des réponses vraies. Par exemple, il est vrai que David était homosexuel si une telle proposition concorde avec toutes les propositions sur David expressément affirmées par Dickens, et/ou telle proposition donne des explications satisfaisantes de la conduite de David décrite (mais pas expliquée) par Dickens.

Selon Dworkin, cela provient du fait que, au-delà et à côté des faits bruts (*hard facts*) il existe des énigmatiques « faits de cohérence narrative » ²¹. Autrement dit : le monde de David Copperfield n'est pas un monde « de papier », c'est-à-dire qu'il n'est pas simplement réductible aux pages effectivement écrites par Dickens mais que c'est un univers doué d'une existence indépendante. Par conséquent, ce monde est susceptible d'être étudié et découvert au-delà des paroles de Dickens.

D'une manière analogue : le droit, selon Dworkin, n'est pas un univers purement linguistique (l'ensemble des paroles du législateur). Au contraire c'est un univers peuplé de « faits moraux » pas trop différent du monde du *Sollen* de Hans Kelsen ou du « Tiers Monde » de Karl Popper ²².

Et symétriquement : la science juridique et la théorie du droit ne sont pas des disciplines purement meta-linguistiques portant sur le langage du législateur. La science juridique ne parle pas du langage législatif : elle parle de ces faits normatifs particuliers qui sont au-delà du discours législatif et qui peuvent être appréhendés *sans* la médiation du discours législatif, car ce discours ne crée pas ces faits-là mais il les réfléchit seulement ²³.

Selon Dworkin, une norme implicite \underline{N}_1 est valide à l'une des conditions suivantes (disjonctivement suffisantes) :

1) le législateur n'a explicitement créé aucune norme incompatible avec \underline{N}_1 ;

2) il est très probable que le législateur aurait explicitement promulgué \underline{N}_1 s'il avait prévu la controverse résolue par \underline{N}_1 ;

20. DWORKIN, *No Right Answer ?*, p. 19 et suiv.

21. *Ibid.*, p. 27 et suiv.

22. KELSEN, *Reine Rechtslehre* ; POPPER, *Objective Knowledge*.

23. Cf. BULYGIN, *Norms, Normative Propositions, and Legal Statements*.

3) N_1 peut être justifiée par (et à l'intérieur de) la même doctrine éthique et politique qui a présidé à la promulgation des normes explicites du système juridique en question ;

4) N_1 constitue la justification d'une ou de plusieurs normes explicites du système.

Selon Dworkin, lorsque au moins une de ces conditions est réalisée, le jugement sur la validité de N_1 est une proposition vraie ²⁴.

Malheureusement, la théorie de Dworkin se fonde sur une hypothèse ouvertement métaphysique qui, comme telle, n'est pas susceptible de vérification ou de falsification. Elle peut seulement être constitutive ment acceptée ou rejetée.

Il ne fait pas de doute qu'une telle présupposition est incompatible avec la théorie analytique du droit qui est construite sur des bases empiristes. Selon cette théorie, le droit est un langage : le langage du législateur et d'autres autorités normatives. Il n'y a aucune réalité normative inaccessible à nos sens et indépendante des paroles du législateur ²⁵.

D'un point de vue empiriste, « parler de David Copperfield » est une métonymie : cela ne veut rien dire de plus que parler des paroles de Charles Dickens. Chaque énoncé sur les inclinations sexuelles de David, qui ne serait pas un énoncé purement métalinguistique portant sur le roman, loin d'être vrai ou faux, serait simplement un énoncé dépourvu d'un sens quelconque. En tous cas, un énoncé sur David, exactement comme les énoncés de la métaphysique ou de la théologie, porterait sur une entité imaginaire. Un tel énoncé n'appartient pas au discours comme fonction de la connaissance : son seul sens est de faire des contes ²⁶.

Ou mieux, du point de vue de la connaissance, ce ne sont pas seulement les énoncés sur David qui sont dépourvus de sens mais aussi les questions mêmes qui sollicitent ces énoncés comme leurs réponses. On peut poser des questions sensées (auxquelles on peut sensément répondre) non pas à propos de David mais seulement à propos du discours de Dickens.

C'est seulement un énoncé portant sur ce que Dickens a écrit qui peut être soumis à des contrôles : un tel énoncé peut donc seul être dit vrai ou faux.

On doit tout de même remarquer qu'un certain nombre d'énoncés sur David, organisés convenablement et de telle sorte qu'ils constituent une trame narrative, bien que dépourvus de valeur logique, finiront par donner lieu à un nouveau roman « de Dickens ». Malheureusement, ce ne serait qu'un roman apocryphe.

En laissant de côté les jeux littéraires et en revenant à la science juridique, on trouve que, dans le droit, les choses ne se passent pas d'une façon différente. « Parler de normes » ne veut pas dire parler des entités mystérieuses du monde du *Sollen*, mais plus simplement cela veut dire parler du discours législatif.

24. DWORKIN, *No Right Answer ?*

25. Cf. BOBBIO *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* ; GUASTINI, *Il diritto come linguaggio, il linguaggio del diritto*.

26. Cf. GUASTINI, *Soluzioni dubbie*. Sur le langage de la « fabulation », cf. ROSS, *Directives and Norms*, p. 29 et suiv. ; ROSS, *Legal Fictions* ; SEARLE, *The Logical Status of Fictional Discourse*.

Chaque énoncé « sur » une norme qui n'aurait pas été explicitement formulée par le législateur n'est pas à proprement parler un énoncé métalinguistique sur une norme (puisqu'il n'y a aucune norme préexistante dont on puisse parler). Un tel énoncé est plutôt un énoncé directement normatif : c'est la formulation même (la seule formulation existante) de la norme en question. Donc, un tel énoncé n'est ni vrai ni faux. Il est le fruit de la libre création du droit par les juristes ou les juges ²⁷.

Lorsqu'ils formulent des principes de droit implicites, les juristes ne parlent pas *de* la loi ou du droit existants. En suivant Alexander Peczenick, on peut dire qu'ils parlent dans la loi ou le droit ²⁸. Ils ne décrivent pas des normes en vigueur mais ajoutent plutôt au discours législatif des énoncés normatifs « apocryphes ».

Il est bien vrai que ces énoncés pseudo-législatifs peuvent être acceptés par la communauté des juristes. Mais une telle acceptation n'a rien à voir avec la vérité : elle dépend des restes constitutives du jeu social qu'on appelle « doctrine juridique ».

Bibliographie complémentaire

BOBBIO N.

1949, « Scienza del diritto e analisi del linguaggio », dans U. Scarpelli (ed.) *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, Comunità, 1976.

1976, « Legalità », dans N. Bobbio et N. Matteucci (eds), *Dizionario di politica*, Torino, UTET.

BULYGIN E.

1982, « Norma, Normative Propositions, and Legal Statements », dans G. Floistal (ed.), *Contemporary Philosophy. A New Survey*, vol. III, The Hague, Nijhoff.

CARRÉ DE MALBERG R.

1920, *Contribution à la théorie générale de l'État* Paris, Sirey.

CARRIÒ G.R.

1971, *Legal Principles and Legal Positivism*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

1979, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

COHEN M. (ed).

1983, *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, London, Duckworth.

CONTE A.G.

1962, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino, Giappichelli.

DICEY A.V.

1885, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885). London, MacMillan.

Dworkin R.

1978, « The Model of Rules », I (1967), dans R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth London.

1978, « Hard Cases » (1975), dans R. Dworkin, *Taking*

27. Cf. GUASTINI, *Produzione di norme a mezzo di norme* ; ID., *A Framework for the Analysis of Judicial Discours.*

28. PECZENIK, *Non-equivalent Transformations and the Law.*

- Rights Seriously*, London, Duckworth.
- 1978, « Can Rights Be Controversial » (1977), dans R Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth.
- 1978, « Political Judges and the Rule of Law », dans *Proceedings of the British Academy*, 64.
- 1978, « No Right Answer ? » dans *New York University Law Review*, 53.
- 1980, « Il Wealth a Value ? » dans *Journal of Legal Studies*, 9.
- 1980, « Why Efficiency ? », dans *Hofstra Law Review*, 8.
- 1981, « The Forum of Principle », dans *New York University Law Review*, 56.
- GAVAZZI G.
1959, *Delle antinomie*. Torino, Giappichelli.
- GUASTINI R.
1976, « Completezza e analogia. Studi sulla teoria generale Italiana del diritto », *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 6.
- 1980, « Il diritto come linguaggio, il linguaggio del diritto », dans R. Guastini (ed.), *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, Mulino.
- 1981, « Due note di teoria del diritto », *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 11.
- 1983, « Soluzioni dubbie. Lacune e interpretazione secondo Dworkin. Con un'appendice bibliografica », *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 13.
- 1984, « A Tentative Analysis of Two Juristic Sentences », dans A. Peczenik et al. (eds), *Theory of Legal Science*, Dordrecht, Reidel.
- 1984, « Produzione di norme a mezzo di norme Relazione al convegno « Il contributo della filosofia analitica al problema della filosofia analitica al problema della giustificazione in morale e in diritto ». Siena.
- 1984, *A Framework for the Analysis of judicial Discourse. Report to the conference « Reason in Law »*, Bologna.
- HART H.L.A.
1977, « American Jurisprudence through English Eyes : The Nightmare and the Noble Dream », *Georgia Law Review*, 11.
- KELSEN H.
1945, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Harvard UP.
- 1960, *Reine Rechtslehre*, Wien, Deuticke.
- MARSHALL G.
1980, *Constitutional Theory*. Oxford, Clarendon.
- MATTEUCCI N.
1976, « Costituzionalismo », dans N. Bobbio/N. Matteucci (eds), *Dizionario di politica*, Torino, UTET.

Riccardo Guastini
*Théorie et ontologie du droit
chez Dworkin*

- PECZENIK A.
1979, « Non-Equivalent Transformations and the Law », dans *Rechtstheorie*, Beiheft, 1.
- PERELMAN C. (ed.)
1965, *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant.
- 1968, *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant
- POPPER K.
1972, *Objective Knowledge. An Evolutionary Approach*, Oxford, Clarendon.
- ROSS A.
1968, *Directives and Norms*,

Routledge & Kegan Paul.

1969, « Legal Fictions », in G. Hughes (ed.), *Law, Reason and Justice. Essays in Legal Philosophy*, New York, UP.

SEARLE J.R.

1979, « *The Logical Status of Fictional Discourse* », in J.R. Searle, *Expression and Meaning Studies in the Theory of Speech Acts*, Cambridge, UP.

VILE M.J.C.

1967, *Constitutionalism and the Separation of Power*, Oxford, Clarendon.