



HAL
open science

Analyse critique du constitutionnalisme contemporain

Pierre Brunet

► **To cite this version:**

Pierre Brunet. Analyse critique du constitutionnalisme contemporain. Analyse critique du constitutionnalisme, 2009, Paris, France. pp.245-260. halshs-00009756v2

HAL Id: halshs-00009756

<https://shs.hal.science/halshs-00009756v2>

Submitted on 1 Jul 2006 (v2), last revised 21 Jan 2012 (v5)

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

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

POSITIVISME ET DROIT DE RÉSISTANCE
ANALYSE CRITIQUE DU « NÉOCONSTITUTIONNALISME »

in
Le droit de résistance à l'oppression
sous la dir. de D. Gros et O. Camy
Le Genre Humain, n°44,
Paris, Seuil, nov. 2005, p. 245-260.

« Il serait dangereux d'accorder à un tribunal un droit de représentation, qui serait un droit de résistance. Sans doute les juges ne seraient pas dispensés de publier la loi ; mais dans leur sens ils se croiraient peut-être dispensés de s'expliquer sans délai » Barnave, 5 juillet 1790, *Moniteur Universel*, t. 5, p. 50.

Le droit est-il obligatoire ? Et s'il ne l'était pas, comment comprendre le sous-titre de ce colloque sur le droit de résistance : *le droit contre le droit*. C'est en effet parce que nous pensons spontanément que le droit nous oblige que nous sommes sensibles à cette apparente contradiction d'un droit de résister au droit qui ne réclame rien d'autre que la soumission. Or là est bien la question : le droit est-il obligatoire ?

Selon une opinion fort répandue, la réponse la plus ardemment affirmative à la question posée serait imputable au positivisme juridique, qu'il soit celui de Hobbes pour qui l'obéissance à la loi civile est une partie de la loi de nature¹ ou de Kelsen pour qui le droit serait un ensemble de normes valides, c'est-à-dire obligatoires². Bien que caricaturale, cette opinion se fonde sur un trait caractéristique de toute démarche positiviste à savoir le formalisme, duquel il découle en effet que le droit se définit avant tout par sa forme et non par son contenu, il serait donc obligatoire quel que soit son contenu.

Or, contre ce formalisme qui peut conduire à identifier comme droit l'oppression voire l'infâme, une autre doctrine a toujours été soutenue selon laquelle le droit ne

¹ Th. Hobbes, *Léviathan*, 1651, chap. XXVI. Sur le positivisme de Hobbes, le meilleur ouvrage demeure celui de Norberto Bobbio, *Thomas Hobbes*, Turin, Einaudi, 1989 not. p. 111-145 (« Legge naturale e legge civile nella filosofia politica di Hobbes », initialement paru in *Studi in memoria di Goele Solari*, Torino, Ed. Ramella, 1954).

² Alf Ross a très largement contribué à répandre cette présentation. V. A. Ross, « Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law », *Revista juridica de Buenos-Aires*, IV, 1961 (46-93) (trad. française par E. Millard et E. Matzner, in A. Ross, *Introduction à l'empirisme juridique*, Paris, LGDJ, à paraître) est contestable. Elle a d'ailleurs été contestée ; v. M. Troper, « Ross, Kelsen et la validité », *Droit & Société*, n°50, 2002 (43-57).

saurait être identifié par sa seule forme pour la bonne raison que le droit est intimement lié à la morale sinon à la raison humaine, que les normes juridiques visent à assigner des comportements aux hommes en fonction de certaines fins et que ces fins comptent autant sinon plus que les moyens. Selon cette réponse, le droit est obligatoire dans certaines conditions.

Cette opposition entre formalisme et anti-formalisme existe sur le plan de la théorie constitutionnelle sous d'autres noms, mais elle est bien la même. En effet, lorsqu'on oppose l'absolutisme au constitutionnalisme, on entend distinguer deux conceptions radicalement différentes de l'ordre politique et juridique. Selon la première, le souverain aurait le pouvoir de faire les lois sans que ce même pouvoir puisse être limité par une autre volonté que la sienne ; pour l'autre, le souverain n'a le pouvoir de faire les lois « que dans le respect de la constitution ».

Il reste que ni l'une ni l'autre thèse ne peut aisément reconnaître un droit de résistance sans risquer de compromettre l'ordre juridique tout entier.

Cela semble évident pour l'absolutisme : dès lors que le souverain est seul à produire le droit, il n'y a de droit que ce qu'il a fait et l'on ne saurait disposer du droit de lui résister. En apparence, le constitutionnalisme ne rencontre pas cette difficulté : si le droit est ce que le souverain fait dans le respect de la constitution, il semble aisé de distinguer entre le droit et l'oppression et il peut être justifié de reconnaître un droit de résistance à l'oppression – droit précisément proclamé par les premières constitutions modernes. Les apparences sont pourtant trompeuses car la question est moins de savoir si la distinction est aisée à faire que de savoir qui la fera. Bien sûr, on répondra que cette question est faussement complexe puisque, lorsqu'il est consacré, le droit de résistance appartient au peuple. Mais l'objection tombe d'elle-même dès l'instant où l'on se demande par quelle forme on peut identifier le peuple dans l'exercice de son droit de résistance. Où l'on voit que la forme est toujours essentielle à la détermination du droit. On peut donc admettre sans trop de difficultés que le droit de résistance n'a sans doute jamais eu d'autre valeur ou signification que de rappeler aux titulaires du pouvoir en place qu'ils ne devaient pas agir pour leur propre bien mais au contraire pour celui de ceux qui les avaient désignés.

Si de nos jours les argumentations politiques en faveur d'une limitation pouvoir souverain n'empruntent plus la forme juridique du droit de résistance, la préoccupation demeure. Elles s'expriment aujourd'hui au travers d'un courant de pensée qui insiste fortement sur le rôle déterminant joué par la constitution dans les systèmes juridiques modernes, courant auquel on a donné le nom de « néoconstitutionnalisme »³. Très critique envers le positivisme, ce courant théorique entend renouveler profondément la compréhension du phénomène

³ Les chefs de file en sont Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Carlos S. Nino, Gustavo Zagrebelsky.

juridique. Or, face à toute prétention de ce genre, la question est de savoir si le renouvellement aboutit.

I. Les thèses du néoconstitutionnalisme

D'un mot, ce dernier courant pourrait être résumé en disant qu'il s'agit de prendre acte de ce que l'ordre juridique d'aujourd'hui n'est plus celui d'hier : dans toutes les sociétés avancées, des constitutions existent qui sont appliquées par les organes comme d'authentiques normes juridiques et dont le respect est imposé aux organes politiques par les juges constitutionnels. Ainsi, la Constitution l'a emportée sur la loi et le positivisme légicentriste des rationalistes à la Hobbes est définitivement mort : la Constitution est désormais une norme supérieure à la loi non pas seulement d'un point de vue juridique mais aussi axiologique.

La preuve en est ce que font les cours suprêmes : si elles en appellent à des principes moraux pour justifier leurs décisions, elles ne prétendent pas que leurs décisions contiennent du droit nouveau mais, au contraire, s'appuient sur ces mêmes constitutions pour fonder leurs décisions⁴.

Le néo-constitutionnalisme est donc à la fois une théorie des sources du droit et une théorie de la connaissance du droit⁵.

I.1. Le néoconstitutionnalisme comme théorie du droit

Comme théorie du droit, le néoconstitutionnalisme entend proposer une nouvelle conception des sources, des normes et du raisonnement juridique.

I.1.1. Les sources

Le néoconstitutionnalisme entend remettre en cause la suprématie absolue de la loi comme expression de la souveraineté parlementaire telle qu'elle aurait été véhiculée par la doctrine positiviste pour au contraire reconnaître une suprématie absolue à la Constitution. Cette suprématie de la Constitution est à la fois formelle et substantielle : en tant que norme axiologiquement suprême, la Constitution impose des fins au législateur, et aux autres organes d'application. Par ailleurs, l'intervention d'une juridiction constitutionnelle est nécessaire afin de préserver l'ordre juridique contre des lois incompatibles avec la Constitution. Cette juridiction constitutionnelle n'est pas conçue – comme chez Kelsen – de façon négative. Au contraire, elle a pour fonction de corriger les lois qui doivent

⁴ C'est là que se situe le point de contact entre le néo-constitutionnalisme et le *soft positivism* (ou *inclusive positivism*) : le second tente de concilier le « positivisme » avec l'idée typiquement néo-constitutionnaliste selon laquelle un grand nombre de principes juridiques consacrés par les constitutions sont des normes morales. V. W.J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon P., 1994 et E. Mitrophanous, « Soft Positivism », *Oxford Journal of Legal Studies*, 17, 1997 (621-624). L'expression « soft positivism » vient de Hart qui l'utilise pour qualifier son propre positivisme, v. *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, 1994, 2nd ed., Postscript, p. 250.

⁵ Selon cette classification, le *soft-positivism* serait plutôt une théorie de la connaissance du droit.

appliquer la constitution⁶. Le système des sources est donc multiple et l'unité de l'ordre juridique doit donc être reconstruite à partir de la Constitution.

Cette conception a évidemment des conséquences sur la conception des normes juridiques et sur l'interprétation.

I.1.2. Structure de la norme

Selon les positivistes, la norme a comme structure un fait, une modalité déontique et une conséquence. On se souvient de l'exemple que donne Kelsen : « on ne volera point, si quelqu'un vole il sera puni ». Une telle définition exclut les « principes » de la catégorie des normes et ce pour deux raisons : d'une part, les principes ne se rapportent pas à des classes de faits ; de l'autre, les principes ne prévoient pas de conséquence quant à leur violation.

Or, contre cette conception d'un ordre juridique comme ensemble de règles, le néoconstitutionnalisme insiste sur la permanence des principes et sur leur constante application par les juges. Ainsi, à côté des règles – telle que la loi – existent des principes de justice qui traversent ou imprègnent l'ordre juridique tout entier⁷. Ce dernier n'est évidemment plus conçu comme purement dynamique mais bien statique : les normes sont liées entre elles par leur contenu et non seulement par les conditions de leur production⁸. Ainsi, une norme juridique ne se définira plus par sa structure mais par sa fonction : est juridique la norme qui peut

⁶ L. Prieto Sanchis, « Costituzionalismo e positivismo », in P. Comanducci e R. Guastini, *Analisi e Diritto*, 1996, Turin Giappichelli (207-226). De là, la question vaste et délicate de la conciliation du contrôle de constitutionnalité et de la démocratie. Sur ce point, v. not V. Ferreres Comella., *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEC, 1997 ; A. Stone Sweet, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, NY, Oxford UP., 2000, M. Troper, La logique de la justification du contrôle de constitutionnalité des lois », *Mélanges Pactet*, Dalloz, 2003, p. XXX.

⁷ Cette distinction entre règles et principes fut popularisée et systématisée par Dworkin, v. R. Dworkin, « No right answer ? », in P. M. S. Hacker and J. Raz, *Law, Morality and Society. Essays in honour of H.L.A.Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977 (58-84) ; « Is There Really No Right Answer in Hard Cases ? », in R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard UP, 1985 (119-145) ; v. aussi *Prendre les droits au sérieux* (1977), trad. fçse Paris, PUF, 1995. Notons qu'elle doit beaucoup à d'autres que lui, v. J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts (Principe général du droit et norme dans la pratique juridictionnelle du droit privé)*, Tübingen, 1956 et 2^e éd. 1964 ainsi que *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Francfort, Athenäum Verlag, 1970 et Ch. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1979. Quant aux critères de la distinction entre principes et règles, ils sont loin de faire l'unanimité. Certains les voient dans le degré de généralité, v. R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Munich, Alber-Reihe, 1992 ; le degré de relations eu égard aux faits juridiques, v. M. Atienza e J. Ruiz Manero, « Tre approcci ai principe di diritto », in P. Comanducci e R. Guastini, *Analisi e Diritto*, 1993, Turin Giappichelli (9-29) ; le rapport à la réalité, v. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Turin, Einaudi, 1992, p. 160 s. Pour un inventaire critique des critères, v. R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Turin, Giappichelli, 1990, p. 143 s.

⁸ Sur cette distinction v. H. Kelsen, *Théorie pure du droit* (1960), trad. fçse Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 314 et N. Bobbio, *Teoria generale del diritto* (1960), Turin, Giappichelli, rééd. 1994, p. 197-198.

fournir des raisons pour l'action. Dans cette conception, une norme juridique joue un rôle de justification du raisonnement pratique des juges et des autres opérateurs sociaux si elle a été acceptée, soit en vertu d'un jugement moral qui attribue une certaine légitimité à une certaine autorité – ce que Carlos Nino appelle un jugement d'adhésion normative ; soit parce qu'elle est au fondement des jugements descriptifs des prescriptions de cette autorité⁹.

Quant à la constitution, elle est elle-même conçue, à l'instar de la conception kelsenienne, comme une norme et non plus comme un ordre de valeurs au sens de la doctrine de la constitution comme *Volkgeist*. Il n'en demeure pas moins le rapprochement avec la thèse kelsenienne s'arrête là : tandis que pour Kelsen, la constitution est décrite comme une norme ; dans le néoconstitutionnalisme, la constitution est axiologiquement conçue comme telle¹⁰.

1.1.3. Le raisonnement juridique : subsumption et balancement

Enfin, le néoconstitutionnalisme s'oppose aussi bien à la thèse selon laquelle le raisonnement juridique consisterait uniquement en une subsumption d'un fait sous une règle – selon la conception positiviste classique – et donc le corollaire est que, dans certains cas, lorsque la règle manque, le juge l'invente en usant d'un pouvoir discrétionnaire.

À cette présentation, le néoconstitutionnalisme oppose la rationalité de la décision judiciaire comme condition de son acceptabilité. L'interprétation est donc censée pouvoir parvenir à une solution juste parce que le juge consulte l'univers de la morale et de la philosophie politique. En sorte que le juge n'est pas totalement libre : il est tenu par les principes qui se trouvent dans la constitution et qui inspirent le droit.

Mais comment appliquer ces principes ? Dès lors qu'ils ne se rapportent pas à des faits, il n'est plus possible de subsumer un cas concret pour en inférer une norme. Plutôt qu'en une subsumption, le raisonnement juridique consiste en une pondération, un balancement entre principes qui ne fait jamais disparaître les principes utilisés et qui exprime ce que le droit doit à la rationalité pratique.

Par ailleurs, le néoconstitutionnalisme consiste aussi en une théorie de la connaissance du droit.

1.2. Le néoconstitutionnalisme comme théorie de la connaissance

Parce que le droit contient des normes morales lesquelles servent en outre à justifier des décisions, il paraît logique d'admettre que la morale joue un rôle

⁹ V. not. C.S. Nino, *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985, réimp. 2000 not. chap VII. V. aussi, L. Prieto Sanchis, « Costituzionalismo e positivismo », *art. cit.*

¹⁰ On opposera alors le modèle descriptif de constitution comme norme et le modèle axiologique de constitution comme norme, v. P. Comanducci, *Assagi di metaetica due*, Turin, Giappichelli, 1998, chap. 8.

nécessaire et non plus seulement contingent dans l'identification des normes juridiques valides, la détermination de leur contenu et de leur signification. Les partisans de cette thèse se défendent de tout jusnaturalisme en expliquant que cette nouvelle alliance entre le droit et la morale est consacrée par le droit positif voire qu'elle est consubstantielle au raisonnement juridique qui n'est qu'une espèce de la classe du raisonnement moral. Connaître le droit suppose que l'on tienne compte des liens qu'entretiennent le droit et la morale. Ce lien peut prendre, selon les auteurs, différentes formes. Il peut s'agir : d'une connexion justificative, interprétative et conceptuelle.

1.2.1. Les trois types de connexions entre droit et morale

La connexion justificative

Selon cette thèse, le droit ne fournit jamais de raisons suffisantes pour l'action. Ces raisons, il faut aller les chercher du côté de la morale. De deux choses l'une en effet, ou bien le droit est un ensemble de faits et alors, de ces faits, on ne peut déduire aucune norme d'action ; ou bien le droit est un ensemble de jugements de valeur, mais alors la question se pose de savoir sur quoi ils sont eux-mêmes fondés. Cette alternative suffit à Nino pour prouver que, dès lors que l'on s'interroge sur nos raisons d'agir, on se rend compte que le droit ne peut fournir de telles raisons. Seule la morale le peut. Cette thèse conduit à reconnaître que le raisonnement juridique n'est pas « autonome » par rapport au raisonnement moral mais qu'il n'en est qu'une espèce¹¹.

La connexion interprétative

Cette connexion se fonde sur la nature du langage juridique et le rejet du formalisme. Selon cette thèse, toute activité d'interprétation du droit présuppose une question morale. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'adopter un critère général pour attribuer une signification aux matériaux juridiques, il faut choisir parmi plusieurs critères possibles et l'on ne peut le faire sans recourir à des jugements de valeur sur l'importance qu'il faut reconnaître à la Constitution par rapport à la loi, à la loi par rapport à la jurisprudence. De même, la résolution des ambiguïtés linguistiques des énoncés suppose des choix entre diverses interprétations possibles ; enfin, dans la phase logique de dérivation des normes, le choix de la règle d'inférence repose sur des jugements de valeur. En outre, cette dernière phase révélera de nouvelles ambiguïtés, donc de nouveaux jugements de valeur. En définitive, ce sont toujours des jugements moraux qui sont au fondement des normes juridiques. D'où l'idée que le juge ne dispose d'aucun pouvoir discrétionnaire ou bien d'un pouvoir discrétionnaire au sens très retreint du

¹¹ C. S. Nino, *Ibid.* chap. IV et, du même, « Breve nota sulla struttura del ragionamento giuridico », *Ragion Pratica*, 1, 1993 (32-37) [initialement paru dans *Rechtstheorie*]

terme¹² et qui, dans tous les cas, ne conduit jamais à l'arbitraire puisque le raisonnement juridique n'est qu'une forme de raisonnement pratique.

La connexion conceptuelle

Selon la thèse positiviste, le droit peut parfaitement être décrit sans recourir à des jugements de valeur : par « droit », la théorie positiviste entend serait alors un ensemble de pratiques et de faits sociaux. Or, fait-on remarquer, ceux qui mettent en avant une telle conception du droit et de sa connaissance s'appuient sur un concept purement descriptif de droit.

Pour autant, ce concept n'est pas le seul concept possible, ni le seul « vrai » concept de droit. À moins de s'enfermer dans une position essentialiste, il semble tout à fait envisageable d'admettre un autre concept de droit, normatif celui-là. Dans ces conditions, décrire le droit suppose que l'on tienne compte de certaines valeurs ou principes de justice.

C'est sur le fondement de cette dernière proposition qu'est développée l'idée selon laquelle la connaissance du droit doit privilégier le point de vue interne sur l'externe.

1.2.2. Le primat du point de vue interne sur le point de vue externe

Chez Herbert Hart, le point de vue interne est celui que partagent ou adoptent tous ceux qui identifient une règle comme juridiquement valide car alors ils « appliquent à une règle particulière du système juridique une règle de reconnaissance admise quoique non formulée ». Lorsqu'un juge dit, par exemple, que telle règle donnée est valide, il reconnaît « qu'elle satisfait à tous les critères fournis par la règle de reconnaissance »¹³. Celui qui accepte les règles comme un modèle général de comportement adopte un point de vue interne qui révèle une « attitude de réflexion critique à l'égard d'un certain type de comportement, considéré comme un modèle commun »¹⁴. Le point de vue externe, en revanche, consiste en une description de ces règles, une description de cette acceptation sans que l'on manifeste une quelconque adhésion à ces règles.

Cette distinction permettait à Hart de s'opposer aux thèses des réalistes scandinaves, dont Alf Ross, pour qui le droit pouvait n'être décrit que d'un point de vue externe. Alf Ross lui-même allait jusqu'à considérer le point de vue interne comme un fait psychologique. Or, Hart objecte qu'il s'agit moins d'un fait psychologique que linguistique : on peut obéir au droit sans éprouver le sentiment de l'obéissance mais on ne peut pas accomplir aucun acte juridique sans

¹² cf. R. Dworkin, « Judicial Discretion », *Journal of Philosophy*, vol. 60, 1963 (624-638).

¹³ H.L.A. Hart, *Le concept de droit* (1961), trad. M. van de Kerchove, Bruxelles, PFUSL, 1976, p. 130.

¹⁴ *Ibid.*, p. 78.

s'exprimer à l'aide d'un langage prescriptif¹⁵. Ainsi, pour Hart, le jugement interne selon lequel « La règle X est obligatoire et doit être respectée (pour cette raison) » manifeste la reconnaissance du caractère obligatoire de telle règle et apparaît *comme une raison suffisante susceptible de justifier la sanction* en cas de violation de cette règle¹⁶.

Carlos Nino, de son côté, reprend partiellement cette idée mais en en contestant la conclusion : si le point de vue interne est essentiel, il ne permet jamais de conclure que le droit est une raison suffisante pour justifier une action.

Cela tient, explique-t-il, à la structure propositionnelle des raisons justificatives qui doivent elles-mêmes être distinguées des raisons explicatives. Ces dernières ne sont que des faits (des désirs et des craintes) qui « expliquent » une action parce qu'il constituent les motifs de l'action. Mais ces mêmes faits ne sauraient justifier une action. Seul le contenu propositionnel de ces faits, à savoir le jugement de valeur que l'on porte sur eux et qui sert de prémisse au raisonnement pratique est susceptible de justifier un action. Ainsi, les raisons justificatives sont les causes de l'action, non pas en elles-mêmes, mais parce que l'on adhère à ces raisons. Autrement dit, ce qui fait agir l'agent, ce n'est pas le fait d'avoir des désirs mais les jugements qu'il porte sur ses propres désirs. D'où l'idée que l'on ne peut décrire une norme valide sans exprimer en même temps un jugement de valeur : si pour être valide, une norme doit constituer une raison d'agir, alors dire d'une norme qu'elle est valide c'est dire qu'elle constitue une raison d'agir et cela revient à prescrire qu'on lui obéisse¹⁷. Dans ces conditions, la supériorité du point de vue interne dans la pratique humaine sur celui externe découle de l'évidence : si les sujets n'adoptaient pas ce point de vue interne, on ne pourrait pas même décrire les pratiques humaines et la description du point de vue externe ne peut se

¹⁵ H.L.A. Hart, « Scandinavian Realism » (1959), repris ds H.L.A. Hart, *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford, Clarendon, 1983 (161-169). V. aussi, *Le concept de droit*, p. 114 : « ce que le point de vue externe, qui se réduit à des régularités observables de comportement, ne peut reproduire c'est la façon dont les règles fonctionnent dans la vie de ceux qui les utilisent, au fil des situations, comme des modèles pour la direction de la vie en société, comme le fondement de prétentions, de réclamations, de reconnaissances, de critiques ou de peines, en un mot, dans toutes les transactions courantes d'une vie régie par les règles. Pour eux, la violation d'une règle ne constitue pas seulement une base qui leur permet de prédire qu'une réaction hostile va s'ensuivre, mais une raison de cette hostilité ».

¹⁶ « Scandinavian Realism », *art. cit.* p. 166.

¹⁷ On retrouve cette idée not ds C. S. Nino, *El constructivismo etico*, Madrid, CEC, 1989, p. 23 s. (chap. 1, « El aspecto interno de la praxis humana ») ; *La validez del derecho*, *op. cit.*, p. 126 s. (v. aussi « Legal Norms and Reasons for Action », *Rechtstheorie*, 1984, n°4) et enfin, ici, C. S. Nino, *Derecho, moral y politica*, Barcelona, Ariel, 1994, chap. 2 (épuisé, ce livre est disponible en italien sous le titre *Diritto come morale applicata*, trad. ital. M. La Torre, Milano, Giuffrè, 1999). Sur cette distinction, v. C. Redondo, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid, CEC, 1996, not. p. 145 s. Toute la discussion découle de la notion de « exclusionary reasons » introduite par Joseph Raz, v. J. Raz, *Practical Reason and Norms*, Princeton, Princeton U.P., 1990, 2nd ed., p. 35 s.

développer que si l'on prend en compte le point de vue interne. Bref, ce que permet de comprendre le droit c'est l'empire de la morale, l'empire du raisonnement pratique délibératif par lequel les individus justifient leurs actions¹⁸.

II. Analyse critique

Séduisante, la théorie néoconstitutionnaliste n'est, à l'analyse, guère recevable. Comme théorie du droit, elle persévère dans l'illusion d'un fondement absolu du droit. Comme théorie de la connaissance du droit, elle reformule un mythe tenace, celui de la normativité comme essence et qui dès lors ne saurait faire l'objet d'une connaissance empirique.

II.1. Critique de la raison pratique : « l'illusion du fondement absolu »¹⁹

Le rationalisme éthique du XVIII^e siècle se caractérisait par la double idée qu'il était possible de trouver des fondements objectifs à la morale et au droit, et que la raison était suffisamment puissante pour identifier des fondements absolus susceptibles de constituer une justification ultime à l'autorité. Cette idée s'accompagnait d'une autre selon laquelle il suffisait d'avoir identifié ces fondements pour qu'ils opèrent effectivement comme des justifications ultimes de l'autorité²⁰.

Or, sous une autre forme, la théorie du droit défendue par le néoconstitutionnalisme reprend cette même antienne d'un fondement absolu du droit et donc du pouvoir. En outre, cette idée s'appuie sur une critique peu pertinente du positivisme.

II.1.1. La critique du positivisme

Il existe, comme on le sait grâce à Norberto Bobbio, au moins trois sens du mot « positivisme » (et la distinction de Bobbio épuise largement les termes du débat) : le positivisme idéologique, selon lequel le droit est juste et est juste ce qu'est le droit – il faut donc obéir à la loi et seulement à elle ; le positivisme théorique ou étatiste, selon lequel le droit est un ensemble de règles posées par une volonté humaine et non données par la nature ou la morale, qui sont valides indépendamment de leur lien avec la morale et qui forment un ensemble clos ; le

¹⁸ « Paradoxalement, ce sont ceux qui nient qu'il y ait une quelconque relation entre droit et morale – craignant les conséquences d'une reconnaissance du caractère politique du droit – qui finissent par concevoir le droit comme le règne de l'arbitraire », C.S. Nino, « Diritto, morale e politica », in P. Comanducci e R. Guastini, *Analisi e Diritto*, 1993, Turin, Giappichelli (105-131), p. 131.

¹⁹ Ce titre est emprunté à Norberto Bobbio, « L'illusion du fondement absolu », in *Le fondement des droits de l'homme*, Firenze, La Nuova Italia, 1966, p. 3-9, réimp., *Riv. Int. Filo. Dir.*, 1965, p. 302-309, réimp. « Sul fondamento dei diritti dell'uomo », in N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Turin, Einaudi, p. 5-16. [Cette note ne figure pas dans la version publiée pour des raisons indépendantes de ma volonté mais je tiens à souligner ma dette à l'égard de Bobbio.]

²⁰ Bobbio, *ib.*.

positivisme épistémologique ou méthodologique, selon lequel la connaissance du droit consiste en une description du droit en vigueur, c'est-à-dire des normes effectivement posées et telles qu'elles sont appliquées par les interprètes du droit²¹. En tant que telles, ces descriptions sont susceptibles d'être vraies ou fausses : elles portent sur des faits et sont donc vérifiables.

Par ailleurs, ce qui semble commun à ces trois formes de positivisme est l'idée d'autonomie du droit par rapport à la morale. Bien évidemment, cette thèse peut elle-même s'entendre en deux sens différents : elle peut d'abord signifier que le droit ne doit rien à la morale, qu'il est un ensemble normatif autonome par rapport à elle ; elle peut aussi signifier que le droit ne doit pas comporter de référence morale. On pourrait ajouter un troisième sens : que le droit est en soi la seule morale . Comme on l'aura compris, les deux dernières thèses sont normatives et peuvent être laissées de côté en ce qu'elles reposent sur l'idée que le droit est juste en lui-même, ce qui consiste à substituer l'idéologie de la légalité à celle de la justice. C'est d'ailleurs à cela que conduit la première forme de positivisme, qui est un légalisme et, en tant que tel, une morale du droit ou de la légalité et doit donc fort peu aux deux autres formes de positivisme²². La première thèse – que le droit ne doit rien à la morale –, a quant à elle été surtout défendue par les tenants du positivisme théorique ou étatiste qui y voyaient un formidable moyen de garantir l'État contre toute immixtion extérieure. Mais elle est aussi fortement défendue par le positivisme épistémologique qui refuse d'admettre l'idée, présumée par la justification morale du droit, d'une morale absolue.

À cet égard, l'une des conquêtes du positivisme est justement d'avoir montré que les normes sont des faits. Comment faut-il entendre ce qui apparaît de prime abord comme une contradiction ? Et quels faits ? Dire que les normes sont des faits signifie, d'abord et avant tout, qu'elles relèvent du monde des faits et non d'un monde spécifique qui serait le monde du devoir-être, du *Sollen*, lequel existerait en soi à côté du monde du *Sein*²³. Cela signifie ensuite que les normes sont des énoncés linguistiques auxquels la propriété déontique est conférée par l'utilisation qui en est faite de la part de certains interprètes. Ce qui en définitive distingue une norme d'un autre énoncé linguistique n'est pas tant sa structure grammaticale ou syntaxique que sa force pragmatique²⁴. Un même énoncé peut à la fois prendre la

²¹ N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milan, Comunità, 1972, p. 110.

²² Légalisme connu sous la formule *Gesetz ist Gesetz*. Sur ce point, v. A. Ross, « Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law », *Revista jurídica de Buenos-Aires*, IV, 1961 (46-93), trad. française par E. Millard et E. Matzner, in A. Ross, *Introduction à l'empirisme juridique*, Paris, LGDJ, 2004, p. 149-166.

²³ V. K. Olivecrona, *Law as Fact*, 2^e éd., Londres, Stevens & Sons, 1971 ; Ross A., *On Law and Justice* (1953), trad. angl. M. Dutton, Londres, Stevens & Sons, 1958.

²⁴ Ce que l'on appelle la conception expressive de normes et qui s'oppose à celle dénommée « hylétique » selon laquelle le caractère normatif d'un énoncé dépend de sa signification propre, en sorte que les normes sont des entités idéales appartenant à un monde spécifique, le monde du devoir-être. Sur cette distinction, v. C. E. Alchourrón et E. Bulygin, « The Expressive Conception

signification de norme ou celle de description : cela dépend de l'usage qui est fait de l'énoncé par celui qui l'emploie. Dans ces conditions, le dualisme de l'être et du devoir-être cesse d'être compris comme une thèse ontologique mais comme une simple distinction des niveaux de langage²⁵. La meilleure illustration de cette thèse est la phrase de Kelsen reprise de Dubislav : *pas d'impératif sans un Imperator*²⁶.

En quoi sont-ce là deux victoires et contre qui ? Contre le droit naturel, certainement. Des victoires, parce que ces thèses ont permis que le droit puisse être considéré comme objet de connaissance et non plus comme parole d'autorité. Si les normes sont des faits et si le droit peut exister sans avoir à se conformer à la morale, il s'en suit qu'une connaissance scientifique – c'est-à-dire dépourvue de tout jugement de valeur – du droit devient possible. En renonçant à cette idée, et si l'on nous permet la formule, l'argumentation néoconstitutionnaliste jette le bébé positiviste avec l'eau du bain idéologique. En effet, si tous les positivistes définissent le droit comme un ordre de contrainte distinct de la morale, tous n'exigent pas que la morale en soit exclue : ce qui est contesté, c'est l'idée que le droit devrait correspondre à la morale pour être du droit. Or, cette correspondance fait partie des exigences du seul néoconstitutionnalisme, non du positivisme.

Certains seraient tentés de répondre que la morale dont il est question est uniquement la morale positive, celle que l'on peut dégager de l'observation des comportements sociaux. Dans ces conditions, il ne s'agit plus d'un fondement absolu mais bien relatif, relatif à une époque, un temps donné. Mais alors, à quoi sert-il de recourir à la morale positive pour fonder le droit si ce fondement est contingent ? Ne peut-on pas se contenter de reconnaître, comme le positivisme l'a toujours fait, qu'il arrive bien souvent que le droit et la morale se rejoignent mais que ce fait, car c'est un fait, peut être décrit sans qu'il y ait besoin d'en inférer que le droit n'est droit qu'à la condition de posséder un minimum de justice morale positive ?

II.1.2. *Le droit et les raisons d'agir*

Enfin, s'interroger sur les raisons d'agir que le droit fournit pour conclure après examen que, n'en fournissant aucune, il faut aller les chercher dans la morale est argument spécieux. Encore une fois, la question n'est pas tant de savoir si le droit

of Norms », in R. Hilpinen (dir.), *New Essays in Deontic Logic*, Dordrecht-Boston-Londres, Reidel, 1984, p. 95-124, trad. esp. E. Bulygin, « La concepción expresiva de las normas », in C. E. Alchourrón et E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 121-153 ; E. Bulygin, « Kelsen and Weinberger on the Ontology of Norms », *Law and Philosophy*, 4, 1985, p. 145-163 [ces deux textes sont disponibles en espagnol in C. E. Alchourrón et E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, resp. p. 121 s. et p. 249 s.].

²⁵ v. U. Scarpelli, *L'Etica senza verità*, il Mulino, 1982.

²⁶ H. Kelsen, *Théorie générale des normes* (1979), trad. fçse O. Beaud et F. Malkani, PUF, 1996, p. 275 s.

fournit ce genre de raisons que de distinguer entre les raisons ultimes et les raisons non ultimes²⁷. Ce sont donc deux types de questions qu'il faut distinguer et qui correspondent à deux niveaux de discours, l'une étant : « quelles sont les normes juridiques considérées comme valides dans telle société ou tel système juridique » ; l'autre : « pourquoi les individus obéissent-ils à ces normes » ? La première question peut trouver une réponse dans une connaissance du droit positif. La seconde en revanche est une question à laquelle la science juridique ne peut répondre, positiviste ou non, ce n'est pas son objet.

Plus généralement, ce que le courant néoconstitutionnaliste ne voit pas – ou ne veut pas voir –, c'est que le droit produit lui-même ses propres justifications. Certaines sont bien connues en droit constitutionnel. On pense à la « théorie » de la souveraineté ou à la « théorie » de la représentation par exemple²⁸. Mais on pourrait raisonner de la même façon sur la « dignité de la personne humaine ». Autoriser l'interdiction d'un spectacle en se fondant sur la protection de la dignité revient très certainement à introduire une notion morale²⁹. Cela permet de constater que le juge fait aussi appel à la morale. Fort bien. Pour autant, l'interdiction prononcée par le juge sera valide non en vertu de sa conformité à la morale mais en vertu de sa conformité à une autre norme juridique. Autrement dit, que le juge puisse justifier ses normes en utilisant une disposition juridiquement identifiée comme telle ou par un principe tiré de la morale ou dont la « juridicité » est douteuse importe peu. Le choix de la prémisse est toujours un choix qui laisse place à la discrétion du juge. Cela ne rend pas le jugement plus moral que juridique ni juridiquement valide parce que moralement acceptable. À cet égard, une analogie pourrait éclairer la question. Les théoriciens du droit ont longtemps discuté et discutent encore de savoir si la logique est applicable au droit. Or, quelle que soit la réponse que l'on apporte à cette question, on ne parviendra jamais à montrer qu'une norme est valide parce qu'elle est conforme à la logique (quelle que soit également le sens que l'on donne à cette « conformité logique »)³⁰. Or, qu'une norme soit ou non conforme à la morale ne la rendra pas plus valide. Aussi morale soit la condamnation à la prison à perpétuité que pourrait prononcer un professeur de droit contre un Hitler, elle ne sera pas juridiquement valide pour

²⁷ S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 69.

²⁸ V. par ex. H. M. Magid, *English Political Pluralism*, New York, Columbia U.P., 1941, p. 66-67 : « The desire for an adequate theory of sovereignty was a result of the need for some theoretical grounds to justify unity. Thus the theories of sovereignty were theories of unity. The elaboration of the basis of sovereignty were indications of the existence of or the need for unity. They were justifications of the State » ; M. Troper, *La théorie de l'État, le Droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, chap. XVIII et XIX ; P. Brunet, *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation et la théorie de l'État*, Paris, LGDJ, 2004.

²⁹ On pense évidemment à la décision CE, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*.

³⁰ P. Comanducci, *Assagi di metaetica*, Turin, Giappichelli, 1992, p. 70 s. et M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, chap. III.

la seule raison qu'elle n'aura pas été posée par une autorité compétente. Pour en terminer avec la dignité, plutôt que de s'extasier devant la grande sagesse que traduit un jugement qui y fait référence, mieux vaut se demander ce qui a rendu cette notion nécessaire à ce moment plutôt qu'à un autre³¹.

II.2. Le « point de vue interne » et le mythe de la normativité

La thèse du « point de vue interne » est tout aussi intéressante car elle repose sur un présupposé qui est un mythe tenace dont il est difficile de se débarrasser.

Les défenseurs de la thèse néoconstitutionnaliste estiment que seul celui qui accepte les normes juridiques comme des guides d'action peut parvenir à les décrire. Cette position repose sur l'idée que les normes ne sont pas des faits mais des entités spécifiques investies de cette nature étrange sinon magique que serait la « normativité ». Dès lors, connaître ces entités spécifiques ne consiste pas seulement en la description de faits (ce qu'a dit le législateur ou le juge) mais de devoirs et de pouvoirs ou facultés qui sont contenus dans les dispositions juridiques. Or, comment peut-on connaître ces devoirs, sinon en se reportant aux prescriptions du législateur et du juge ?

Comme l'a si bien expliqué Riccardo Guastini, une telle conception traduit un double cognitivisme : éthique d'abord, puisque l'on suppose que les devoirs sont objet de connaissance ; interprétatif ensuite, puisque l'on suppose que les énoncés linguistiques dans lesquelles sont formulées les prescriptions du législateur sont dépourvus d'équivocité ou encore que les principes consacrés par la Constitution sont susceptibles d'avoir un sens exact³².

À ce double cognitivisme, on peut répondre en opposant une position à la fois sceptique quant à l'interprétation et réaliste quant à la connaissance. En matière d'interprétation, on doit reconnaître que tous les énoncés linguistiques sont non pas seulement vagues mais surtout ambigus : le problème qu'ils posent n'est pas tant celui de la texture ouverte que celui de savoir quelles normes sont contenues dans l'énoncé. Or, la thèse des cas difficiles qui présuppose que ces derniers sont rares est erronée : ces cas difficiles sont quotidiens. Quant à la connaissance du droit et des normes, celle-ci peut être une connaissance empirique comme les autres et donc purement factuelle : connaître le droit c'est « connaître ce qu'ont dit les législateurs, relever de quelle façon les formulations normatives des législateurs ont été établies, et prévoir de quelle manière elles seront interprétées

³¹ Malheureusement, compte-tenu des contraintes éditoriales dont nous sommes déjà en train de nous affranchir, nous laisserons là cette piste de recherche. On pourrait en suggérer d'autres : le droit est, par exemple, tout aussi autonome par rapport à l'économie qu'il l'est eu égard à la morale et à la logique. Quoi qu'en disent d'excellents spécialistes, ce seront toujours les juges et non les économistes qui auront le pouvoir d'apprécier le caractère concurrentiel d'un marché ou l'abus de position dominante de telle entreprise et ce, même s'ils utilisent pour y parvenir telle ou telle théorie économique.

³² R. Guastini, « Due esercizi di non-cognitivismo », *Analisi e Diritto*, 1999 (277-280).

par les juristes, prévoir quelles décisions prendront les juges et les fonctionnaires. Et rien de plus »³³. Quant à connaître des devoirs, c'est une contradiction dans les termes car la connaissance ne porte que sur des faits. Or les devoirs ne sont pas des faits : ils ne peuvent être connus mais seulement acceptés ; on ne peut connaître que ce qu'ont dit ceux qui prescrivent les devoirs mais non les devoirs en eux-mêmes.

On pourrait répliquer que cette objection est excessive car, au fond, le point de vue interne ne consiste qu'en la reconnaissance toute simple de ce qu'on ne peut comprendre le droit que si l'on a préalablement admis une spécificité des concepts juridiques. Quand bien même, il conviendrait de relever – le cas échéant – que le point de vue prétendument interne n'est plus très éloigné de celui d'un observateur externe : analyser les concepts juridiques afin de rendre compte des normes que produisent les interprètes juridiques, c'est décrire un ensemble de faits auxquels on ne prend pas part.

En définitive, le positivisme épistémologique permet de comprendre que le raisonnement juridique n'est pas un raisonnement pratique, que les normes ne sont pas déduites les unes des autres mais produites les unes par les autres et que l'on peut les décrire sans pour autant les accepter³⁴. S'il suffisait que les normes soient déduites les unes des autres pour qu'elles existent juridiquement, cela entraînerait deux conséquences. D'une part, il faudrait connaître la première norme desquelles les autres découlent ; d'autre part, on pourrait se passer du législateur, du juge, et de tous les organes juridiques car la seule connaissance de la première norme suffirait à connaître les autres. Ce n'est évidemment pas en ce sens que l'on dit, lorsqu'on le dit, que les normes sont déduites les unes des autres. Ceux qui défendent cette thèse expliquent qu'une norme posée par un juge l'est toujours au terme d'un raisonnement pratique déductif : subsomption dans le cas des règles, balancement dans le cas des principes. D'où une double conclusion : d'une part, ils admettent qu'il n'existe pas de première norme de laquelle découleraient toutes les autres ; d'autre part, ils ont formidablement besoin des juges lesquels, aidés par la doctrine juridique, sont seuls à même de résoudre les cas difficiles soit en révélant les principes implicites de l'ordre juridique soit en déterminant le sens des principes explicites. Quant à la doctrine, elle se voit assigner la même tâche sans pourtant se voir reconnaître la même autorité.

Si chacun a le droit d'approuver cette conception du droit, chacun a tout autant le droit de la désapprouver voire de résister devant son opprimante diffusion ou pénétration des esprits. Car elle souffre d'un vice dirimant : celui de confondre la

³³ *Ibid.*

³⁴ Cf. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, 1994, 2nd ed., Postscript, p. 244 : « Description may still be description even when what is described is an evaluation » ; v. R. Guastini, « Conoscenza senza accettazione », in *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milan, Giuffrè, 1997 (407-433).

connaissance des faits et la prescription des valeurs. Lorsqu'il s'agit de décrire – et donc de connaître – les valeurs qui servent de fondement à un système juridique, on voit mal en quoi un juriste est mieux à même de le faire qu'un sociologue, un anthropologue ou un historien. En revanche, lorsqu'on prétend prescrire les valeurs qu'un système juridique se doit de respecter, on voit mal en quoi la moindre connaissance en sciences sociales peut aider à quoi que ce soit. À moins d'aller jusqu'à dire qu'un système juridique qui ne serait pas fondé sur certaines valeurs ne serait pas un « vrai » système juridique. Seul argument – mais d'autorité – susceptible de justifier une plus grande aptitude du juriste, c'est précisément avec lui que commence l'oppression à laquelle il faut résister.

Pierre BRUNET

*Professeur à l'Université de Paris X-Nanterre
Centre Théorie et Analyse du Droit/UMR 7074*