



L'interprète de la Constitution face au rapport fait-valeur

Julien Giudicelli, Luciani Massimo

► To cite this version:

Julien Giudicelli, Luciani Massimo. L'interprète de la Constitution face au rapport fait-valeur : Le texte constitutionnel dans sa dimension diachronique. 2011. halshs-02226838

HAL Id: halshs-02226838

<https://shs.hal.science/halshs-02226838>

Submitted on 23 Jun 2022

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.

**L'INTERPRÈTE DE LA CONSTITUTION FACE AU RAPPORT FAIT-VALEUR.
LE TEXTE CONSTITUTIONNEL DANS SA DIMENSION DIACHRONIQUE (**)**

SOMMAIRE : 1. Sur la pertinence (ou non) de la critique de la fausseté naturaliste relativement aux questions de l'interprétation juridique. – 1.1. L'opération critique humésienne et le droit. – 1.2. L'opération critique humésienne et l'interprétation juridique. – 2. De l'Etat de droit à l'Etat constitutionnel de droit : un défi de plus pour l'interprète. – 3. Le rapport entre norme et temps en général (en marge d'une réflexion de Hare). – 4. Le rapport entre la norme et le temps en particulier dans le domaine de l'interprétation constitutionnelle. – 4.1. Sur la spécificité de l'interprétation constitutionnelle. – 4.2. La polémique sur l'originalisme.

1. – *Sur la pertinence (ou non) de la critique de la fausseté naturaliste relativement aux questions de l'interprétation juridique*

1.1. *L'opération critique humésienne et le droit*

L'opération humésienne de critique de la dérivation de la valeur à partir du fait (extraite du fameux passage du *Treatise of Human Nature*, III, I, 1, pp. 469-470) va bien au-delà de la contestation qui sera plus tard appelée par Moore¹ fausseté naturaliste et vise justement à destituer de tout fondement rationnel les jugements éthiques, même si résultant, par hypothèse, de propositions non factuelles, mais logiques ou scientifiques. Comme cela a été justement observé, « la thèse de Hume peut être formulée en affirmant qu'aucune proposition éthique (exprimant des évaluations et des normes, morales, politiques, idéologiques, etc.) ne résulte d'un ensemble de prémisses constitué exclusivement de propositions a-éthiques (exprimant un acte de connaissance, factuel, scientifique, méta-théorique, etc.)². C'est pourquoi l'irrationalisme éthique de Hume ne peut être confondu avec le rationalisme éthique de Kant, malgré le fait que ce dernier partait aussi d'une nette séparation entre fait et morale³ ; c'est pourquoi toute critique éventuelle faite à la critique humésienne de la fausseté naturaliste ne parviendrait qu'à concerner une partie seulement (même s'il s'agit de la plus importante) de la réflexion opérée par l'auteur écossais sur l'éthique (qui contestait en réalité plus largement la fausseté cognitiviste, consistant – comme on l'a dit – dans la dérivation de propositions éthiques par des propositions a-éthiques).

Même ainsi précisé, le thème du rapport *is-ought* doit être décliné dans ses termes corrects quand on le traite dans le contexte de la réflexion juridique et non pas morale. Cette affirmation se fonde tout d'abord sur une prémisses spécifique, notoirement et pendant longtemps discutée et controversée, c'est-à-dire sur la possibilité de distinction du droit par la morale et sur la non coïncidence entre préceptes juridiques et préceptes moraux. Il ne s'agit pas ici de (chercher de) démontrer cette prémisses, que je me limite par conséquent à énoncer, en déclarant qu'on mon avis : a) on ne peut pas partager la position, de

* Traduction effectuée par Julien Giudicelli, Maître de conférences à l'Université Montesquieu – Bordeaux IV, membre du CDPC Jean-Claude Escarras, CNRS U.M.R. 6055, GDR de droit comparé CNRS 1199.

** Cette étude est destinée aux *Studi in onore di Gaetano Carcaterra*. [N.D.T. : Mélanges Gaetano Carcaterra]

¹ G.E. MOORE, *Principia Ethica*, Cambridge, Cambridge University Press, 1903, Chap. I, § 10, où est en outre nié le caractère définissable du « bien » (ou bien du « bon »), et où l'auteur conteste également que le bien et le bon coïncident avec certaines qualités naturelles des choses.

² G. CARCATERRA, *Il problema della fallacia naturalistica. La derivazione del dover essere dall'essere*, Milano, Giuffrè, 1969, 14. Carcaterra précise en outre que la « loi de Hume » s'oppose à la fausseté de la *justification* naturaliste (la dérivation, précisément, d'un devoir être par un être), alors que tout autre chose est la fausseté de la *définition* naturaliste, c'est-à-dire la « tentative de définir des termes éthiques exclusivement sur la base de termes factuels ou descriptifs (G. CARCATERRA, *Fallacia naturalistica*, in *Enciclopedia filosofica*, vol. III, Firenze-Novara, le Lettere-Edipen, 1979).

³ V. toujours, G. CARCATERRA, *Il problema*, cit., 18 et s.

tradition classique (et qui aura également un écho spécifique dans la conception du rapport entre énoncé judiciaire et éthique, qui voit dans le droit la traduction en termes autoritaires de préceptes moraux qui ne seraient, autrement, être assistés par la co-action publique ; b) si le droit doit traduire, en les médiatisant, les préceptes moraux en préceptes juridiques, on doit l'imputer non à des caractéristiques *ontologiques*, mais à des caractéristiques *ontiques* et à des exigences *fonctionnelles*, en ce sens que, le droit étant un instrument qui aspire à la régulation des rapports sociaux entre les êtres humains, sa distance excessive relativement aux croyances morales des membres de la société engendre le risque de l'ineffectivité, qui, quoiqu'il ne porte pas atteinte à la juridicité de chacune des normes, entraîne la perte de juridicité de l'ordre juridique⁴. Hume lui-même, dans ses *Discours politiques*, et précisément dans l'étude *Sur le commerce* et dans *Idée d'une communauté parfaite*, définit les limites de la prétention régulatrice du droit et signale le lien fonctionnel inévitable entre le droit et la morale (commune) : « Les souverains doivent prendre l'humanité comme ils la trouvent, et ne peuvent prétendre introduire aucun changement violent dans ses principes et dans ses modes de pensée » en apportant seulement de « discrets changements et innovations capables de ne pas trop agiter la société »⁵. Le rapport entre droit et éthique est donc un rapport d'implication fonctionnelle, et non d'identité ontologique. Il semble tout au plus y avoir aussi une exigence *logique* de correspondance entre droit et raison, parce qu'un droit « déraisonné » ne serait même pas reconnaissable en tant que droit de la part d'un observateur qui fût – lui – rationnel. Même en n'en acceptant pas toutes les implications (et en partant d'un concept très différent de la « raison »)⁶, on peut répéter la formule de Vico du double fondement du droit sur l'autorité et sur la raison : le droit est *certain* en tant qu'il est fondé sur l'autorité (et donc – dans le sens et dans les limites que nous verrons – sur des actes de volonté et en tout état de cause volontaires), mais ne peut pas ne pas être au moins en quelque mesure *vrai*, en ce que la « raison civile », qui pourvoit au bien public, est une partie de la « raison naturelle »⁷.

La ligne frontière que nous pouvons tracer entre l'éthique et le droit prend une importance particulière justement dans notre perspective, puisque la critique de la fausseté cognitiviste semble pouvoir s'adresser aux propositions éthiques et beaucoup moins aux propositions juridiques (au moins à celles qui sont relatives au droit positif)⁸. Il n'appartient certes pas au juriste positiviste de se hasarder dans le champ d'une réflexion sur la question générale du bien-fondé de la loi de Hume⁹, qui par ailleurs semble être efficacement contestée, après les premières

⁴ Parmi les juristes positivistes, en outre, on retrouve aussi l'opinion selon laquelle la perte d'effectivité des préceptes normatifs impliquerait par conséquent la perte de leur juridicité (en ce sens, dernièrement, M. MAZZIOTTI – G.M. SALERNO, *Manuale di diritto costituzionale*, 3^e éd., Padova, Cedam, 2005, 5). Mais ce n'est pas le cas, comme le démontre le fait que dès lors qu'une norme en vigueur est constamment inobservée et non appliquée elle est utilisée par le juge en tant que paradigme de décision d'une affaire judiciaire, personne ne pourrait attaquer la décision en recourant à l'argument de l'ineffectivité de la norme appliquée (à condition, évidemment, que l'ordre juridique n'admette pas la désuétude).

Autre chose est la perte d'effectivité de l'ordre juridique. Le droit, comme l'a définitivement établi Spinoza (*Tractatus politicus* III, 2) n'est pas seulement un instrument limitant la force, mais a besoin de la force pour soutenir sa propre prétention limitatrice de la force (et en effet, selon Spinoza, l'Etat a un droit – de gouverner – dont la mesure est la puissance de l'Etat lui-même). Plus que l'éliminer, le droit *utilise* par conséquent la force, en posant la question fondamentale de la distinction entre force légitime et force illégitime. C'est justement en raison de ce rapport intime avec la force (et donc le fait) que le droit (*i.e.* : l'ordre juridique) ne peut pas faire moins qu'opérer une effectivité (médiante). Si cette effectivité (médiante) disparaissait, disparaîtrait alors aussi l'ordre juridique en tant que modalité d'exercice de sa prétention limitatrice.

Ne nous convainc donc absolument pas la thèse kelsénienne qui voudrait « la validité d'un ordre juridique positif [...] déliée de l'être ou n'étant pas conforme à une système moral quel qu'il soit (H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien, Deuticke, 1960).

⁵ Les passages reportés dans le texte sont extraits respectivement des écrits *Sul commercio e Idea di una perfetta comunità*, de D. HUME, *Discorsi politici*, trad. it. de M. Misul, Torino, Borinidhieri, 1959, 24 ; 284.

⁶ C'est-à-dire en partant d'une idée de raison entendue comme impératif de cohérence, de clarté et de logique.

⁷ G.B. Vico, *De uno universi iuris principio et fine uno*, chapitres LXXXII et s.

⁸ Les choses changent, naturellement, si le système de référence est celui du droit naturel.

⁹ V., par ailleurs, les considérations générales de A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. Giur.*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1994, vol. XXV, 1 et s. Pour une réaffirmation de la « loi » de Hume, v. en revanche (en ce qu'il lui fait implicitement prendre une importance, pour le juriste, bien plus grande que celle qu'il me semble lui puisse être attribuée), A. BALDASSARE, *Una risposta a Guastini*, in *Giur. Cost.*, 2007, 3266.

et décisives saillies de Dewey¹⁰, depuis presque quarante ans déjà, par Carcaterra¹¹ et qui a reçu désormais des coups ultérieurs par, entre autres, Putnam¹². Je me limite donc à douter que le rapport entre le fait et l'éthique puisse être ramené dans les termes, secs et définitifs, de Hume. Tout au plus m'intéresse-t-il de souligner les limites que rencontre la critique de la fausseté cognitiviste quand les énoncés et les propositions auxquels elle se confronte sont ceux du droit¹³.

Il y a en effet *in apicibus* un espace pour la critique de Hume. Selon Kelsen en particulier, l'affirmation qu'un certain comportement soit dû parce qu'imposé par la loi est insuffisant pour fonder le devoir, en ce qu'elle nécessite d'être complétée par l'affirmation ultérieure selon laquelle les lois doivent être observées. Selon Kelsen en effet, « le fait que quelqu'un commande quelque chose n'est pas en soi une raison pour que l'on doive se comporter conformément à cet ordre », attendu que « le fondement de la validité d'une norme est toujours une norme, non un fait »¹⁴. Qu'il y ait un tel espace critique ne veut pas dire, on le rappelle, que celle-ci ait été suffisamment démontrée par Kelsen (c'est même probablement le contraire)¹⁵. On doit néanmoins concéder une certaine importance à la « loi de Hume ». Mais il n'en est toutefois pas toujours ainsi.

Une telle critique ne peut tout d'abord pas être adressée aux énoncés législatifs. Un énoncé comme « Le vol est puni d'une peine de détention allant jusqu'à trois ans » n'a aucune prétention de vérité et ne court aucun risque de falsification : c'est simplement un énoncé par rapport auquel l'alternative n'est pas vrai/faux, mais valide/invalid. Si la disposition s'insère dans l'ordre juridique selon les règles formelles et substantielles qui déterminent la production normative, elle est valide. Et c'est en tant que proposition valide (et non pas en tant que proposition « vraie ») que – comme l'a clairement établi en

¹⁰ J. DEWEY, *Theory of Valuation*, Chicago, University of Chicago Press, 1939, trad. it. de F. Brancatisano, *teoria della valutazione*, Firenze, La Nuova Italia, rééd. 1981, où prend une grande importance le rapport rationnel qui lie, également dans les évaluations éthiques, les fins aux moyens : « Les propositions dans lesquelles les choses (actes et matériels) sont évaluées en tant que moyens entrent nécessairement dans le champ des désirs et des intérêts qui déterminent les valeurs finales » (*ivi*, 55).

¹¹ V. *Il Problema*, cit. Cet auteur, par ailleurs, est encore revenu sur la question en rappelant (par exemple in *Corso di filosofia del diritto*, Roma, Bulzoni, 240 et s) que la loi de Hume est affirmée mais non démontrée. Contre une telle assertion, on peut relever de nombreux contre-exemples, de sorte que cette loi, en visant à contester le rapport conséquentiel logique entre jugements de fait et jugements de valeur, ne parvient néanmoins pas à démontrer le caractère insoutenable des fondations théologiques ou ontologiques de l'éthique (dont on peut contester – de l'extérieur – les prémisses, mais non le développement logique : *Dal giurista al filosofo. Livelli e modelli della giustificazione*, Torino, Giappichelli, 2007, notamment 70).

¹² H. PUTNAM, *The collapse of the Fact/Value Dichotomy*, in *The collapse of the Fact/Value Dichotomy and Other Essays including the Rosenthal Lectures*, Harvard, 2002, trad. it. de G. Pellegrino, *Fatto e valore : fine di una dicotomia*, in *Fatto e valore : fine di una dicotomia e altri saggi*, Roma, Fazi, 2004, en particulier pour la critique de l'objectivité ascétique de la connaissance « scientifique », liée au fait que « le choix d'une théorie présuppose toujours des valeurs » (*ivi*, 36, souligné dans le texte).

¹³ On distingue, ici et dans la suite du texte, entre « énoncé » et « proposition ». On entend par « énoncé » le texte normatif et par « proposition » la signification attribuée au texte. V. en ce sens, dernièrement (dans le sillage de L. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, 106 et s.) ; L. FERRAJOLI, *Principia iuris, Teoria del diritto e della democrazia*, I, *Teoria della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, 217. Peu avant, Betti distinguait, dans les formes représentatives, trois éléments : la déclaration ; le document ; la dotation spirituelle ou symbolique (E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, G. CRIFO (dir.), Milano, Giuffrè, 1990, I, 60).

¹⁴ H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Harvard University Press, 1945, trad. it. de S. Cotta et G. Treves, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Comunità, 5^e éd., 1966, 112 ; dans le même sens, mais de façon moins explicite, Id., *La dottrina pura del diritto*, cit., 222 et s.

¹⁵ Ainsi que l'a opportunément relevé G. CARCATERRA, *Il problema*, cit., surtout 164, si l'on ne peut logiquement contester la vérité de l'affirmation selon laquelle, si l'on doit obéir à la loi et que celle-ci prévoit que l'on doive avoir tel comportement, ce dernier doit être tenu, il n'est pas pour autant prouvé que l'obéissance à la loi soit due à la seule condition de présupposer la norme fondamentale « obéis à la loi ». En effet, « considérons l'inférence : « il pleut ; donc il pleut ou il neige ». Si [...] nous ajoutons la prémisse « s'il pleut alors il pleut ou il neige », le résultat est indubitablement une inférence conséquentielle [...]. Mais cela implique-t-il que sans la prémisse adjonctive l'inférence était invalide ? Cela ne peut d'autant moins l'impliquer que, de fait, « il pleut ; donc il pleut ou il neige » était déjà valide en soi, tel que posé[...] ».

de multiples occasions Kelsen – la norme que l'on en déduit aspire à être observée.

La critique ne peut pas non plus être adressée à une proposition comme « le législateur a sanctionné le vol d'une peine de détention allant jusqu'à trois ans », parce qu'il est évident que cette proposition est purement *descriptive* et, comme toutes les propositions descriptives, est indubitablement qualifiable de vraie (ce qui est le cas dans notre exemple) ou de fausse. Il s'agit, à mon avis, plus qu'une proposition éthique descriptive¹⁶, d'une proposition a-éthique (plus particulièrement factuelle) telle que pourrait l'être « le citron est un agrume ». En effet, celui qui formule une telle proposition n'effectue pas une véritable évaluation, mais décrit une évaluation déjà effectuée par d'autres (c'est-à-dire par le législateur, qui a réglementé la catégorie vol d'une certaine façon). Comme toutes les descriptions, elle peut être par conséquent vraie ou fausse.

Sous ces aspects donc, la question, dans l'univers du discours juridique, de la fausseté naturaliste n'a pas de raison d'être posée. En effet :

a) pour ce qui concerne le législateur (ou bien, si l'on préfère, en regardant la question sous son versant objectif, les sources et leurs dispositions), un « jugement » de valeur résultant d'une « vérification » de fait n'est pas pris en considération dans ses énoncés. Les énoncés législatifs ne constituent en effet pas des « jugements » de valeur, mais les présupposent simplement, et se comportent comme des formalisations linguistiques d'une *volition*. La question de la fausseté naturaliste, face à un énoncé qui manifeste une volition, ne se pose, logiquement, même pas : il manque, dans cet énoncé, un « jugement éthique » (qui, je le rappelle, est simplement présupposé) et, en conséquence, cela n'a aucun sens de s'interroger sur la possibilité de déduire d'un fait un jugement éthique (qui justement n'existe pas) ;

b) pour ce qui concerne l'opérateur du droit, quand ce dernier se limite à affirmer que « le législateur a prescrit x ou y », en reportant les mots de la loi, les propositions qu'il énonce sont purement descriptives, et donc vérifiables et falsifiables. Ici aussi, il n'y a par conséquent pas d'espace pour la question de la fausseté naturaliste.

Il faut prévenir, une fois arrivé à ce point, un équivoque possible : que cela implique une prémisse strictement juspositiviste sinon impérativiste.

Si l'on examine ce second doute, il est évident que la thèse impérativiste (c'est-à-dire selon laquelle toutes les normes juridiques sont des commandes sanctionnées, imputables à une volonté souveraine) ne peut pas plus être soutenue, pour des raisons si souvent expliquées qu'il n'y a pas lieu, ici, de les répéter¹⁷. Je me limite simplement à rappeler que l'impérativisme ne parvient pas à expliquer (sinon au prix de tortueuses contorsions logiques) la pluralité des ordres juridiques, la norme coutumière ainsi que l'existence même des normes permissives ou des normes constitutives. La netteté du refus de l'impérativisme a

¹⁶ Voir sur cette question G. CARCATERRA, *Il problema*, cit., 87 et s., sur les réflexions duquel nous reviendrons plus avant.

¹⁷ Voir, pour une critique incisive de l'impérativisme (et dans le même temps du prescriptivisme), G. CARCATERRA, *La forza costitutiva delle norme*, Roma, Bulzoni, 1979, 9 et s. (v. aussi, Id, *Spunti di attualità nella teoria delle norme e nella teoria dei jetos di Pontes de Miranda*, in *Scienza giuridica e scienze sociali in Brasile : Pontes de Miranda*, G. Carcaterra – M. Lelli – S. Schipani (dir.), Padova, Cedam, 1989, surtout 99). Toutefois, l'extension très connue que cet auteur reconnaît (en reprenant les thèses austinienne en matière de *performative utterances*) aux normes constitutives (*ibid.*, surtout 71 et s.) n'est pas du tout convaincante. A mon modeste avis, l'énoncé du « quand dire c'est faire » (pour reprendre, justement, la formule austinienne) devrait se limiter aux hypothèses dans lesquelles un certain énoncé s'adresse à des sujets déterminés (c'est le cas du classique « je vous unis par les liens du mariage ») ou également à une classe déterminée de sujets, même très large (c'est le cas de la *constitutio antoniniana* – « *Do igitur omnibus peregrinis, qui in orbe terrarum sunt, civitatem Romanorum, manente omni genere civitatum, exceptis dediticiis* » - cité, non par hasard, par G. Carcaterra). C'est seulement dans ces hypothèses, en effet, que la modification des rapports juridiques connexe à l'énoncé s'effectue du seul fait de son énonciation. Ce n'est en revanche pas le cas de l'attribution générale et abstraite de droits ou de l'imposition d'obligations, parce qu'en de telles hypothèses (même si l'on obtient pour effet juridique immédiat la création de la catégorie abstraite de droit ou d'obligation) on aura une modification des rapports juridiques au seul moment où il existera un sujet auquel imputer le droit ou l'obligation (sinon même seulement quand le droit sera ou non exercé et l'obligation sera ou non respectée). V. une autre position critique, mais pour des raisons diverses, chez L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 473 et s.

cependant conduit, à mon avis, à jeter le bébé avec l'eau du bain, comme on le dit communément.

L'ironie de Betti sur le psychologisme et sur l'anthropomorphisme qui affligerait la référence à la *voluntas legislatoris* voire aussi à la *volunta legis* est connue¹⁸. A mon modeste avis, cette référence toutefois, si elle est correctement encadrée et plus ponctuellement définie, ne mérite pas d'être aussi durement contestée. En effet, la nomogénèse remonte toujours à un (pensons à la norme imposée par le monarque absolu) ou plusieurs (pensons aux choix de chaque membre d'une assemblée dotée de pouvoirs normatifs) actes de volonté (c'est le cas des

sources – actes) ou au moins à des actes volontés (c'est le cas de la coutume). Il est évident que l'on ne peut imputer la volition à une sorte de macro-anthropos* (l'hypothèse, déjà signalée, de l'énoncé normatif du monarque est particulière), semblable à celui qui figure sur le frontispice originaire du *Léviathan*, mais je considère qu'il est vraiment étrange que le monde de la nomogénèse soit le seul dans lequel on doive se priver de la possibilité d'imputer des volitions à des sujets collectifs. Hormis le fait que cette imputation soit habituelle dans tous les autres domaines du droit¹⁹ ; hormis le fait que l'imputation est possible grâce à une simple *fictio*, c'est-à-dire grâce à un processus communément utilisé par le droit ; hormis le fait que, si l'interprétation de façon générale peut faire abstraction de la condition que l'auteur du signe interprétable ait eu une intention communicationnelle²⁰, cette intention ne peut faire défaut dans la nomogénèse²¹ ; hormis tout ceci, l'extraction de l'élément de volonté de l'analyse de la nomogénèse a pour grave conséquence que, à la racine même de la production normative, disparaît toute possibilité de considération tant de l'élément de pouvoir inhérent à la volonté de production normative que de la dimension véritablement historique des normes. L'*Entfremdung* de la prévision normative par l'autorité édictant la norme est en vérité inévitable et personne ne pourrait la nier. Néanmoins, je ne réussis pas à comprendre pourquoi l'autorité posant la norme puisse être totalement négligée de l'interprétation du signifiant auquel l'interprète est tenu de faire référence. Paradoxalement, cela advient par ailleurs justement dans le domaine d'une discipline qui par définition n'a que faire avec le pouvoir, alors qu'aucun historien de l'art ne se priverait (même en demeurant conscient de ses limites) de rechercher la volonté de l'auteur (dans le cas également où l'œuvre aurait été collective, ce qui est le cas de l'expression artistique de certaines civilisations primitives). Et en revanche, ainsi que Betti l'a montré, l'interprétation de l'expression artistique vise seulement à procéder à la « reconnaissance théorique », alors que l'interprétation juridique vit l'urgence de « rendre le précepte assimilable dans la vie »²² et ne peut pas ne pas se poser – donc – la question sur les rapports de pouvoir qui imposent et permettent cette assimilation.

Quant à la seconde équivoque possible, c'est-à-dire celle selon laquelle les choses jusqu'à présent dites cachent au moins une prémisse juspositiviste, je note que j'ai été inscrit récemment, par certains spécialistes, précisément dans la famille des juspositivistes. Baldassare, par exemple, me range, en rappelant un de mes articles de plus d'une dizaine d'années, parmi ceux qui partent « d'un point de vue juspositiviste »²³ alors que Dickmann voit dans un de mes écrits

¹⁸ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, 2^e éd., G. Crifò (dir.), Milano, Giuffrè, 1971, 261 et s.

* C'est l'auteur qui privilégie ce vocable, plutôt que celui de *Surhomme* [N.d.T.].

¹⁹ Et est en tous les cas usuelle dans toute science sociale, comme quand l'historien affirme que la Démocratie chrétienne, à la fin des années 1960, était hostile au divorce ou que le Japon avait des vues impérialistes dans les années 1930.

²⁰ E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., I, 66.

²¹ Une intention communicationnelle, même en l'absence d'une intention nomogénétique, est à mon avis présente aussi dans la production coutumière du droit.

²² E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., I, 66.

²³ A. BALDASSARE, *Una risposta a Guastini*, cit., p. 3256, à propos de mon article, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. Dir. cost.*, n 1/1996.

plus récent « une position méthodologiquement positiviste »²⁴. Si l'on peut ne pas exclure le fait que cette équivoque ait pu être entretenue par un manque de clarté dans mes écrits (que je cherche donc ici à amender), je confesse avoir néanmoins quelque difficulté à accepter l'étiquette que l'on m'a collée. En vérité, ni la centralité reconnue au texte²⁵, ni la considération persistante de l'élément de volonté dans la production normative ne semblent suffisantes (quelle que soit l'acception du « positivisme » que l'on a, parmi plusieurs possibilités) pour connoter le « positiviste » (ni même l'« impérativiste »), vu qu'il faudrait, pour cela, beaucoup plus : il faudrait en premier lieu croire dans la possibilité que l'interprétation soit une pure « vérification » d'une signification qui attend seulement d'être tirée déductivement d'un signifiant. Puisque l'on ne peut trouver trace de ce *quid pluris* dans mes écrits, j'espère que cette équivoque ne sera plus entretenue.

Il faut donc rappeler que la considération de l'élément de volonté (présente, disons-le encore, également dans l'œuvre de l'interprète) est essentielle pour la compréhension des structures de pouvoir qui régissent le phénomène juridique (qui, pour autant qu'elles puissent être liées par une relation telle que celle opérée par Luhmann, sont toujours inégales)²⁶. A ce propos, je n'aurais aucune difficulté à reconnaître que si est constamment évoquée dans mes écrits la question du pouvoir, cette dernière doit se poser non seulement à ceux qui considèrent ce que le constitutionnalisme *est* mais aussi à ceux qui considèrent ce que le constitutionnalisme *doit être*²⁷.

Comme nous le verrons plus avant, les radicalismes ne sont pas ici productifs, alors même que, à mon humble avis, la critique quotidienne adressée au positivisme et à l'impérativisme, sous l'aspect que j'ai signalé, n'est pas moins radicale (et insatisfaisante) que les doctrines critiquées.

1.2. – *L'opération critique humésienne et l'interprétation juridique.*

Il est vrai, toutefois, que les propositions attribuables à l'opérateur du droit qui sont plus habituelles et présentent un plus grand intérêt ne sont certainement pas celles dans lesquelles il se comporte en tant que pur observateur externe et se limite à répéter, sous diverses formes, mais avec la même substance, les énoncés législatifs, mais celles dans lesquelles ces énoncés sont *interprétés* et *appliqués*, en ce sens que la norme est déduite de la disposition, en la mesurant au cas concret soumis à l'interprète. Cette activité, comme l'a définitivement établi Vico, est authentique *juris-prudence* et se compose de trois parties : une philosophie, une histoire et un art « *iuris ad facta accommodandi* »²⁸. La disposition législative, en définitive, s'adresse au fait, mais c'est le fait qui éclaire de signification cette disposition, en la mesurant à la réalité des rapports sociaux que le droit aspire à réguler. Le rapport fait-droit est, donc, bidirectionnel.

C'est précisément dans ce difficile rapport que réside, à mon avis, la particularité de la connaissance que l'on peut obtenir à travers l'application des préceptes de la science juridique. Ce n'est pas par hasard, me semble-t-il, que dès l'origine de la pensée philosophique occidentale, la question de la « vraie » connaissance ait été curieusement reliée justement à celle de la connaissance

²⁴ R. DICKMANN, *La democrazia rappresentativa come forma propria del costituzionalismo*, en cours de publication dans cette *Revue*, 2008, 609, à propos de mon article, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, in Ouv. coll., *Interpretazione costituzionale*, G. Azzariti (Dir.), Torino, Giappichelli, 2007, 41 et s.

²⁵ Que Baldassare, il est vrai, reconnaît comme « *limite infranchissable de l'activité interprétative elle-même* », A. BALDASSARE, *Una risposta a Guastini*, cit., 3287 (texte mis en italique par l'auteur).

²⁶ Baldassare toujours, du reste, précise opportunément que le droit positif est tel précisément parce qu'il est « posé » : *Una risposta a Guastini*, cit., 3259.

²⁷ Je me limite sur ce point à renvoyer à mon article, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. Cost.*, 2006, 1643 et s.

²⁸ G.B. VICO, *De universi iuris principio et fine uno*, cit., *De opera proloquium*, par. 2. Cette idée de la science juridique comme *juris-prudence* a fructifié, comme on le sait, et est aujourd'hui très diffuse (parmi ceux, très nombreux, qui s'y reconnaissent, même sans se référer directement à Vico, voir dernièrement B. FRYDMANN, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2005, 71).

imparfaite à travers le droit. Dans *La République*²⁹, Platon déplore expressément la triste condition de celui qui, une fois sorti de la caverne dans laquelle il était enchaîné (et depuis laquelle il ne percevait que les ombres du réel) et qui fit alors l'expérience du vrai, soit contraint de discuter dans les « tribunaux » (*en dikasteríois*) de l'« ombre de la justice » (*péri tón tou dikáiou skíon*) et de l'interprétation (*upolambánetai*) de ces problèmes que la justice en soi n'a pas connus. Il semblerait ainsi que soit imposé un stigmate sur la connaissance à travers le droit, apte à ne saisir que les ombres et rien de plus : un authentique paradigme de connaissance fragile, imparfait, déformé (les tribunaux, en définitive, entendus presque comme métaphore de la métaphore de la caverne).

En réalité, plus qu'une critique, on doit le prendre comme une constatation : l'interprétation juridique « dans les tribunaux » n'est pas un instrument de connaissance du juste ou du vrai, mais seulement du légal (ou – au plus – du légitime) et du probable. C'est au moins le cas quand l'on demande au juriste positiviste, appelé à résoudre des problèmes juridiques sur le fondement de ce qui est établi dans le *ius positum*. Le juriste n'opère pas *more geometrae* et ne pratique pas la *iuris-mensura* mais bien plutôt, précisément, la *iuris-prudentia*. Il ne pourrait en être différemment : *a*) le droit utilise un langage naturel ambigu et non un langage formalisé ; *b*) la signification du signifiant normatif est, à son tour, un signifiant (un signe, ou bien plus souvent, dans le droit, un discours ou un texte, et donc un interprétant) requérant lui-même une interprétation (dans le droit, toutefois, le parcours circulaire de l'interprétation s'arrête quand une certaine solution est imposée, en se prévalant de la force légitime)³⁰ ; *c*) l'acte interprétatif est un acte relationnel, qui s'exerce dans un rapport communicationnel triadique complexe entre l'émetteur et le destinataire de la signification, médiatisé, précisément, par le signifiant ; *d*) il n'existe pas un texte qui puisse être interprété (et, avant même, conçu) hors de son contexte ; *e*) aucun interprète n'échappe aux mécanismes inflexibles de la précompréhension, au point qu'il peut se poster dans une position résolument distante des intérêts en jeu sous la prévision normative³¹.

Or, si telle est, dans une synthèse drastique, la condition de la connaissance pouvant être tenue au moyen de l'interprétation juridique, cela a-t-il un sens de se poser le problème de la fausseté naturaliste relativement aux propositions énoncées par l'interprète ? A mon avis, non.

Il faut tout d'abord rappeler que ces propositions ne sont pas schématisables selon le modèle « puisque A est, alors B doit être », mais bien plutôt selon celui-ci : « puisque le législateur a prévu que si A est, B doit être, alors si A est (ou bien, dans l'application, puisque A est), B doit être »³². Cela signifie que l'interprète ne fait jamais résulter directement un devoir-être de l'être, mais mesure à l'être un devoir-être déjà prescrit, en formulant – ainsi que nous allons le voir – une proposition éthique descriptive.

Il est évident (nous l'avons déjà dit, en relevant sa nature de *iuris-prudence*) que l'espace de l'activité herméneutique de l'interprète est beaucoup plus vaste que celui qu'on imaginait lui assigner quand – avec Pufendorf ou Montesquieu – on parlait du juge (et donc de l'interprète) *automate*^{*}, soldat,

²⁹ VII, 518.

³⁰ Reste toutefois établie la possibilité que la circularité reprenne une fois que la solution autoritairement imposée a été contestée avec succès en sollicitant une autre solution (elle-même à imposer de façon autoritaire).

³¹ Cela amène à douter de la possibilité de décliner les résultats de l'interprétation juridique en termes de vrai/faux (comme le fait au contraire par exemple L. TRIBE, *Taking text and Structure seriously : Reflections on Free-Form Method in Constitutional Interpretation*, in 108 Harv. L. Rev. (1995), 1224 ; plus récemment, dans la doctrine italienne, G.U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in *Dir. pubbl.*, 2005, surtout 34 et s. et 43, selon lequel vaudrait non seulement le principe *in claris non fit interpretatio*, mais encore – et l'affirmation me semble moins encore devoir être partagée, puisque la compréhension ne peut s'obtenir autrement qu'à travers un processus herméneutique – ne constituerait pas une interprétation la compréhension d'un texte dès lors qu'elle ne résulte pas de sa manipulation).

³² La référence au « législateur » est, naturellement, commode. Le même schéma peut en effet s'utiliser pour tout précepte normatif, même s'il ne résulte pas d'une source législative (ou n'en est pas l'instigatrice en tout état de cause).

*bouche de la loi**. Il est également évident que l'interprète agit sur la base de la *Vorverständnis* qui le conditionne (du reste, il n'est permis à aucun spécialiste, ainsi qu'à aucun historien, de « s'aliéner lui-même »)³³. Néanmoins, quelle que soit l'ampleur de cet espace, l'interprète trouve, parmi l'être et le devoir-être, parmi le fait (le cas social concret) et le droit, la volonté législative (ou bien, dans le cas de la coutume, les multiples volitions sociales – quoique non consciemment nomogénétiques – qui l'ont produite).

C'est le point réellement décisif qui mérite quelques considérations supplémentaires, fussent-elles synthétiques.

Certains distinguent de façon rigide l'interprétation et l'application, voyant dans la seconde un *prius* et dans la première un *posterius*³⁴. Ainsi que nous le verrons plus avant (en nous appuyant sur une thèse connue de Hare), l'idée d'une succession chrono-logique de l'application à l'interprétation n'a pas de fondement (du reste, Quintilien déjà, quoiqu'il différenciât l'*inventio* du *iudicium*, affirmait : « Ego porro ne invenisse quidem credo eum qui non iudicavit »)³⁵. On doit cependant aujourd'hui encore observer, avec Betti, que l'interprétation juridique est caractérisée par « le problème du comprendre pour agir ou, en tout état de cause, pour décider, c'est-à-dire pour prendre position au regard de préceptes à observer »³⁶. La distinction rigide de l'interprétation et de l'application ne peut par conséquent pas être soutenue, du simple fait que les issues applicatives non seulement sont, mais *doivent* être prises en compte par l'interprète, dans l'exercice de son activité, qui est éminemment *pratique*.

Celui qui se livre à l'interprétation juridique accomplit cependant une activité très différente de celle du philosophe moral. On a déjà rappelé, ci-dessus, la nature substantiellement a-éthique de la proposition qui se limite à répéter un énoncé législatif. Même quand ce n'est pas le cas, c'est-à-dire même quand la proposition formulée par l'interprète entend mettre en évidence le contenu de signifié du signifiant législatif, cette proposition est qualifiable d'*éthico-descriptive*, et non d'*éthico-normative*. A ce propos, il me semble que doive être accueillie la distinction entre les deux ordres de propositions éthiques, qui entend par descriptives les propositions référées à un système que l'on ne s'engage pas à accepter, et par normatives celles à travers lesquelles on manifeste son adhésion au système de référence³⁷. Me semble par ailleurs ouverte la question du caractère vérifiable/falsifiable des premières, qui dépend probablement tant de l'idée du processus (acceptable) de vérification/falsification que l'on accueille, que de la conception que l'on a de l'interprétation juridique. Pour ce qui me concerne, l'idée de l'interprétation juridique comme activité pratique en stricte connexion avec l'application rend très douteuse la possibilité d'une réponse affirmative³⁸.

On a récemment affirmé que l'interprétation serait une activité de « vérification » des signifiés du texte normatif, distincte (mais, dans le même temps, logiquement assimilée) de la preuve comme « vérification » des faits³⁹. La connexion entre interprétation et application empêche d'adhérer à cette thèse, qui ne tient pas compte, du reste, de la complexité du processus intellectuel que l'on accomplit au moment où l'on interprète un texte normatif. Néanmoins, l'interprète juridique, quand il se confronte avec le fait, et même en négligeant la donnée que l'énoncé normatif est aussi, comme nous le verrons plus avant, un « fait » (*opus*) – humain – au sens de Vico, n'en dérive pas le devoir-être de la même façon que pourraient le faire les philosophes moraux qui sont la cible des critiques de Hume. Comme on l'a dit, l'interprète n'a en effet d'autre but ou

* En français dans le texte [N.d.T.].

³³ G. JUST, *Interpréter les théories de l'interprétation*, Paris, L'Harmattan, 2005, 21.

³⁴ Je me réfère en particulier à R. GUASTINI, *Sostiene Baldassare*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 5 (l'article a également été publié in *Giur.cost.*, 2007, 1374 et s.).

³⁵ *Institutio oratoria*, III, 3, 5.

³⁶ E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., II, 802.

³⁷ V., pour des explications sur cette distinction, G. CARCATERRA, *Il problema*, cit., 87.

³⁸ V. en sens contraire G. CARCATERRA, *Il problema*, loc. cit.

³⁹ Ainsi, L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 336 et s.

prétention que d'*interpréter* et d'*appliquer* le dispositif normatif à un cas concret.

Il faut alors préciser quelle est cette « application ». En réalité – ainsi que nous le verrons plus avant – elle est aussi une œuvre de redéfinition des propositions normatives, précisément à l'aune des exigences applicatives qui investissent l'interprète. Jamais, toutefois, ses propositions ne peuvent être (ni ne sont présentées comme) des dérivations d'un devoir-être de l'être. Dans le brocard « *da mihi factum, dabo tibi ius* », le droit « donné » par l'interprète est en réalité présenté comme un droit qui est mesuré à celui « énoncé » par le législateur. Cela n'a donc aucune importance de se demander si le droit de l'interprète est plus un *Rechtsfindung* ou plus un *Rechtsgebung*⁴⁰ : ce qui compte c'est que les propositions de l'interprète ne peuvent pas ne pas être structurées comme des propositions fondées sur l'intermédiation d'un « voulu » (c'est-à-dire de l'« autorité » au sens de Vico)⁴¹. Mais la structure d'une proposition est décisive dans sa qualification (et, naturellement, dans son interprétation ultérieure).

Si c'est le cas, cependant, même face aux propositions de l'interprète la question de la dérivation du devoir-être de l'être ne peut pas se poser, ou à tout le moins ne peut pas se poser dans les mêmes termes que ceux pratiqués par la philosophie morale quand on se confronte aux propositions éthiques impératives. En somme, la thématique sous-tendue par la critique de la fausseté naturaliste semble largement externe au discours juridique. Toutefois, la grande problématique du rapport entre fait et droit, à laquelle j'ai déjà fait allusion, n'y est en revanche pas étrangère. Je me limite ici à me poser la question de l'importance du fait social, historique (et donc non pas du fait ponctuel, du cas concret qui constitue la chose à juger) dans l'interprétation constitutionnelle. Je pose en particulier la question de l'importance de la mutation du fait par rapport à l'interprétation des normes constitutionnelles demeurées inchangées.

2. – De l'Etat de droit à l'Etat constitutionnel de droit : un défi de plus pour l'interprète.

La prémisse de laquelle il faut partir est la suivante : dans un Etat constitutionnel de droit, la loi cesse d'être la source primaire (quoiqu'elle continue à être, péniblement, ainsi qualifiée) et se trouve dans une position subordonnée à la Constitution. Comme j'ai cherché à l'indiquer ailleurs⁴², le passage de l'Etat de droit à l'Etat *constitutionnel* de droit, fondé sur la légalité constitutionnelle, signe une fracture très nette entre deux modèles d'ordres juridiques très différents. Au contraire de ce que considère l'opinion dominante, l'Etat constitutionnel de droit n'est pas le développement cohérent et le parachèvement de l'Etat de droit, conquis avec la subordination du législateur au principe de légalité (constitutionnelle), mais est une expérience politico-organisationnelle radicalement nouvelle. Il ne faut pas oublier que l'Etat constitutionnel de droit n'est pas né d'un seul coup, mais est issu des cendres de l'Etat de droit. La légalité constitutionnelle a par conséquent trouvé, déjà préformée, la légalité légale, de sorte que l'organisation de l'Etat constitutionnel de droit est issue de la succession/superposition de la légalité constitutionnelle à la légalité légale.

Il est clair (au moins conformément au principe hiérarchique) que la première doit prévaloir sur la seconde, mais les événements de l'histoire qui ont

⁴⁰ Faire cas de l'écart dramatique entre ce que les interprètes font et les justifications qu'ils en donnent (ainsi que le fait B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, cit., 16), quoique cela soit important pour une analyse sociologique des ordres juridiques et des professionnels qui y opèrent, n'a donc pas d'importance ici, car ce qui compte ce sont les *propositions* énoncées par les interprètes.

⁴¹ Dans le cas de la coutume, le « voulu » dont on parle dans le texte se comporte évidemment de façon très différente, en remontant à des actes humains qui, s'ils sont volontaires, ne sont pas, au sens strict, des actes « de volonté ».

⁴² Dans l'article *Su legalità costituzionale, legalità legale e unità dell'ordinamento*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, Giappichelli, 2005, vol. II, 501 et s.

marqué la succession entre ces deux expériences organisationnelles très différentes n'ont pas permis que la hiérarchie ait été en mesure de résoudre toutes les questions et il se pose donc un problème de concours entre les deux légalités différentes et quelquefois conflictuelles. La friction maximale entre les deux légalités est patente quand il s'agit d'établir qui doit être le gardien de la légalité. Tous les Etats de droit prévoient naturellement un gardien de la loi, mais il n'est pas du tout dit que le même sujet doive aussi être le gardien de la Constitution. L'avènement de la légalité constitutionnelle peut en somme produire aussi un double circuit de la légalité, en ouvrant la question délicate de la recomposition de l'unité organisationnelle, que l'Etat de droit semblait avoir pacifiquement résolue une fois pour toutes.

Cette recomposition requiert de l'interprète un effort inédit, puisqu'elle ne peut réussir que si la loi n'est pas excessivement détachée de la Constitution. C'est aussi pour cela que dans tous les ordres juridiques à Constitution rigide on affirme le principe de l'interprétation conforme à la Constitution. En employant précisément le canon de l'interprétation constitutionnellement orientée, la légalité constitutionnelle se soude en effet à la légalité légale et l'on permet alors à la Constitution de pénétrer en profondeur dans l'ordre juridique, en l'imprégnant des valeurs constitutionnelles.

Le canon de l'interprétation conforme à la Constitution sollicite cependant une question spécifique. Il exalte en effet la suprématie de la Constitution, qui ne se pose pas seulement comme limite et condition de validité de la loi, mais pénètre à l'intérieur de la loi, en en définissant l'espace sémantique. S'il en est ainsi cependant, et si la Constitution reste inchangée, alors qu'il est justement du rôle de la loi de s'adapter à la mutation des exigences du groupe social réglementé, l'exaltation de la suprématie de la Constitution en lien au canon de l'interprétation ne détermine-t-elle pas, peut-être, des conséquences inacceptables en termes de capacité régulatrice de l'ordre juridique ? C'est précisément en raison de cette question, même si elle n'est souvent que sous-entendue, que (comme le démontre surtout la discussion qui eut lieu dans la doctrine allemande de l'après seconde guerre mondiale) la question de l'interprétation de la *loi* conformément à la *Constitution* est allée de pair avec celle de la *Constitution* conformément au *temps*.

3. – *Le rapport entre norme et temps en général (en marge d'une réflexion de Hare).*

La question du rapport entre la norme juridique (et donc entre l'interprétation des dispositions normatives) et le temps est en vérité très ancienne et précède largement l'avènement de l'Etat constitutionnel de droit et le surgissement des questions relatives à la position de l'interprète dans ce contexte. En conséquence, on ne peut ici qu'y faire une simple allusion.

Il semble opportun, pour s'orienter dans cette problématique complexe, de partir de la distinction, proposée par Richard Hare, entre l'élément phrastique et l'élément neustique des énoncés et des propositions. Comme on le sait, il y a, selon Hare, un élément commun (le phrastique) dans les propositions indicatives et les propositions impératives qui ne consiste en rien d'autre qu'en la description d'une action. La différence réside dans le fait que dans les propositions indicatives l'action en question est un fait (qui peut aussi bien être futur, que passé ou présent), alors que dans les propositions impératives l'action est l'objet du commandement.

Cette différence est toutefois considérée par Hare comme insignifiante puisque le vrai point descriptif se situe, à son avis, dans l'élément neustique, qui est la *modalité* spécifique par laquelle la proposition est énoncée. Hare est sur ce point clair : « if we are looking for the essential difference between statements and commands, we have look in the neustic, not in the phrastic »⁴³. Mais en quel sens est-ce ainsi ?

⁴³ R.M HARE, *The Language of Morals*, Oxford, Clarendon Press, 1986 (1^{ère} éd., 1952), 18.

Même dans les propositions juridiquement relevantes⁴⁴ et spécifiquement dans les propositions prescriptives⁴⁵ nous avons – naturellement – un élément phrastique et un élément neustique. Mais sommes-nous certains que dans toutes les propositions qui présentent formellement le même, l'identique élément phrastique il le soit également au niveau substantiel ? Je m'explique.

Prenons la proposition « les parents doivent éduquer leurs enfants » que nous pouvons faire résulter du texte d'une Constitution ou d'une loi, et la proposition « *Tizio* et *Caia*, parents, éduquent leurs enfants ». Selon Hare, ces deux propositions présentent un même élément phrastique, pouvant respectivement se traduire en « que les parents éduquent leurs enfants, je vous prie » et « oui, les parents éduquent leurs enfants ». Cet élément phrastique, même s'il est formellement le même, ne l'est toutefois pas substantiellement. En effet, dans la première proposition, la référence subjective s'adresse à *tous* les parents ayant des enfants, alors que dans la seconde la référence ne concerne que *Tizio* et *Caia*. Cette différence n'est pas « innocente ». Au moment où le constituant ou le législateur a fait référence à *tous* les parents, il a considéré (et a défini, implicitement ou explicitement) une situation parentale paradigmatique et abstraite. Bien que cette situation ait été modelée – il faut le retenir – à partir de situation factuelles concrètes, elle n'était pas, n'est pas et ne peut logiquement coïncider avec celle, individuelle et concrète de *Tizio* et *Caia*. C'est la qualification même de la situation concrète comme *exemplum* de la situation abstraite qui constitue donc un problème classificatoire complexe.

Puisque le constituant/législateur ne pouvait pas prévoir les innombrables situations concrètes potentiellement comparables au paradigme abstrait, l'interprète a pour obligation spécifique d'« actualiser » la volition normative, au moyen d'une opération intellectuelle dans laquelle la définition abstraite est (re)modelée au moment même où la situation concrète lui est mesurée et est insérée en elle. En d'autres termes : alors que, d'une part, on modèle la situation concrète pour l'adapter à la forme abstraite, cette même forme abstraite est, d'autre part, (re)modelée pour tenir compte de la (des) situation(s) concrète(s) destinée(s) à l'y mesurer.

En définitive : même en présence d'une identité formelle de l'élément phrastique, les deux propositions ne sont pas interprétables, même en partie, au moyen du même procédé intellectuel. Et cela (on ne peut ici concorder avec Hare) en raison de la différence de l'élément neustique (de la différence du *modus*), qui détermine (et c'est ce qui me semble être le facteur réellement décisif) l'écart fonctionnel des deux propositions qui, parce qu'elles *servent* à évoquer quelque chose de différent, ne peuvent pas être confondues.

Néanmoins, comme je l'ai signalé, un jeu bidirectionnel de renvois est inévitable entre les deux propositions, renvois qui impliquent un mouvement inverse de l'interprétation dans la dimension diachronique.

Ainsi, la proposition indicative prend une pleine signification seulement en la projetant dans le passé, puisqu'il est indispensable de la mesurer à la proposition impérative préexistante⁴⁶. La proposition impérative, au contraire, prend une pleine signification seulement en la projetant dans le futur, c'est-à-dire en la confrontant aux situations concrètes factuelles décrites par les propositions indicatives chaque fois considérées. Quand (comme on l'a fait ici) on met en lumière l'exigence logique de l'actualisation des propositions impératives, on ne doit donc pas oublier que cette dernière va de pair avec la « rétroprojection » des propositions indicatives qui se confrontent à elles. La mesure et la proportion réciproque de l'actualisation et de la rétroprojection ne sont évidemment pas

⁴⁴ En ce sens qu'elles relèvent, elles ont une importance, dans le discours juridique et dans la pratique juridique.

⁴⁵ Par simplicité, je fais seulement référence dans le texte aux énoncés prescriptifs, mais on pourrait également étendre le raisonnement – avec quelques adaptations – aux énoncés normatifs non prescriptifs.

⁴⁶ Rappelons que la projection dans le passé est logiquement inévitable pour toute proposition indicative, même pour celle qui décrit une situation antérieure à l'énonciation de la proposition impérative. La confrontation entre proposition indicative et proposition impérative advient en effet toujours *après* que cette dernière a été énoncée, de sorte que la proposition indicative, même si elle décrit une situation factuelle précédente, est toujours un *posterius* logique par rapport à la proposition impérative.

prédéterminables, ni prescriptibles dans une (méta)proposition impérative ultérieure. Non seulement, cette (méta)proposition impérative serait elle-même impliquée dans le même processus d'actualisation/rétroprojection, mais la fonction *pratique* de la juris-prudence rendrait vain toute tentative de raidissement excessif des canons de l'interprétation.

Un penseur hétérodoxe comme Nicolás Gómez Dávila a observé de façon incisive que « L'éthique naît de la conjonction de circonstances empiriques avec la norme transcendante que révèlent les circonstances »⁴⁷. Dans cette affirmation (qui recèle, par ailleurs, la matrice religieuse de sa pensée) il y a un point important de vérité qui s'adapte aussi (la distinction entre droit et morale et la difficulté d'étendre à l'un les propositions conçues pour l'autre restant établies) aux réflexions ici exposées : la norme régulatrice ne peut faire abstraction des circonstances empiriques pour pouvoir être connue. A la différence de Gómez Dávila, je considère toutefois qu'il n'y a aucune possibilité de « révéler » cette norme, pas même à travers les circonstances empiriques. Le jeu est toujours celui des renvois continus et réciproques : les circonstances empiriques peuvent être objet de régulation seulement si on considère qu'elles peuvent être encadrées dans le domaine applicatif de la norme régulatrice, mais la forme abstraite définie par cette norme est fatalement altérée par la forme concrète qui se confronte à elle.

4. – *Le rapport entre la norme et le temps en particulier dans le domaine de l'interprétation constitutionnelle.*

4.1. – *Sur la spécificité de l'interprétation constitutionnelle.*

Ainsi identifiée ce qui me semble être la réelle structure du processus de l'interprétation (et de l'application) juridique sous l'aspect de son rapport au temps, il faut à présent se demander si ce processus subit des altérations significatives quand l'objet de l'interprétation est constitué de ces propositions impératives particulières que sont les *dispositions constitutionnelles*. On peut en effet légitimement se demander si l'interprète de la Constitution et l'interprète de la loi utilisent la même méthode et accomplissent la même opération intellectuelle⁴⁸.

On sait que les réponses de la doctrine sont les plus variées et vont de l'affirmative à la négative, en passant par des positions intermédiaires (qui distinguent les deux interprétations quant au but, mais les comparent quant à la méthode)⁴⁹.

Les partisans de la thèse de la différenciation proposent essentiellement deux ordres d'arguments : celui de l'indétermination ; celui des valeurs⁵⁰.

⁴⁷ N. GÓMEZ DÁVILA, *Escolios a un texto implícito I*, Bogotá, Instituto Colombiano de Cultura, 1977, trad. it. (partielle) de L. Sessa, *In margine a un testo implicito*, Milano, Adelphi, 3^e éd., 2005, 17.

⁴⁸ N'ayant pas changé d'opinion, les pages qui suivent (ainsi que certains des développements ici exposés au premier paragraphe) reprennent parfois textuellement (mais avec certaines explications nécessaires et certaines précisions supplémentaires, notamment quant au rapport entre nouveauté « de fait » et interprétation constitutionnelle) ce que j'ai déjà écrit dans l'article *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione*, cit., 41 et s.

⁴⁹ Cf. en particulier G. ZAGREBELSKY, *Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1970, 904 et s.

⁵⁰ Il existe en vérité un quatrième argument, toutefois beaucoup moins diffusé que ceux énumérés dans le texte : celui de la *rigidité*. Selon certains (v. notamment A. D'ATENA, *Divagazioni in tema d'interpretazione della Costituzione*, en cours de publication in *Atti del Convegno "Lavori preparatori ed original intent del legislatore nella giurisprudenza costituzionale"*, Catania, 5 octobre 2007, 5 et s. de la version dactylographiée), la rigidité de la Constitution rejaillirait sur son interprétation, en empêchant l'interprétation évolutive « par survenances normatives » (mais non pas « par survenances effectives »). Puisque l'on admet cependant que les « survenances normatives » peuvent influencer sur l'interprétation constitutionnelle quand elles « sont dues à des sources de rang constitutionnel », on finit par vider de contenu la thèse soutenue, en ce que le même raisonnement pourrait se faire pour l'interprétation de la loi (qui, dans la logique de cette doctrine, ne devrait évoluer que face à des survenances normatives au

Pour l'*argument de l'indétermination*, l'interprétation constitutionnelle se distinguerait de celle de la loi en raison du caractère particulièrement vague (de l'indétermination, précisément) des dispositions constitutionnelles en regard des dispositions législatives. Cette thèse, datée, mais qui est de nouveau proposée aujourd'hui⁵¹, n'a pas un fondement solide. Hormis le fait que – pour les raisons déjà exposées plus haut – l'indétermination est une caractéristique ontologique des énoncés juridiques, on trouve des formulations génériques, vagues ou évocatrices pas moins dans les lois que dans les Constitutions. L'article 842 du code civil italien ne couvre pas un espace sémantique beaucoup moins étendu que l'article 42 de la Constitution, vu que dans les deux cas l'ordre juridique a voulu graver certains traits caractéristiques du droit de propriété, en en définissant le rapport avec les autres droits et avec les intérêts fondamentaux de la collectivité.

Les Constitutions connaissent aussi, au contraire, des énoncés extrêmement détaillés, univoques – ou pour dire mieux faiblement plurivoques – autant que de nombreux énoncés législatifs (pensons aux articles 56 et 57 de la Constitution italienne).

En réalité, entre la loi et la Constitution il y a, sous cet aspect, une différence *de gradation* (d'indétermination) qui correspond à la différence *de degré* (de position) dans le système des sources. Puisque dans un système de production normative ordonné (aussi et peut-être surtout)⁵² par palier hiérarchique il est dans la logique des choses (et devrait l'être dans le fait) que, en descendant l'échelle hiérarchique, on atteigne un niveau progressivement plus accentué de concrétude, le passage de la Constitution à la loi implique logiquement une augmentation des prévisions de détail ; une diminution des prévisions de but ; une augmentation des prévisions de moyens (à tel point que suscitent plus d'un motif de perplexité – voire virent parfois au grotesque – les proclamations législatives qui sont de pures et simples *Staatszielbestimmungen* répétitives – ou paraphrases – des dispositions constitutionnelles, alors que de telles déterminations pourraient presque trouver place également dans la loi, après avoir été énoncées par la Constitution)⁵³. Différence de degré et de *quantum* donc, et par conséquent (si l'on ne conçoit pas mécaniquement la « loi » de la transformation de la quantité en qualité) non pas différence de *qualitas*.

Quant à l'*argument des valeurs*⁵⁴, l'interprétation constitutionnelle marquerait sa distance à celle de la loi en ce que précisément seule la Constitution saurait exprimer l'ordre axiologique de la communauté organisée en *pólis*. Comme nous le verrons aussitôt après, cette position doit être largement accueillie, même si l'on doit préciser que la loi elle-même peut bien exprimer des valeurs (pensons aux normes sur la propriété, la liberté personnelle, la sécurité juridique, le *ius puniendi*, etc.). C'est uniquement la Constitution, néanmoins, qui (au moins dans l'Etat constitutionnel de droit) peut *qualifier* et *fonder* les valeurs justement en tant que telles, alors qu'il n'est pas permis à la loi (sauf –

moins d'égal degré). Et ce, sans considérer que cette thèse se concilie mal avec la doctrine des limites absolues à la révision constitutionnelle, désormais acceptée par les tribunaux constitutionnels européens les plus respectés.

⁵¹ M. ROSENFELD, *Interpretazioni. Il diritto fra etica e politica*. Trad. it. de G. Pino, Bologna, Il Mulino, 2000.

⁵² Les dernières années semblent avoir marqué une sorte de revanche de la hiérarchie sur la compétence, au moins si l'on en juge des difficultés rencontrées quand l'on continue à encadrer les rapports entre sources communautaires et sources internes selon le paradigme de la compétence, où sont forts les signes d'une tendance vers l'affirmation d'une véritable supra-ordination hiérarchique (qui peut être contestée seulement en tenant pour établies : a) l'incompatibilité logique entre duplicité organisationnelle et hiérarchique ; b) l'intangibilité des principes fondamentaux de la Constitution nationale).

⁵³ Le positionnement critique du corps du texte peut se retrouver à propos de nombreux statuts régionaux italiens. La Cour constitutionnelle (par un raisonnement en fait critiquable – pour les raisons indiquées par A. ANZON, *La Corte condanna all'“inefficacia” giuridica le norme “programmatiche” degli Statuti regionali*, in *Giur. cost.*, 2004, 4057 et s.) a durement contesté cette dérive, à partir des sentences n° 372, 378 et 379 de 2004.

⁵⁴ Sur lequel voir dernièrement A. BALDASSARE, *Una risposta a Guastini*, cit., 3262 et s.

évidemment – à disposer *contra Constitutionem*) d'accomplir de semblables choix qualificatifs et fondateurs, mais seulement de les développer et de les rendre effectifs (dans les limites où il est possible de satisfaire la prétention des valeurs en les réalisant).

Ceci étant précisé, on doit tout d'abord se demander quelle est la place du texte dans le processus de l'interprétation constitutionnelle.

De façon préliminaire, je précise que, à mon sens, l'interprète ne peut pas prétendre découvrir dans la Constitution des valeurs qui ne sont pas manifestées par le texte. Pensons à l'opération qui a été accomplie sur les articles 9 et 32 de la Constitution italienne (qui protègent – respectivement – le paysage et la santé) pour extraire le droit à l'environnement d'un texte constitutionnel qui ne le prévoyait pas expressément. On pourra s'accorder avec cette opération ou la critiquer, mais il est certain qu'elle s'est appuyée *sur le texte* et qu'elle s'est articulée *à travers le texte*. En revanche, l'abandon du texte, pratiqué par ceux qui ont une perception radicale de la théorie du catalogue ouvert des droits, ne peut pas être accepté, pour autant même qu'il semble apparemment légitimé par un rappel au texte (l'article 2 de la Constitution, qui reconnaît les droits inviolables de l'homme)⁵⁵.

Ce point est, à mon avis, décisif : si l'interprète, en particulier le juge, identifiait des droits constitutionnels « nouveaux » sans se préoccuper d'en trouver un fondement textuel, il accomplirait un des choix qui sont au contraire réservés (quelle que soit la conception qu'on en ait) au pouvoir constituant. Et il le ferait en altérant l'équilibre d'ensemble des droits et – plus généralement – des valeurs constitutionnelles : aucun élargissement du catalogue des droits n'est sans coût, non seulement et non pas tant parce que tout nouveau droit amplifie les positions de désavantage et de sujétion qui sont fonctionnelles à sa satisfaction, mais aussi et surtout parce que ce nouveau droit altère la position relative des droits préexistants, en déplaçant les termes de la conciliation avec les autres droits ou valeurs concurrents en cas de conflit. Une autre question est de savoir si on peut retrouver bel et bien dans une Constitution la *conciliation* entre les valeurs que cette Constitution a elle-même établies. La réponse négative (récemment rappelée, par exemple, par Antonio Baldassare)⁵⁶ est à mon avis inattaquable, parce que – au delà de toute considération plus raffinée – cette conciliation est une activité *pratique*, qui ne peut se déployer que dans l'urgence d'un conflit/concours *concret et actuel* de valeurs⁵⁷, qui – naturellement – ne peut pas être anticipé par celui qui pose la norme, mais doit être réglé par celui qui l'interprète et l'applique.

Le rapport que l'interprète constitutionnel a avec le texte est par ailleurs nécessairement différent de celui auquel recourt l'interprète de la loi.

On avait pendant longtemps cultivé l'illusion – courante surtout dans le climat de la III^e République française – que la loi était la manifestation de la *volonté générale**. Les dures – et très belles – pages de Carré de Malberg (aujourd'hui reprises, dans une perspective historique, par Rosanvallon)⁵⁸ ont

⁵⁵ L'article 2 de la Constitution exprime tout au plus l'exigence d'une interprétation dynamique du catalogue des droits (alors que le catalogue des devoirs requiert une interprétation restrictive). Alessandro Pace, dans la doctrine italienne, a beaucoup insisté sur la nécessité de s'arrimer solidement au texte et sur les risques de la conception « ouverte » de l'article 2 de la Constitution ; v., dernièrement, A. PACE, *Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo*, in *I limiti del potere*, Napoli, Jovene, 2008, 11 et s.

⁵⁶ A. BALDASSARE, *Una risposta a Guastini*, cit., notamment 3265 et s.

⁵⁷ La question de la hiérarchie des valeurs constitutionnelles est différente. A mon avis, la thèse selon laquelle les Constitutions fixent des hiérarchies de valeurs non pas générales mais relatives à chaque matière est convaincante. Elle fut soutenue en son temps par ce même auteur in A. BALDASSARE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, 656 (je ne fais pas ici allusion au texte déjà cité *Una risposta a Guastini*, où cet auteur a changé d'opinion, en proposant l'existence d'une hiérarchisation générale des valeurs constitutionnelles).

* En français dans le texte [N.d.T.].

⁵⁸ V., respectivement, R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931 ; P. ROSANVALLON, *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Paris, Gallimard, 2000 ; ID., *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Paris, Gallimard, 1992 et 2001 pour

détruit cette illusion et en ont montré toutes les limites y compris théoriques : l'omnipotence de la loi, liée justement à une certaine idée de son rapport avec la volonté générale, est désormais inexorablement dépassée. Dépassée tout autant parce qu'elle ne peut avoir de place dans un ordre juridique à constitution rigide (qui subordonne non seulement la loi à la Constitution, mais prévoit par ailleurs la justiciabilité de ses violations), que parce que la volatilité des majorités et l'affirmation d'une législation occasionnelle et liée à la contingence ont durement frappé le rapport loi/rationalité.

Le cas de la Constitution est différent : dans la Constitution les règles du jeu sont fixées « heure par heure », avec pour conséquence qu'on demande à l'interprète de maintenir stable le plus possible l'essence de la valeur inscrite dans les normes constitutionnelles, en ce que le texte exprime l'accord fondateur de la structuration de l'ordre juridique. Ici réside, me semble-t-il, un élément distinctif très fort : il est différent d'interpréter des dispositions établies au cours du déroulement du jeu et d'interpréter les dispositions qui réglementent le jeu. C'est différent non pas tant pour des raisons logiques⁵⁹, mais pour des raisons que nous pourrions définir comme socio-logiques et fonctionnelles, c'est-à-dire en raison du différent rapport au temps et à la société que ces deux séries de dispositions expriment.

De ce point de vue, la question des travaux préparatoires apparaît éclairante. Une chose sont les travaux préparatoires de la loi, autre chose ceux de la Constitution (et peut-être – mais ce point mériterait d'autres développements – également ceux des lois de révisions constitutionnelle « de système », qui parce qu'ils sont le fruit de choix largement partagés, manifesteraient – comme la Constitution – la prétention à une stabilité maximale).

La Constitution a ceci de spécifiquement particulier : elle contient des règles qui aspirent à ce que nous pourrions appeler l'*éternité organisationnelle*. Même la loi, certes, est pensée pour durer, mais seule la Constitution ambitionne de prescrire les règles du jeu d'un ordre juridique qui vivra en tant que tel seulement parce que et jusqu'à ce que ces règles, établies par *cette* Constitution, dans son identité substantielle spécifique, dureront.

En définitive : si le texte est pour tous les interprètes nécessairement le signifiant de référence, ce signifiant requiert pour l'interprète de la Constitution une stabilité interprétative plus grande que celle requise par la loi et (comme nous allons le voir tout de suite) sollicite un ancrage plus robuste à la *voluntas* de l'auteur historique (ici, comme on le voit, on ne va pas au-delà de l'identification d'une diversité de « gradation » entre l'interprétation de la Constitution et l'interprétation de la loi)⁶⁰.

4.2. – La polémique sur l'originalisme.

l'édition de poche ; ID., *Le peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, Paris, Gallimard, 1998.

⁵⁹ Pour reprendre (même en sachant qu'elle n'épuise pas tout l'univers des normes juridiques) la distinction classique entre normes de compétence (qui confèrent des pouvoirs à des autorités) et normes de conduite (qui prescrivent des comportements), il est clair que l'on trouve dans la Constitution les unes et les autres. Non pas seulement : puisque (quoiqu'indirectement) « les normes de compétence sont reconductibles à des normes de conduite » (A. ROSS, *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons, 1958, trad. it. de G. Gavazzi, *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 1965, 33), il serait impossible de postuler des paradigmes interprétatifs différents pour les normes constitutionnelles même s'ils elles étaient seulement des normes de compétence.

⁶⁰ Une différence de type non quantitatif entre interprétation de la Constitution et interprétation de la loi semblerait identifiée par G.U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale*, cit., 27, quand il rappelle le caractère « fondateur » de la Constitution et la spécificité de l'interprétation constitutionnelle due au fait qu'il y a « différentes façons de concevoir la constitution ». On devrait toutefois démontrer, à mon avis, que l'interprétation-même de la loi n'est pas conditionnée par l'accueil de telle ou telle autre conception de la Constitution, ce que je considère en revanche impossible pour la simple raison que la loi est hiérarchiquement subordonnée à la Constitution, de sorte qu'il ne soit pas imaginable que la source dont la validité est conditionnée par une autre source soit interprétée abstraction faite de la notion que l'interprète a de la source conditionnante.

Dans cette perspective, le problème classique du rapport entre texte, histoire et interprétation, déjà en son temps posé par Savigny, acquiert une couleur plus précise. Selon Savigny, l'esprit de la loi devrait prévaloir sur la lettre de la loi et, en cas de contradiction, l'interprétation de la lettre devrait être soumise à correction : « le texte imprimé, dans son rapport avec l'expression véritable, doit être considérée seulement comme la lettre de la lettre, il est donc également inférieur à cette dernière, et ne devra pas, par conséquent, échapper à cette correction-même »⁶¹. Si ce qui a été exposé jusqu'à maintenant – synthétiquement et rapidement – est exact, cette position semble poser une alternative excessivement radicale entre texte et esprit surtout quand est en jeu l'interprétation constitutionnelle : c'est à travers le texte que le constituant historique a manifesté sa volonté d'ordonnement du futur et, quoique l'intention du constituant historique doive être actualisée selon une lecture adaptée au temps du texte, c'est précisément le texte qui exprime le « pacte fondamental » qui doit guider l'interprète⁶². Il va de soi que la substance de ce pacte peut être vérifiée également en remontant à des éléments différents du texte (on l'a dit plus haut à propos des travaux préparatoires), mais ce texte, justement parce qu'il est pensé pour durer *aere perennius*, exige de l'interprète d'être sondé – et respecté – dans toutes ses significations virtuelles.

Néanmoins, on ne peut certainement pas donner tort à celui qui note que « after Constitutions are written [...] they must be interpreted and made to work »⁶³, de sorte que l'idée d'une espèce de « congélation » de l'interprétation constitutionnelle est – purement – dépourvue de sens⁶⁴. En réalité la polémique, qui a nourri le tout récent débat nord-américain sur la Constitution, entre « originalistes » et « anti-originalistes » est marquée d'un très haut taux d'idéologisation : preuve en est que la majorité des conservateurs est originaliste aux Etats-Unis (parce que la Constitution était, au début, purement libérale) alors qu'en Italie (ainsi, me semble-t-il, qu'en Allemagne) c'est la majorité des progressistes (parce que la Constitution a été et demeure plus en avance que les équilibres politiques et culturels dominants). Si l'on veut raisonner avec un minimum d'objectivité, on doit à mon avis sortir des schématismes abstraits et radicaux⁶⁵.

Il faut rappeler en premier lieu que le texte constitutionnel aussi, en tant que texte normatif, est un fait, en ce sens qu'il est un événement et qu'il a « été fait ». Comme tous les faits humains (c'est-à-dire les choses faites par les hommes)⁶⁶ par conséquent, il se prête à être lu tant pour ce qui est dans le

⁶¹ F.K. v. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. de V. Scialoja, Torino, UTET, 1886-1898, L. I, 249 et s.

⁶² On peut aussi le dire ainsi, dans le cadre d'une critique du positivisme formaliste : « on doit être attentifs aux textes normatifs en tant que moments de concrétisation d'un pacte social fondamental, qui a une continuité dans le temps, qui reçoit unité et cohérence en raison aussi de l'œuvre "arbitrale" continue de la jurisprudence » (M. LIBERTINI, *Il vincolo del diritto positivo per il giurista*, in *Scritti in onore di A. Falzea*, Milano, Giuffrè, 1991, vol. I, 363). Il est clair que ces mots – pensés pour l'interprétation de loi – valent à plus forte raison pour l'interprétation de la Constitution.

⁶³ J.M. LINCH, *Negotiating the Constitution. The Earliest Debates over Original Intent*, Ithaca and London, Cornell University Press, 1999, 227.

⁶⁴ Les originalistes eux-mêmes doivent d'ailleurs concéder que l'interprétation ne peut être disjointe de l'application (cf. par ex. K.E. WHITTINGTON, *Constitutional Interpretation. Textual Meaning, Original Intent and Judicial Review*, Lawrence, Kansas, University Press of Kansas, 1999, 6) démentant ainsi de ce seul fait leurs propres prémisses.

⁶⁵ En effet, l'originalisme n'est pas du tout conservateur « en soi », dès lors que l'intention originaire des constituants a été (pour reprendre l'expression heureuse de Calamandrei) « presbyte » (dans le même sens, C. TRIPODINA, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, en cours de publication dans les *Atti del Convegno* "Lavori preparatori ed *original intent* del legislatore nella giurisprudenza costituzionale", cit., 8 (texte dactylographié).

⁶⁶ Il peut être utile de rappeler que le *fait* (humain) est justement celui qui est accessible à la connaissance (humaine) selon Vico. Pour Vico, en effet, *verum* et *factum* sont synonymes, parce que le critère du vrai et sa règle est ce qui a été fait. C'est pour cela que Dieu, selon Vico, peut connaître le vrai dans sa plénitude et dans sa

contexte actuel que pour ce qui était dans le contexte dans lequel il est né. Néanmoins, ainsi que nous l'avons vu, une tension *ad aeternitatem* est implicite dans le texte constitutionnel. Ce qui crée un problème supplémentaire à résoudre.

L'aspiration à l'éternité semble en vérité impliquer la nécessité d'une fidélité absolue au pacte fondateur de l'ordre juridique. Elle ne soutient certainement pas les différentes *dispositions* ou les *normes* constitutionnelles, mais bien plutôt leur *contenu de valeur*. S'il en est ainsi, la mutation des faits sociaux (le contenu de valeur que le texte exprime demeurant établi) ne peut pas ne pas impliquer une évolution dans l'interprétation du texte constitutionnel, pour la simple raison que la conciliation entre les valeurs prend un sens seulement en présence de cas concrets et de contextes concrets⁶⁷. La distinction entre interprétation artistique et interprétation juridique restant posée, on pourrait aussi dire que, de même qu'un artiste manifeste son intention à travers l'œuvre, à l'intérieur de laquelle il faut lire⁶⁸, le constituant manifeste son intention à travers le texte constitutionnel, à l'intérieur duquel il faut repérer le contenu de valeur objectif de la volition fondatrice de l'ordre juridique. Le *texte* dans son *contexte* originaire, uni à l'intention originaire du constituant, est donc indispensable pour comprendre quel est le contenu de valeur que l'on a voulu confier à l'« éternité ». Mais c'est seulement en immergeant le texte dans son contexte toujours nouveau, qu'il est possible de vraiment respecter le pacte fondateur originaire (dans lequel l'intention initiale s'est exprimée), en projetant dans le présent et dans le futur l'essence de valeur qui a été consignée justement au futur⁶⁹. Du reste, celui qui interprète le fait *pour appliquer*, alors que celui qui a produit le droit l'a fait *pour poser une norme*, de sorte que la vérification d'une volonté de normation ne peut jamais être suffisante, elle seule, à soutenir une volonté d'application. Il est vrai que l'on pose une norme en vue d'une application future, mais justement parce que l'application sera future, celui qui pose une norme ne peut pas prétendre « aujourd'hui » se substituer à celui qui appliquera « demain ».

La polémique originalisme/anti-originalisme est, dans cette perspective, déstituée de tout fondement ainsi que celle qui (sauf à omettre, comme on l'a vu, que l'historien ne peut s'aliéner à lui-même et à son *propre* temps)⁷⁰ prétend contraindre l'interprète à tenir compte d'une seule des deux directions qu'il est – au contraire – tenu de suivre. L'enseignement traditionnel n'est, pour une fois, pas faux : l'interprète utilise légitimement *toute* l'armature herméneutique à sa disposition, même quand certains canons (comme celui de l'interprétation historico-psychologique et celui de l'interprétation littérale) semble *logiquement* antithétiques entre eux. S'ils ne le sont pas du point de vue *pratique*, c'est en effet parce que la réalité que l'interprète du droit doit (tenter de) dominer est tellement complexe qu'elle échappe à la netteté des schématisations rigides par lesquelles la doctrine prétend la modeler.

totalité (puisque'il a tout créé), alors que n'est accessible à l'homme que ce qui est attribuable à son action productrice (et non pas créatrice !) (G.B. VICO, *De antiquissima Italorum sapientia*, Chap. II).

⁶⁷ G. PRETI, *Retorica e logica. Le due culture*, Torino, Einaudi, 1968, notamment 224 et s. V. aussi, plus généralement, pour tous les processus interprétatifs, ce dont il a été question plus haut dans le corps du texte quant au rapport entre l'élément phrastique et l'élément neustique des énoncés normatifs.

⁶⁸ D. ARASSE, *On n'y voit rien. Descriptions*, Paris, Folio, 2007, notamment 177 et s.

⁶⁹ On a opportunément mis en évidence le fait que l'originalisme peut faire allusion tant à la nécessité de la vérification de l'intention originaire des constituants qu'à la nécessité de la vérification « de la signification originaire de certains énoncés en référence également à la législation préconstitutionnelle » (v. dernièrement L. PESOLE, *L'intenzione del legislatore costituente nell'interpretazione del parametro costituzionale*, en cours de publication dans les *Atti del Convegno "Lavori preparatori ed original intent del legislatore nella giurisprudenza costituzionale"*, cit., 8 (texte dactylographié), mais il semble évident qu'il ne s'agit pas d'une véritable alternative, puisque la question est toujours celle de la volonté du constituant historique telle qu'il la manifeste à travers le texte.

⁷⁰ Le problème « moral » ne peut, pas moins pour les originalistes, être transformé en un problème de pure « vérification des faits » (comme le considère, en revanche, H. HURD, *Living in the Past: Burkean Conservatism and Originalist Interpretation*, in *Ouv. coll., Legal Interpretation in Democratic States*, J. Goldsworthy et T. Campbell, Dartmouth – Ashgate, Aldershot – Burlington, 2002, 178).

ABSTRACT

Cette étude part de la critique de David Hume sur les opérations de dérivation de la valeur depuis le fait.

Cette critique (qui va très au-delà de la contestation de la « fausseté naturaliste » et vise à la négation du fondement rationnel des jugements éthiques) porte sur les propositions éthiques, mais a beaucoup de difficultés à s'étendre aux propositions juridiques. Elle ne peut en particulier pas s'adresser aux énoncés législatifs, ni aux énoncés qui en sont purement descriptifs. Elle n'est par ailleurs pas en mesure d'avoir la même force qui lui est reconnue relativement aux propositions éthiques à propos des propositions interprétatives de ces énoncés.

Néanmoins, un problème de rapport entre le fait et le droit dans les processus interprétatifs des énoncés juridiques se pose. La question des rapports entre évolution des faits et stabilité du texte normatif est en particulier particulièrement complexe. On l'examine dans cette étude à partir de la distinction, formulée par Richard Hare, de l'élément phrastique et de l'élément neustique des énoncés, en abordant, spécifiquement, le thème du rapport entre interprétation constitutionnelle et temps, et en redéfinissant également la perspective de la polémique entre originalistes et anti-originalistes.