



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-00009756v3

HAL Id: halshs-00009756

<https://shs.hal.science/halshs-00009756v3>

Submitted on 4 Jan 2011 (v3), 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.

REMARQUES CRITIQUES SUR LE CONSTITUTIONNALISME CONTEMPORAIN

Pierre Brunet

in Droit et Economie. Interférences et interactions, Mélanges en l'honneur de Michel Bazex, Lexis-Nexis, 2009, p. 51-64.

Les argumentations politiques en faveur d'une limitation du pouvoir souverain 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 »¹).

Très critique envers le positivisme, ce courant théorique entend renouveler profondément la compréhension du phénomène juridique. Or, face à toute prétention de ce genre, la question est de savoir si le renouvellement aboutit.

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 emporté 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 décisions²).

Le néo-constitutionnalisme est donc à la fois une théorie des sources du droit et une théorie de la connaissance du droit³).

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.

1. La constitution comme norme axiologique

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 d'inspiration légicentriste et reconnaît une suprématie absolue à la Constitution.

¹) Les chefs de file en sont Robert Alexy, Ronald Dworkin, Luigi Ferrajoli, Jürgen Habermas, Carlos S. Nino, Gustavo Zagrebelsky.

²) 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, p. 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.

³) Selon cette classification, le *soft-positivism* serait plutôt une théorie de la connaissance du droit.

On pourrait spontanément penser qu'il n'y a rien là de très original ou pire que le, propos est assez confus : après tout, le plus ardent défenseur du positivisme, Hans Kelsen lui-même, avait déjà placé la loi sous la constitution en proposant de représenter le système juridique sous la forme d'une pyramide de normes. Comment expliquer un tel désaccord entre les positivistes ?

Il faut donc ici distinguer entre deux modèles de constitution conçue comme norme : l'un est descriptif, l'autre axiologique⁽⁴⁾.

Le modèle descriptif de constitution comme norme serait, idéalement parlant, le modèle proposé par Hans Kelsen. Le terme « constitution » désigne chez lui les règles organisant la création des normes juridiques générales et notamment de la législation : « à travers les multiples transformations qu'elle a subies, la notion de constitution a conservé un noyau permanent : l'idée de principe suprême déterminant l'ordre étatique tout entier et l'essence de la communauté constituée par cet ordre. De quelque façon qu'on définisse la Constitution, toujours c'est le fondement de l'État (...), c'est la norme qui règle l'élaboration des lois, des normes générales en exécution desquelles s'exerce l'activité des organes étatiques (...) »⁽⁵⁾. Ces règles ou « lois constitutionnelles » forment ce que l'on appelle la « constitution matérielle ». Cette dernière peut être le résultat d'une coutume ou d'une loi formelle écrite que l'on appelle constitution écrite ou encore « constitution formelle » : l'expression désigne alors un document qualifié de constitution, c'est-à-dire une forme susceptible de recevoir n'importe quel contenu et dont la fonction est de « stabiliser les normes que l'on a appelées la Constitution matérielle et qui sont la base positive de l'ensemble de l'ordre juridique étatique ».

Ce concept de constitution est axiologiquement neutre : la constitution n'y est absolument pas vue comme une norme porteuse de valeurs spécifiques et les expressions telles que « fondement de l'État », « principe suprême déterminant l'ordre juridique tout entier » ne sont revêtues chez Kelsen d'aucune dimension romantique ni n'expriment une quelconque métaphysique. En d'autres termes, la constitution dont parle Hans Kelsen est une norme supérieure aux autres normes non pas pour ce qu'elle contient, mais parce qu'elle sert de fondement de validité purement juridique à d'autres normes, c'est-à-dire qu'elle organise la production de ces autres normes. Et si elle est dite fonder un ordre juridique, elle n'en détermine pas le contenu ni la forme politique qui peut être démocratique ou autocratique, pour reprendre les catégories politiques auxquelles Kelsen était attaché.

Selon l'autre modèle de constitution comme norme, la constitution ne se réduit pas à un agencement de compétences ; elle est là aussi supérieure aux autres normes mais elle tire cette supériorité de ce qu'elle contient un ensemble de principes légitimes qui sont la condition des « droits fondamentaux » des individus et dont nombre de constitutions modernes dressent un catalogue⁽⁶⁾. Bref, la constitution a une valeur en soi⁽⁷⁾.

⁽⁴⁾ Cette distinction fort éclairante est empruntée à P. Comanducci, *Assaggi di metaetica due*, Turin, Giappichelli, 1998, chap. 8.

⁽⁵⁾ H. Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, Paris, Giard, 1928, §2. « La notion de constitution ». Souligné par nous.

⁽⁶⁾ Catalogue dont la conception de la constitution « à la Kelsen » rend compte de façon purement descriptive comme d'une tentative pour prévenir l'adoption de lois dotées d'un contenu déterminé dont le succès dépend de nombreux facteurs extérieurs au texte lui-même ou du moins ne se réduisent pas à sa seule présence dans le texte de la constitution.

⁽⁷⁾ M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologne, Il Mulino, 1994, p. 14.

Cette suprématie de la Constitution est donc 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.

2. Constitution et juge constitutionnel

Dès lors qu'on pense la constitution comme norme, il peut sembler très logique, du moins cohérent, de songer à l'existence d'un juge constitutionnel afin d'appliquer cette norme. Mais la justification de cet organe sera très différente selon le modèle de constitution auquel on adhère.

Ainsi, chez Kelsen, la juridiction constitutionnelle est conçue de façon négative. Ce n'est pas le lieu ici d'exposer dans ses détails la conception que Kelsen se faisait du juge constitutionnel. Retenons toutefois que, puisque la constitution n'est elle-même perçue que comme une norme de compétences (ou distribuant des compétences), et puisqu'elle ne détermine pas le contenu des normes législatives mais seulement leur mode de production, la juridiction constitutionnelle n'a d'autre fonction de contrôler l'exercice de leurs propres compétences par les organes constituant et législatif et la fonction d'une juridiction constitutionnelle consiste précisément en l'application de cette répartition des compétences.

À cet égard, Kelsen rejette la distinction largement partagée entre l'inconstitutionnalité formelle et celle matérielle. Lorsque la constitution proclame l'égalité entre les citoyens, elle se transforme certes en une règle de fond. Et la loi qui entrerait en contradiction avec la constitution pourrait être jugée matériellement inconstitutionnelle. Mais cette inconstitutionnalité matérielle disparaîtrait aussitôt si la même disposition était adoptée par l'organe constituant. Autrement dit, la constitution ne contenant aucune norme absolue, la juridiction chargée de l'appliquer n'est elle-même pas habilitée à extraire, de certaines proclamations de valeur, des normes de fond qui auraient vocation à déterminer le contenu de la législation.

Au contraire, dans le modèle axiologique de constitution comme norme, l'intervention d'une juridiction constitutionnelle est perçue comme nécessaire afin de préserver – au sens fort du terme – l'ordre juridique contre des lois incompatibles avec la Constitution. Elle est même inhérente à l'ordre juridique tel qu'on le perçoit en tant que ce dernier est intimement lié à la démocratie de sorte que la présence d'un juge constitutionnel est perçue comme contribuant à améliorer la démocratie ⁽⁸⁾.

3. Les règles et les principes

S'opposant à une conception d'un ordre juridique conçu comme ensemble de règles, et que le positivisme aurait contribué à forger, le constitutionnalisme contemporain insiste sur la permanence des principes de justice qui traversent ou imprègnent l'ordre juridique et sont donc situés au niveau constitutionnel, quand bien même ils ne seraient pas explicitement inscrits dans la constitution ⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ Cf. V. Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEC, 1997, p. 139 et p. 180. Clairement prescriptive, la démonstration constitue sans doute l'une des plus approfondies sur la question du contrôle de constitutionnalité en démocratie.

⁽⁹⁾ 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, p. 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*

Les critères de la distinction entre principes et règles sont loin de faire l'unanimité ⁽¹⁰⁾. Certains les voient dans le degré de généralité ⁽¹¹⁾ ; d'autres dans le degré de relations eu égard aux faits juridiques ⁽¹²⁾, d'autres enfin dans leur rapport à la réalité ⁽¹³⁾. Mais tous s'accordent pour affirmer la pertinence de cette distinction qui a des conséquences sur le mode de raisonnement des juges.

En effet, si l'application des règles consiste, selon une conception formaliste ancienne et imputée au positivisme, en la subsomption d'un fait sous une règle qui s'imposerait au juge, le néoconstitutionnalisme soutient que les principes obéissent à une autre forme de raisonnement. Ne se rapportant pas à une classe de faits, leur application ne consiste plus en une subsomption.

En réalité, on ne peut jamais appliquer un principe sans le confronter à un autre : ils ont donc vocation à entrer en conflit et le juge devra opérer une pondération entre eux – un balancement – en fonction de leur poids intrinsèque. Ainsi, le néoconstitutionnalisme oppose, tant au formalisme du positivisme légicentriste qu'à l'anti-formalisme du réalisme 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.

Le juge disposera certes d'un pouvoir discrétionnaire parce que les principes qu'il doit appliquer ne peuvent l'être de façon mécanique et exigent qu'il exerce son jugement prudentiel. Mais étant lié par ces principes, il ne saurait être considéré comme investi d'un pouvoir discrétionnaire au sens fort du terme ⁽¹⁴⁾.

Une telle conception n'est que la formalisation de ce qu'il est aujourd'hui convenu d'appeler « l'État de droit » ou « l'État constitutionnel » ⁽¹⁵⁾. En effet, dès lors que la constitution est définie comme un ensemble de principes placés au sommet de l'ordre juridique, elle se voit assigner un contenu déterminé réputé se diffuser dans l'ordre juridique tout entier. Toutes les lois sont conçues comme sa mise en œuvre et toutes les autorités productrices de normes sont supposées lui obéir : elle est une limite à la fois formelle et matérielle à l'action des gouvernants. Enfin, parce que les principes qu'elle contient garantissent la démocratie, on ne saurait parler de démocratie sans constitution ni de constitution sans démocratie ⁽¹⁶⁾. Bref, la constitution ne sert ainsi plus à clôturer le système juridique sur lui-même (comme le prétendait Kelsen), elle établit un lien entre le droit et la morale : elle ouvre ce même système

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.

⁽¹⁰⁾ Pour un inventaire critique des critères, v. R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Turin, Giappichelli, 1990, p. 143 s.

⁽¹¹⁾ R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Munich, Alber-Reihe, 1992

⁽¹²⁾ M. Atienza e J. Ruiz Manero, « Tre approcci ai principe di diritto », in P. Comanducci e R. Guastini, *Analisi e Diritto*, 1993, Turin Giappichelli, p. 9-29.

⁽¹³⁾ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Turin, Einaudi, 1992, p. 160 s.

⁽¹⁴⁾ Cette idée est au fondement de toute la démarche de Dworkin, v. « Judicial Discretion », *Journal of Philosophy*, vol. 60, 1963 (624-638) qui distinguait trois sens de « pouvoir discrétionnaire ». V. aussi, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., chap. II.

⁽¹⁵⁾ P. Häberle, *L'État constitutionnel*, trad. fçse M. Roffi, révisée et éd. par Constance Grewe, Aix-en-Provence, PUAM ; Paris, Economica, 2004.

⁽¹⁶⁾ Voir par ex., D. Rousseau, *La démocratie continue*, LGDJ, 1992 et « Constitutionnalisme et démocratie », *La vie des idées* (<http://www.laviedesidees.fr/Constitutionnalisme-et-democratie.html>).

juridique à des préoccupations de type moral parce que les principes constitutionnels sont des principes moraux reconnus par le droit.

2. LE NÉOCONSTITUTIONNALISME COMME THÉORIE DE LA CONNAISSANCE DU DROIT

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 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. 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 espèce (¹⁷).

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 (¹⁸).

Ce constat est lui-même susceptible de donner lieu à deux appréciations différentes : l'une selon laquelle si des jugements moraux sont au principe de l'interprétation, et si ces mêmes jugements sont l'expression des émotions irrationnelles des interprètes, alors, il faut conclure que ces interprétations sont elles-mêmes irrationnelles. Selon l'autre appréciation, au contraire, les jugements moraux qui président aux choix interprétatifs sont rationnels car nos

¹⁷ C. S. Nino, *Ibid.* chap. IV et, du même, « Breve nota sulla struttura del ragionamento giuridico », *Ragion Pratica*, 1, 1993, p. 32-37 [initialement paru dans *Rechtstheorie*].

¹⁸ C. S. Nino, « Diritto, morale e politica », *Analisi e Diritto*, 1993, 105-131.

jugements moraux sont eux-mêmes le reflet de valeurs communes. L'argument décisif en faveur de cette dernière, et que formule la doctrine du constitutionnalisme contemporain, consiste en ce que l'interprétation du droit relève d'une pratique sociale intersubjective et conduit donc en l'identification de principes moraux objectifs. En définitive, si des jugements moraux sont au fondement des normes juridiques, on ne peut exclure – on doit admettre – qu'il y a une objectivité des valeurs.

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 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.

On mesure donc combien cette connaissance du droit telle que la conçoit le constitutionnalisme est intimement liée à un objectivisme moral.

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.

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 »⁽¹⁹⁾. 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 »⁽²⁰⁾. 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 »⁽²¹⁾. 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 accomplir aucun acte juridique sans s'exprimer à l'aide d'un langage prescriptif⁽²²⁾. Ainsi, pour Hart, le jugement interne

⁽¹⁹⁾ H.L.A. Hart, *Le concept de droit* (1961), trad. M. van de Kerchove, Bruxelles, PFUSL, 1976, p. 130.

⁽²⁰⁾ *Ibid.*

⁽²¹⁾ *Ibid.*, p. 78.

⁽²²⁾ H.L.A. Hart, « Scandinavian Realism » (1959), repris dans 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,

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 règle⁽²³⁾.

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 n'« expliquent » une action que parce qu'ils en constituent les motifs. 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 l'action. Ainsi, les raisons justificatives ne sont en elles-mêmes les *causes* de l'action mais elles l'expliquent 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 obéisse⁽²⁴⁾. 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 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 actions⁽²⁵⁾.

3. ANALYSE CRITIQUE

Qu'elle soit prise comme théorie du droit ou comme théorie de la connaissance du droit, la théorie néoconstitutionnaliste n'est, à l'analyse, guère recevable. Elle repose, en premier lieu, sur une conception fort contestable du positivisme. En deuxième lieu, elle renoue avec l'illusion d'un fondement absolu du droit. Enfin elle reformule un mythe tenace, celui de la normativité comme essence et qui dès lors ne saurait faire l'objet d'une connaissance empirique mais supposerait une connaissance normative spécifique.

1. La critique du positivisme

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 ».

⁽²³⁾ « Scandinavian Realism », *art. cit.* p. 166.

⁽²⁴⁾ On retrouve cette idée dans C. S. Nino, *El constructivismo ético*, 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 política*, 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 » [que l'on pourrait traduire par « raisons dirimantes »] introduite par Joseph Raz, v. J. Raz, *Practical Reason and Norms*, Princeton, Princeton U.P., 1990, 2nd ed., p. 35 s.

⁽²⁵⁾ « 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, p. 105-131.

La présentation du positivisme juridique qu'offre le courant néoconstitutionnaliste est souvent caricaturale et néglige la distinction lumineuse que Norberto Bobbio a su établir entre les trois sens du mot « positivisme » : 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 positivisme épistémologique ou méthodologique, selon lequel la connaissance du droit consiste en une description axiologiquement neutre du droit en vigueur, c'est-à-dire des normes effectivement posées et telles qu'elles sont appliquées par les interprètes du droit ⁽²⁶⁾. 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 positivisme ⁽²⁷⁾. La première thèse – selon laquelle 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. Mieux encore, on peut même aller jusqu'à dire que ce « positivisme épistémologique » consiste en l'affirmation que la connaissance du droit ne doit rien à la morale.

2. Le droit et les raisons d'agir

Par ailleurs, l'argument néoconstitutionnaliste selon lequel le droit, ne fournissant en lui-même aucune raison d'agir, il faut donc aller les chercher dans la morale est spécieux. Il présuppose, d'une part, que le droit ne peut être obligatoire qu'à la condition d'être juste et, d'autre part, que la justice est affaire de connaissance.

La théorie du droit défendue par le néoconstitutionnalisme retrouve ainsi « l'illusion d'un fondement absolu » ⁽²⁸⁾ du droit et donc du pouvoir à laquelle était attaché le rationalisme éthique du XVIII^e siècle. Cette illusion se caractérisait par l'idée que non seulement la raison était suffisamment puissante pour identifier des fondements absolus susceptibles de constituer une justification ultime à l'autorité, mais encore, qu'il suffisait d'avoir identifié ces fondements pour qu'ils opèrent effectivement comme des justifications ultimes de l'autorité.

⁽²⁶⁾ N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milan, Comunità, 1972, p. 110.

⁽²⁷⁾ 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, p. 46-93, trad. française par E. Millard et E. Matzner, in A. Ross, *Introduction à l'empirisme juridique*, Paris, LGDJ, 2004, p. 149-166.

⁽²⁸⁾ N. Bobbio, « L'illusion du fondement absolu », in *Le fondement des droits de l'homme*, Firenze, La Nuova Italia, 1966, p. 3-9, réimp., RIFD, 1965, p. 302-309, réimp. « Sul fondamento dei diritti dell'uomo », in N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Turin, Einaudi, p. 5-16

Or, la question n'est pas tant de savoir si le droit fournit ce genre de raisons que de distinguer entre les raisons ultimes et les raisons non ultimes ⁽²⁹⁾. 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 exemple ⁽³⁰⁾. 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 morale ⁽³¹⁾. 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. 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 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 autre ⁽³²⁾.

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 ?

⁽²⁹⁾ S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 69.

⁽³⁰⁾ 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.

⁽³¹⁾ On pense évidemment à la décision CE, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*.

⁽³²⁾ 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.

3. Le « point de vue interne » ou 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 « juridiquement ». 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 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 exact⁽³³⁾.

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. Dans ces conditions, ces énoncés ne soulèvent pas des questions d'interprétation pour ce qui concerne la seule qualification des faits, mais aussi et avant tout, en ce qui concerne l'identification de la norme applicable aux faits. Ainsi, l'opposition entre les cas faciles qui ne poseraient pas de problèmes d'interprétation et ceux dits « difficiles » (*hard cases*) qui supposeraient que les juges aient recours à une argumentation morale, est trompeuse : les cas difficiles sont quotidiens et ne concernent pas tous, loin de là, des questions éthiques.

Quant à la connaissance du droit et des normes, celle-ci peut être une connaissance empirique comme les autres et donc purement factuelle.

À cet égard, l'une des conquêtes du positivisme, du moins dans sa version réaliste, est justement d'avoir montré que les normes 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*⁽³⁴⁾. Cela signifie que les normes sont d'abord à considérer comme des énoncés linguistiques auxquels la propriété déontique est conférée par l'utilisation qui en est faite de la part de certains interprètes et non des entités abstraites, purement conceptuelles, qui existeraient indépendamment du langage. Cette opposition correspond à la distinction entre la conception « expressive » des normes et celle « hylétique »⁽³⁵⁾. Dans la première, les normes

⁽³³⁾ R. Guastini, « Due esercizi di non-cognitivismo », *Analisi e Diritto*, 1999, p. 277-280.

⁽³⁴⁾ Cela est surtout vrai de Alf Ross dans *Towards a Realistic Jurisprudence*, trad. angl. A. I. Fausbell, Copenhagen, Einar Munksgaard, 1946, p. 19 et chap. IV ; v. aussi Ross A., *On Law and Justice* (1953), trad. angl. M. Dutton, Londres, Stevens & Sons, 1958 et K. Olivecrona, *Law as Fact*, 2^e éd., Londres, Stevens & Sons, 1971. Cette thèse entend s'opposer à celle dite du « dualisme ontologique » défendue par Kelsen jusqu'en 1965 et selon laquelle le monde des faits est distinct du monde des normes. Sur ce point, v. E. Bulygin, « An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law » (« Validez y positivismo », 1987), *Ratio Juris*, 3, 1990, p. 29-45.

⁽³⁵⁾ Sur cette distinction, v. C. E. Alchourrón et E. Bulygin, « The Expressive Conception 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*

sont le résultat d'un usage prescriptif du langage. Un même énoncé peut prendre la signification d'une norme ou celle d'une description : cela dépend de l'usage qui est fait de l'énoncé par celui qui l'emploie. Dans la seconde, 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. Cette distinction est capitale en ce qu'elle permet d'opposer deux ontologies des normes : la conception hylétique présuppose nécessairement le dualisme de l'être et du devoir-être tandis que dans la conception expressive, ce dualisme cesse d'être compris comme une thèse ontologique mais comme une simple distinction des modalités de langage⁽³⁶⁾.

Si les normes sont considérées comme des faits et si le droit peut exister sans avoir à se conformer à la morale, alors une connaissance scientifique – c'est-à-dire dépourvue de tout jugement de valeur – du droit devient possible et 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 par les juristes, prévoir quelles décisions prendront les juges et les fonctionnaires. Et rien de plus »⁽³⁷⁾. 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 » ou « normatif » ne consiste qu'en la reconnaissance toute simple de ce qu'on ne peut comprendre le droit qu'à la condition d'admettre, préalablement, une spécificité des concepts juridiques⁽³⁸⁾. 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 accepter⁽³⁹⁾. S'il suffisait que les normes soient déduites les unes des autres pour qu'elles existent juridiquement, cela entraînerait deux situations. 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

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.].

⁽³⁶⁾ v. U. Scarpelli, *L'Etica senza verità*, il Mulino, 1982.

⁽³⁷⁾ R. Guastini, « Due esercizi di non-cognitivismo », *art. cit.*

⁽³⁸⁾ C'était là la ligne de défense de Kelsen.

⁽³⁹⁾ 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).

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.

Cette conception du droit souffre d'un vice dirimant : celui de confondre la 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 ne voit pas que la moindre connaissance en sciences sociales puisse aider en 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, au risque d'un retour de l'essentialisme refoulé.