



HAL
open science

The Metaethics of Constitutional Adjudication Bosko Tripkovic Oxford : Oxford University Press, 2017, 245 p

Michael Koskas

► **To cite this version:**

Michael Koskas. The Metaethics of Constitutional Adjudication Bosko Tripkovic Oxford : Oxford University Press, 2017, 245 p. Droit & societe : theorie et sciences sociales du droit. [Carnet hypotheses.org], 2018. halshs-04161134

HAL Id: halshs-04161134

<https://shs.hal.science/halshs-04161134>

Submitted on 13 Jul 2023

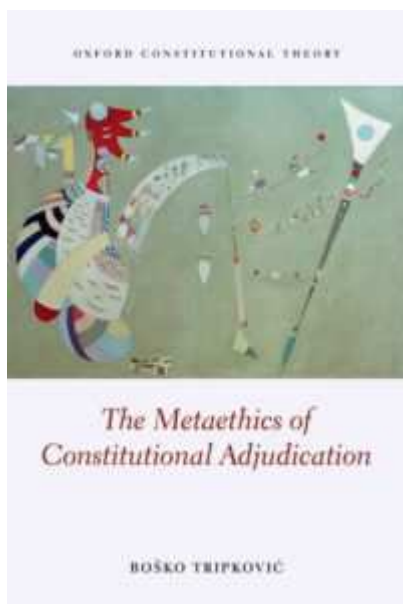
HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

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.

LU POUR VOUS

The Metaethics of Constitutional Adjudication | Bosko Tripkovic

PAR DS · PUBLIÉ 18/12/2018 · MIS À JOUR 29/11/2018



Bosko Tripkovic, *The Metaethics of Constitutional Adjudication*, Oxford : Oxford University Press, 2017, 245 p.

Compte rendu par Michael Koskas (Centre de Théorie et d'Analyse du Droit [CTAD], Université Paris Nanterre)

En mars 2017, les Éditions Gallimard publiaient l'ouvrage de Nathalie Heinich *Des valeurs, Une approche sociologique*. La thématique des valeurs était certes classique : un bref aperçu du paysage doctrinal français permet d'en prendre conscience. La démarche proposée par l'auteure l'était en revanche beaucoup moins : au rebours de travaux dont l'objet consiste à distinguer les valeurs intrinsèquement « bonnes » ou « mauvaises », l'auteure entendait les appréhender à partir de leur mobilisation dans les discours des acteurs ordinaires. C'est

tant par son objet d'étude (la mobilisation discursive des valeurs) que par sa proposition épistémologique (un non-cognitivism éthique puisé dans l'héritage de la philosophie analytique) que l'ouvrage présenté ci-dessous se rapproche de celui de Nathalie Heinich.

The Metaethics of Constitutional Adjudication est la publication de la thèse de doctorat de Bosko Tripkovic, soutenue en 2015 à l'Institut européen de Florence. La question des valeurs est ici abordée, non pas au regard de leur usage par des acteurs ordinaires mais de leur mention par les juges constitutionnels. Le problème général soulevé par la thèse pourrait se formuler ainsi : quelle conception générale des valeurs sous-tend les jugements des cours constitutionnelles ?

Au terme d'une approche consistant à explorer le discours déployé par les cours constitutionnelles, intégrant tant les arguments des décisions que ceux des opinions individuelles, l'auteur s'interroge sur l'existence d'une morale propre aux jugements constitutionnels. C'est ainsi une théorie de l'argumentation éthique qui est proposée ; plus précisément, une théorie que l'on pourrait qualifier d'empiriste (observation du discours des juges) et de générale (ne s'intéressant pas seulement à une juridiction particulière).

La force de l'approche de Bosko Tripkovic réside sans doute dans ses choix épistémologiques. Comme il le revendique lui-même dès les premières pages, l'auteur défend une conception

antiréaliste des valeurs, lesquelles loin d'être considérées comme des vérités morales objectives correspondant à des faits étrangers aux agents, sont conçues comme dépendantes du contexte dans lequel elles se manifestent. Sous ce rapport, il ne s'agit pas tant de juger de la pertinence morale des arguments avancés par les cours que de tenter d'extraire des modèles argumentatifs rendant compte de la manière par laquelle les cours procèdent à des jugements de valeurs – d'où l'expression éponyme « Metaethics », préfigurant un propos sur l'éthique des jugements constitutionnels.

Ainsi que l'affirme Bosko Tripkovic, tous les arguments mobilisés par les juges n'ont pas vocation à résoudre des problèmes moraux indéterminés ; seuls les « arguments éthiques » ont cette faculté. Si ces derniers, selon les termes suggestifs de l'auteur, « vont au-delà du droit existant et visent à apporter des solutions à des problèmes moraux non déterminés », d'autres, moins audacieux, viseraient la simple application du droit. Que l'on adhère à cette distinction ou que l'on considère au contraire que tout argument ne peut se dépêtrer d'une charge morale sous-jacente (idée selon laquelle il n'y aurait que des arguments éthiques), l'identification des arguments éthiques constitue, pour l'auteur, une première étape essentielle dans son projet de clarification des jugements moraux des cours constitutionnelles.

Bosko Tripkovic identifie trois types d'arguments éthiques : l'argument de l'identité constitutionnelle, celui du sentiment commun et enfin celui-ci de la raison universelle. Ces modèles de justification, qui ont en commun de porter une évaluation morale (plutôt que de contribuer à découvrir le sens d'une disposition), puisent néanmoins les valeurs dans des représentations distinctes. Tandis que l'argument de l'identité constitutionnelle les rattache aux traditions contingentes d'une communauté particulière dotée d'une Constitution, l'argument du sentiment commun comprend les réactions émotives d'un groupe comme la source d'engagements évaluatifs. L'argument de la raison universelle, quant à lui, se réfère au langage de la raison sans être lié à une communauté spécifique.

Pour parvenir à identifier chacun de ces arguments éthiques, il fallait recourir au droit comparé. C'est pourquoi, tout au long de son étude, l'auteur se réfère aux décisions et opinions individuelles des juges de diverses cours constitutionnelles telles que celles d'Afrique du Sud, d'Allemagne, du Canada, des États-Unis, d'Israël mais aussi à certaines décisions de la Cour européenne des droits de l'homme ou de la Cour de justice de l'Union européenne.

L'enquête se poursuit par une interrogation sur les fondements méta-éthiques de ces arguments. En cela, c'est une théorie descriptive de l'argumentation éthique qui est proposée : quelle est la conception morale sous-jacente à chacun de ces arguments éthiques ? La méthode choisie est rigoureuse. L'un après l'autre, les arguments éthiques sont identifiés puis analysés au regard de leur mobilisation dans les décisions et opinions individuelles des juges des différents pays. Cette démarche de clarification du raisonnement constitutionnel permet à Bosko Tripkovic de mettre au jour « une éthique constitutionnelle méta-éthiquement instable » (p. 142). Si chacun des arguments éthiques est utilisé de manière distincte, aucun d'entre eux n'est en capacité de constituer une « source autonome des valeurs » (p. 244). Autrement dit, le contenu des chacun des

trois arguments est imprécis. La comparaison des pratiques constitutionnelles montre notamment qu'il n'est pas possible d'identifier l'identité constitutionnelle d'une communauté puisque celle-ci ne peut être détachée des réactions émotives des acteurs dont font partie les juges (argument du sentiment commun).

Une reconstruction de ce raisonnement constitutionnel méta-éthiquement instable devient nécessaire. L'auteur s'y emploie par l'intermédiaire d'une proposition théorique visant à reconstruire l'évaluation morale. Pour cela, se référant aux travaux de Willard Van Orman Quine qui établissait un parallèle entre le scientifique et l'homme ordinaire, Bosko Tripkovic relie l'éthique à la compréhension de soi : les valeurs doivent être comprises en référence à leur mobilisation par un individu ordinaire, c'est-à-dire un individu soumis à des émotions comme à des préjugés. C'est ainsi que le point de départ de cette théorie prescrit une compréhension « crédible des valeurs » (p. 10). En ce sens, ces dernières constituent des « processus évaluatifs complexes » qui surgissent notamment du fait de nos réactions émotives en lien avec notre personnalité ainsi que nos attitudes évaluatives (p. 191).

Pourtant, une prise en compte du contexte institutionnel demeure inévitable : si les juges n'échappent pas aux réactions émotives, le fondement de leurs évaluations ne peut se limiter à de tels intuitions contingentes. Un processus de détachement doit être opéré. Ainsi, à ce que l'auteur nomme « la confiance pratique » dans nos propres évaluations, il faut, dans le cadre du jugement constitutionnel, ajouter un processus de « réflexion ». Celui-ci doit permettre de mettre à l'épreuve les valeurs issues de cette « confiance pratique » par les « vertus » de la réflexion comme « la confiance en soi, la maturité, la cohérence, l'imagination, la sensibilité, l'ouverture d'esprit, l'adaptation » (p. 223).

C'est ainsi que, partant d'une évaluation morale articulée autour de ces deux processus que sont la confiance pratique dans nos intuitions et la réflexion, la proposition de Bosko Tripkovic se veut une reconstruction rationnelle, voire « rationaliste »¹, de « l'éthique constitutionnelle ». Nul besoin pour cela de recourir à de nouveaux arguments éthiques : l'identité constitutionnelle, le sentiment commun et la raison universelle possèdent « en eux-mêmes » le potentiel nécessaire pour instituer une « conception adéquate de la valeur » (p. 200). Plutôt que mobiliser de manière distincte chaque argument, les juges devraient les articuler entre eux afin de parvenir à une conception saine des valeurs.

Le propos de l'auteur, jusqu'alors descriptif, bascule soudain dans un registre normatif et semble ainsi s'écarter d'une construction méta-éthique pour proposer une éthique normative – ce qui soulève ainsi l'épineux problème des limites d'une approche pourtant revendiquée comme neutre et descriptive. Le modèle proposé aux juges est le suivant : commencer par identifier les réactions émotives d'une communauté (retrouvées dans l'argument du sentiment commun), avant de les mettre à l'épreuve d'une réflexion envisageant différentes perspectives morales (argument de la raison universelle), ce qui permettra une meilleure compréhension de l'identité constitutionnelle.

De l'aveu même de son auteur, et malgré un matériel empirique proprement juridique, l'objectif

premier de cet ouvrage demeure philosophique (p. 11). Si tant est qu'une telle distinction ait du sens, concédons que les hypothèses avancées par Bosko Tripkovic ouvrent des perspectives innovantes dans l'étude du raisonnement juridictionnel. Si le cas français est en l'occurrence laissé de côté dans cet ouvrage, peut-être serait-il opportun de reprendre ces hypothèses à l'aune de ce discours si riche que constituent les comptes rendus de délibérations du Conseil constitutionnel.

1. La question pourtant essentielle des présupposés de l'auteur sur ce qui constitue une justification est délaissée.

Ainsi que l'avait Wittgenstein, le choix d'une justification fondée sur la rationalité ne saurait néanmoins être considéré comme allant de soi (v. Ludwig Wittgenstein, « Remarques sur Le Rameau d'Or de Frazer », traduit par Jean Lacoste, *Agone*, 23, 2000). [[↗](#)]

