



LA NATURE ONTOLOGIQUE DES NORMES FONDAMENTALES

Luca Parisoli

Aujourd'hui, il n'est pas nécessaire de justifier sa méfiance personnelle à l'égard du droit naturel; de même qu'il n'est pas nécessaire de justifier son choix positiviste, car tout le monde est censé être positiviste. Évidemment, il y a des auteurs qui cherchent, en élevant leur voix, à apporter des bonnes raisons en faveur de l'utilité du concept de droit naturel, dans la mesure où celui-ci nous permet d'illustrer les systèmes juridiques tout en permettant de comprendre notre expérience morale: c'est le cas de Xavier Dijon qui l'a fait dans le but d'évaluer soigneusement le droit positif (*Droit naturel*, Paris, 1998); John Finnis l'a fait par une réproposition et une nouvelle et actuelle lecture de s. Thomas (*Aquinas*, Oxford, 1998); Francesco Viola a essayé de montrer que le fossé entre faits et valeurs pourrait bien être comblé (*Dalla natura ai diritti*, Rome, 1997); c'est enfin le cas de Jean-Marc Trigeaud qui a montré l'enjeu de la perspective personnaliste dans la défense du jusnaturalisme (*Métaphysique et éthique au fondement du droit*, Bordeaux, 1995); ou de Andrés Ollero: Les droits de l'homme sont aussi juridiques que tout autre section du droit. Lorsqu'une méthodologie se déclare incapable d'expliquer leur jeu, loin de les anathématiser, elle ne fait que reconnaître son impuissance à rendre compte de la réalité

juridique. (*Droit "positif" et droits de l'homme*, Bordeaux, 1997, p. 76).

Chacun de ces auteurs dialogue avec ses adversaires philosophiques sans s'engager directement par une persuasion en faveur d'un fondement supra-naturel du droit naturel: étant donné que leur discours est censé être persuasif même chez ceux qui n'acceptent pas l'existence d'une sphère surnaturelle de notre expérience, ils mettent à côté leur thèse spécifique sur le fondement ultime du droit naturel et ils essaient plutôt de faire part de expérience juridique ordinaire en se référant à un niveau normatif supérieur au droit positif, dénommé droit naturel, tout en l'enracinant dans l'expérience humaine. En ce qui nous concerne, nous ne voulons pas nous engager dans une recherche sur le problème du fondement, ce qui serait une tâche plus ambitieuse que celle entreprise par lesdits auteurs: il s'agirait du même exercice philosophique que celui entreprise par Blandine Kriegel (*Les Droits de l'homme et le droit naturel*, Paris, 1986), où l'histoire joue un rôle essentiel dans l'argumentation, selon une tradition qui fait autorité et qui nous vient de Grotius et de Pufendorf. Il s'agit d'une façon de concevoir le problème du fondement qui peut être d'une certaine manière en harmonie avec les analyses de Collingwood (*An Essay on Metaphysics*, Oxford, 1940), qui avait proposé sans ambiguïté de qualifier les propositions métaphysiques comme des propositions historiques. Il s'agit d'une opération stratégique à l'intérieur du discours du droit naturel: elle avance bien des arguments en faveur de l'existence de normes naturelles, mais l'interlocuteur idéal juspositiviste considère souvent qu'il s'agit d'argumentations ne concernant pas le droit, et qui visent plutôt les domaines de l'éthique, de la religion, de l'anthropologie, et qu'ils ne relèvent pas du discours de la science juridique. Nous pensons que cette démarche est trop rigide, au point que l'argumentation "historienne" des jusnaturalistes, ceux qui ont mis entre crochet la question du fondement afin d'éviter de brutaux affrontements

métaphysiques, débouche sur une *impasse* et reflète un nouvel échec de la communication (Trigeaud 1995 intitulé l'un des essais: "Ce droit naturel que le positivisme a inventé").

Ainsi, afin de compléter les discours jusnaturalistes auxquels nous avons fait allusion, nous essaierons de faire une incursion *in partibus infidelium*, en évitant d'exprimer d'emblée des options métaphysiques inacceptables pour un juspositiviste, tout en sachant que des auteurs les considèrent vraies. A cette fin, nous entrerons dans la forteresse juspositiviste pour découvrir que sa sécurité se vide progressivement de sa substance. Imre Lakatos nous suggère une idée méthodologique que peut éclaircir notre argumentation: dans son *Proofs and Refutations* (1976) il montre comment la défense d'un hypothétique théorème mathématique peut repousser toute critique, en la qualifiant de monstruosité. Le juspositivisme peut se défendre des critiques en qualifiant celles-ci d'exemplifications de monstruosités sans intérêt: mais le résultat final serait une science juridique manifestant la très dangereuse tendance à ne parler que d'elle-même, en dépit de sa prétention à être la seule description du droit. Il nous suffira de montrer qu'il y a une alternative au juspositivisme, et que cette alternative peut bien répondre à une exigence traditionnelle de la recherche philosophique: expliquer le plus grand nombre de phénomènes par le nombre nécessaire d'étants.

Notre intention n'est pas de proposer une carte géographique des normes des systèmes juridiques, tâche qui devrait prendre en compte les différents usages du mot "norme"; de même, nous ne voulons pas répéter les analyses sur la nature des normes, eidétiques ou constitutives, anankastiques ou techniques, d'auteurs qui font autorité comme Gaetano Carcaterra (1979) ou Amedeo Conte (1985 et 1989). Nous ne proposons pas de classer les usages actuels du langage juridique. Bien au contraire, nous proposons une théorie qui se révèle être en dernier ressort métaphysique, sous forme de réélaboration du langage objet, comme on le voit souvent dans l'histoire de la philosophie:

même si le but poursuivi était bien différent, Hume proposait une nouvelle théorie de la morale par un nouveau langage de celle-ci, et le même utilitarisme est un moyen d'illustrer notre expérience morale par un glissement conscient de la signification de certains mots d'usage courant ou ordinaire (i.e., "responsabilité"). Les critères de l'efficacité et de la simplicité constituent la règle de comparaison d'une théorie métaphysique en égard à d'autres théories alternatives: il ne s'agit surtout pas d'essayer d'expliquer les causes des usages vagues, ambigus ou génériques du langage objet. La formulation d'un nouveau schéma de signification ne peut pas assimiler les usages "systematically misleading" (à la Ryle): notre effort consiste notamment à montrer que, par le refus de certains usages, la compréhension de la réalité gagne en qualité. C'est la même tâche que Strawson dans *Individuals* (1959) attribuait aux métaphysiques prescriptives aussi bien qu'aux métaphysiques descriptives.

Finalement, nous nous proposons à partir d'une action *in partibus infidelium* de montrer par une analyse ontologique, au sens de l'école logique polonaise de l'entre deux guerres, un signe des défauts du positivisme et une indication en faveur du droit naturel: l'idée est celle qu'une ontologie pauvre, refusant toute modalité d'existence aux normes naturelles, ne peut pas nous satisfaire, dans la mesure où existe l'alternative d'une ontologie plus riche qui reconnaît l'existence de l'objet "droit naturel". Ainsi, les normes naturelles existent au même titre que les normes positives, mais par une procédure de production fort différente: tout en précisant que nous ne disons pas qu'elles existent dans l'espace et dans le temps, et tout en affirmant que dans aucun royaume on ne peut les toucher (même si G.E. Moore et K. Gödel prétendaient que les nombres ont la même modalité d'existence qu'une chaise). Ce qui nous semble évident est que les normes naturelles, en dehors de l'espace et du temps, jouissent d'une modalité d'existence: malheureusement, si quelqu'un utilise une gnoséologie radicalement physicaliste, la doctrine des



protocoles empiriques de la Vienne de Neurath et Carnap, alors il n'y a rien à étudier en dehors des sciences empiriques, en accomplissant ainsi le rêve d'une métaphysique qui se transforme en physique. Georges Kalinowski a montré (*L'impossible métaphysique*, Paris, 1981) que cette approche nous interdit d'étudier l'ontologie des faits normatifs, et pourtant nous ne sommes pas obligés d'accepter une telle réduction: sur les traces de Kalinowski, il faut essayer de tracer des nouvelles routes, en espérant y rencontrer des compagnons qui partagent au moins les mêmes soucis. Nous proposons à la discussion l'idée selon laquelle les normes naturelles sont un objet de la pensée humaine, ne se limitant pas à être le résultat des activités de notre intellect et de notre volonté, mais qu'elles sont aussi la découverte d'une réalité qui existe avant ces opérations, comme cela s'avère pour les théorèmes mathématiques chez les mathématiciens "platoniciens", lesquels restent, en dépit des efforts intuitionnistes ou nominalistes, la famille la plus nombreuse parmi ceux qui font de la mathématique plutôt que parmi ceux qui font de la "philosophie de(s)". Pour contrecarrer les contestations, nous feront appel aux argumentations présentes dans les sources de la littérature scientifique, en les ordonnant afin d'en montrer la force de persuasion.

Dans un article récent, qui se place dans le contexte d'une analyse identifiable en tant que "positiviste", et qui à notre avis ne renvoie pas à des suggestions carnapiennes, Michel Troper ("La notion de principes supraconstitutionnels", 1994) avance l'idée que les normes supraconstitutionnelles ne sont pas un concept pouvant être employé dans le cadre du modèle juspositiviste. En effet, tout usage de ce concept nous renvoie à l'ancienne stratégie jusnaturaliste. L'idée essentielle, que Troper a justifié avec soin par toutes les références nécessaires, est que les normes sont des attributions de signification aux énoncés normatifs, qui à leur tour sont les éléments constitutifs des sources du droit. Il s'agit d'une thèse lancée par Giovanni

Tarello, et reprise avec certaines nuances par Riccardo Guastini: Tarello affirme que l'interprète produit les normes par une opération d'attribution de signification aux énoncés (ou dispositions) déterminés par le législateur. On pourrait proposer une révision de cette thèse par l'idée que les énoncés normatifs sont la manifestation des normes, ainsi que l'interprète les retrouve par ses moyens d'interprétation: l'enjeu de cette révision est l'envie d'affaiblir une image d'arbitraire qui pourrait caractériser l'interprétation judiciaire. Or, toute théorie de l'interprétation reconnaît que le juge utilise des arguments afin d'associer la norme (la signification) à sa source (l'énoncé). Chaque interprète doit identifier une ou plusieurs normes qui régissent un certain cas d'espèce: le problème final est de déterminer si le cas d'espèce donné est un cas de violation d'une quelconque norme du système, ou si au contraire il y a absence de violation. Comme le dit Trigeaud ("Le concept de droit et l'idée de juste", 1999), "interpréter le droit n'est pas se livrer à un travail passif de simple reproduction, mais c'est reprendre un raisonnement, afin de le parfaire et d'en déployer tous les mécanismes dans l'application à un cas donné". Donc, à partir des énoncés mis à leur disposition le juge (à partir des énoncés de droit positif selon la règle générale d'identification d'un système positif), le juriste (à partir des énoncés précédents ainsi que tous les énoncés qui à son avis peuvent produire du droit valide), le théologien (à partir des énoncés des Écritures et de la Tradition), le philosophe moral (à partir des énoncés à la disposition d'une discussion rationnelle) essaient de dégager une ou plusieurs normes pouvant être appliquées au cas d'espèce traité. Dans ce but, ils utilisent des arguments afin de montrer à leur "public" que la norme dégagée existe et qu'elle est apte à résoudre le problème posé: le départ est un énoncé, l'arrivée est une norme. Il suffit de cette idée minimale afin de suivre l'argumentation de Troper: dans le discours juridique l'identification des énoncés normatifs n'est pas *prima facie* embrouillée, contrairement au discours moral, car il y

a des règles formelles qui nous énumèrent les sources propres du droit, c'est à dire les ensembles d'énoncés normatifs exprimés par des actes normatifs, produits par des procédures autorisées, et l'interprète doit utiliser seulement ces matériaux comme matière originelle de son travail de production (ou de reconnaissance) des normes.

Les principes supraconstitutionnels (ou les normes supraconstitutionnelles, car un principe, comme nous le dit Troper, est une norme très générale, ou de niveau très élevé, ou fondamentale, mais toujours une norme) doivent être hétéronomes: en effet, il ne suffit pas ici de montrer la différence entre pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé, car il n'y a pas de supraconstitutionnalité "si la différence entre constitution et lois constitutionnelles est seulement procédurale". Seul le juge constitutionnel peut créer de véritables normes supraconstitutionnelles, voire des normes qui ne peuvent pas être dépassées par n'importe quelle manoeuvre de production législative, ordinaire, constituante dérivée ou originaire: "lorsqu'il y a dans le droit positif des principes supraconstitutionnels, c'est qu'ils sont créés par le juge". En effet, Troper nous avait déjà dit: "il faut bien admettre ou bien qu'il s'agit de principes de droit naturel, ou bien qu'ils sont implicitement contenus dans la constitution. Mais dans les deux cas, la substance des principes est déterminée par l'interprétation du juge".

L'argumentation de Troper est claire: "lorsqu'on justifie une décision portant sur la validité d'une norme, c'est nécessairement à une norme supérieure qu'on fait appel. Le plus souvent, cette norme supérieure est exprimée dans un texte", mais il peut aussi s'agir d'une norme implicite (en littérature, certains positivistes radicaux contestent l'idée de norme implicite, car une norme découle toujours d'un ensemble de dispositions, à la limite du système juridique tout entier). "Mais quelle que soit la manière dont cette norme est produite, elle ne peut remplir sa fonction de justification que si l'on suppose qu'elle est hiérarchiquement

supérieure à la norme objet de la décision”. La modalité ontologique de ces normes est celle d’une “existence objective” et leur production par le juge est en réalité une découverte ou un dégagement. “C’est pour cette raison que les droits de l’homme doivent être considérés... comme des principes transcendants”: Troper se réfère à l’expression employée par Vedel, “nécessité quasi ontologique”, mais nous disons directement qu’il s’agit d’une nécessité ontologique.

Troper peut ainsi conclure: “on peut penser ce que l’on veut de l’opportunité d’une telle solution, mais il n’est pas permis de la présenter comme découlant de quelque forme que ce soit du positivisme juridique. Il s’agit tout simplement de la vieille justification jusnaturaliste du pouvoir”. Nous pensons que Troper a raison, et que par son souci d’une science pure du droit il nous donne la possibilité de nous mettre d’accord sur les faits formels sans partager aucun sentiment de méfiance vis-à-vis de la stratégie jurisprudentielle des normes supraconstitutionnelles: l’existence des normes supraconstitutionnelles est incompatible avec le juspositivisme, et (au contraire de ce que semble disposé à faire Troper) il s’agit là de la meilleure évidence pour renoncer au juspositivisme.

Nous ne voyons aucune faille logique dans l’argumentation logique de Troper, ainsi nous la partageons: pas seulement parce qu’elle nous semble persuasive, mais notamment parce que la littérature qui se prétend “positiviste radicale” partage les conclusions de Troper, ainsi d’un Riccardo Guastini ou d’un Otto Pfersmann (*stricto sensu*, normativiste kelsenien) qui pourraient accuser la stratégie des normes supraconstitutionnelles d’être une stratégie qui n’a pas de fondement dans le droit positif (notamment, Guastini, étant donné son émotivisme éthique à la Stevenson, qui a été qualifié dans son cas de “Grunfphilosophie” (la philosophie de la réduction des valeurs aux manifestations immédiates, comme les grimaces du visage), pourrait bien dire que la notion de norme supraconstitutionnelle, ou de “norme

suprême”, est bel et bien un *flatus vocis*). Pourtant, nous ne croyons pas que la réalité d’un juge qui pratique la stratégie des normes supraconstitutionnelles puisse être une donnée marginale pour le théoricien du droit: en laissant tomber le souci de la pureté de la science juridique, il faut bien reconnaître le rôle essentiel joué par le juge dans le phénomène normatif et prendre en compte le fait que sa motivation puisse être qualifiée comme stratégie argumentative jusnaturaliste, mais c’est le droit existant pratiqué par une stratégie jusnaturaliste. Nous ne cachons pas notre préférence pour au moins une partie de l’approche du réalisme juridique, car nous sommes prêts à partager l’affirmation d’Alf Ross pour qui, face à la théorie manifestée par les tribunaux dans les motivations des arrêts, la théorie des juristes doit toujours capituler, car il s’agit d’une situation parallèle à la promulgation d’une nouvelle loi (*On Law and Justice*, chap. II, § 9, in fine). Mais contrairement à Ross, et notamment dans une direction opposée à l’anti-métaphysique programmatique du chef de l’école scandinave Axel Hägerström (*Inquiries into the Nature of Law and Morals*, Stockholm, 1953) et de son élève Karl Olivecrona (*Law as Fact*, London, 1971²), nous croyons que les philosophes du droit ont comme tâche de rechercher le fondement métaphysique des outils employés par les juges, d’en proposer d’autres ou de suggérer au législateur la production de nouveaux énoncés. L’objet “droit positif” est ainsi l’ensemble des énoncés en vigueur, et le “droit valide” est *prima facie* l’ensemble des normes dégagées par les juges, sous réserve d’une non-existence d’énoncés invalides et de normes qui pourraient les produire: il s’agit là de deux significations du mot “droit” qui sont un “fait” pour ceux qui veulent parler du droit. Pourtant, si nous sommes d’accord avec le réalisme scandinave qu’il y a un objet “droit”, fait de la production normative et du législateur et du juge, nous voulons souligner néanmoins que la motivation du juge est constituée par des arguments, pouvant être analysés à la lumière de la rationalité (logique, morale ou rhétorique). Finalement,

un véritable réaliste scandinave nous considérerait comme un adversaire plutôt que comme un compagnon de route: nous disons que l'approche du réalisme concernant la production des normes par le juge est une description fiable de la réalité des systèmes juridiques, mais en même temps nous croyons que le droit comme ensemble des normes n'est pas une production de la volonté du juge; il s'agit au contraire de son argumentation rationnelle. Le juge crée le droit valide, et ce droit est fonction de son efficacité (au moins potentielle) dans notre monde: pourtant, le droit qui existe sans référence à la modalité empirique est la source du travail d'extraction du juge, et non pas sa création *ex nihilo*. Il y a des normes qui pré-existent à l'argumentation du juge: comme le dirait Alf Ross à notre égard, nous sommes des jusnaturalistes.

Nous ne pouvons pas proposer aujourd'hui notre théorie du droit, car malheureusement nous ne disposons pas d'un tel outil (que nous désirons), car il nous faudrait une théorie sémantique capable de satisfaire les nécessités d'une théorie philosophique réaliste (il faut souligner que le "réalisme juridique scandinave" est une thèse philosophique presque contraire au "réalisme philosophique" traditionnel: le "réalisme scandinave" est une forme de scepticisme à l'égard de toute réalité objective morale, donc il est une forme de non-cognitivism radical; au contraire, le "réalisme philosophique" est une théorie, gnoséologique ou morale, d'une réalité objective des entités non-empiriques). Nous laissons tomber le jeûne métaphysique du réalisme scandinave car, comme le dit Ollero-Tassara, "le non-cognitivism théorique contredit l'évidence d'une exigence sociale pratique de légitimité. Si le droit perdure, c'est parce que le citoyen le reconnaît et l'accepte comme un processus de raison pratique, qui essaye d'exprimer de contenus réels". Il nous faudrait une défense de l'essentialisme afin d'établir l'existence des normes supraconstitutionnelles, mais peut être qu'il nous suffit d'adopter un réalisme interne à la Putnam (et dans ce cas, Putnam nous offre



une théorie sémantique viable). Or, si notre souhait est de défendre l'essentialisme, nous devons avouer ne pas pouvoir le faire par de bonnes argumentations actuellement à notre disposition: mais afin de défendre l'existence de normes supraconstitutionnelles, nous croyons que la théorie réaliste de Putnam suffit. Notre but est de contredire l'argumentation positiviste qui interdit un discours sémantiquement riche concernant ces normes suprêmes: or, si nous reconnaissons que nous sommes plongés dans un milieu de civilisation juridique qui adopte une théorie de normes fondamentales, nous croyons pouvoir en déduire que le juge est autorisé à parler dans son discours technique de la motivation juridique de l'existence de normes supraconstitutionnelles. Finalement, nous croyons que le discours des droits de l'homme est un caractère essentiel de notre civilisation juridique, donc dans notre théorie générale du monde (à la Putnam) il est normal que le juge, habilité par le système juridique à produire des normes, affirme l'existence de normes supraconstitutionnelles.

Nous admettons que le droit est, dans un sens pertinent au moins, le produit de l'activité des juges, qui de par le moyen de l'interprétation engendrent des significations (les normes) aux énoncés normatifs: il s'agit là du droit (ensemble des normes) valide, qui se différencie du droit positif (au sens de posé, selon l'étymologie canonistique) qui est l'ensemble des énoncés normatifs produits par le pouvoir législatif. Nous ne voulons pas censurer les usages ordinaires du mot "norme", mais nous suggérons qu'il est fort utile dans la description du droit de faire la différence conceptuelle et lexicale entre la sphère juridique des normes et la sphère des énoncés qui sont la source de ces normes. Ensuite, la science juridique est la proposition d'argumentations visant à montrer l'existence de normes: ou à partir des énoncés du droit positif comme le juge est censé le faire, ou bien à partir de n'importe quel énoncé jugé sensible. Ainsi, la science juridique est différente de la jurisprudence car le juge est un acteur

politique qui a reçu une habilitation spécifique, pour formuler des décisions concernant un litige moyennant une motivation, alors que la personne qui produit une réflexion normative est seulement un philosophe (au sens large de philosophie). Mais au-delà de l'habilitation positive qui détermine l'efficacité (potentielle), la jurisprudence manifeste un choix parmi toutes les autres possibles dans la science juridique (ici, nous pouvons accepter l'idée de Pfersmann 1999 que l'activité interprétative de tous les acteurs politiques produit des normes, qui à leur tour produisent des effets selon le statut normatif et moral de l'acteur; il nous suffit de dire qu'il ne faut jamais confondre le législateur comme producteur (habilité par le système positif) des énoncés normatifs et le législateur comme producteur (non pas habilité par le système positif) des normes législatives): les liens entre doctrine et jurisprudence reposent sur le fait que la motivation rationnelle est la même sous la plume d'un juge ou sous la plume d'un philosophe. L'ontologie des normes nous donne la possibilité notamment de justifier l'existence de normes supraconstitutionnelles sans nous borner à reproduire le discours de la jurisprudence. Étant donné que la jurisprudence emploie les discours des normes suprêmes, nous pouvons affirmer que notre ontologie, qui les qualifie d'une existence antérieure à tout système de droit positif, est en harmonie avec les résultats de cette jurisprudence, si bien que le juge peut invoquer des critères de civilisations juridiques, de respect des droits fondamentaux de l'homme, de justice naturelle, ou autre encore. Ces critères là ne sont pas *prima facie* identiques, mais comme dirait Troper ces sont des critères jusnaturalistes: cela est suffisant, et nous proposons le critère simple et brutal de l'existence des normes supraconstitutionnelles.

Nous croyons que le problème du fondement est un problème sérieux: si pour certains ce problème est signe de non-scientificité, nous ne pouvons pas accepter cette thèse car à nos yeux elle est dépourvue de persuasion. Donc, nous pouvons

accepter l'idée d'une différence entre une théorie du droit (qui évacue le problème du fondement) et une philosophie du droit (qui au contraire analyse le problème du fondement), mais contrairement aux juristes positivistes analytiques nous croyons que le problème du fondement est nécessaire afin d'avoir une description complète de la réalité juridique. Le pouvoir magique des mots, la charge classique avancée contre l'idée d'une existence du droit objectif, étant donné que ce pouvoir est manifesté par la pratique judiciaire, peut être le meilleur signe en faveur de l'existence de choses magiques, ou, dans un langage moins poétique, des normes.

Pierre Legendre nous a fourni des puissantes suggestions: sans leurs valeurs symboliques (ce que Ross appelait la conscience morale du juge) les normes se dissolvent. Comme il nous le montre dans *L'amour du censeur* (1974), le fondement de la norme est la condition de son existence. Notamment, certaines propriétés des normes reconnues à l'intérieur du système juridique peuvent être expliquées par le seul moyen d'autres normes placées en dehors du même système positif: nous pensons aux droits fondamentaux qui s'imposent au législateur national par les décisions des juges, nous pensons au rôle de l'équité dans la justice du cas d'espèce, nous pensons aux juges d'une Cour constitutionnelle refusant l'acte législatif visant à éliminer du texte constitutionnel l'énoncé qui exprime un droit fondamental. Ces normes extra-positives doivent exister, il s'agit de discerner l'épistémologie qui nous donne les critères pour pouvoir les reconnaître: ici, nous devons faire preuve de prudence. Faut-il revenir à Pufendorf, ou faut-il choisir entre le droit naturel de s. Thomas ou celui de Duns Scot? La conscience sociale pourrait-elle être un fondement naturel des normes extra-positives qui satisferait en même temps le juriste sceptique face à une réalité non-empirique comme le juriste qui fait confiance à une sphère morale objective? Il s'agit d'une vaste analyse, mais il ne faut pas désespérer: la réflexion sur les normes naturelles nous paraît de

même nature que la classification des valeurs morales ou des attitudes psychologiques.

Nous nous bornons ici à proposer un projet de recherche, dans le cadre de la logique des mondes possibles: Michael Zimmerman (*The Concept of Moral Obligation*, 1996) l'a utilisé pour étudier la notion d'obligation morale, par une transformation des propositions déontiques en descriptions d'états de choses (structure à arbres ramifiés). Dans l'interprétation de David Lewis, il s'agit d'une représentation qui nous conduit à affirmer qu'une norme existe pleinement et sans trop de différence rapportée à des objets matériels, car dans chaque monde possible où la valeur X existe (p.e., la justice) il n'y a jamais un état de choses qui ne soit pas conforme à l'application d'une norme donnée. Nous proposons, conscient des possibles contestations, le réalisme modal de Lewis comme la stratégie pour aborder l'épistémologie des normes naturelles. Notre attirance pour cette stratégie dans le contexte du débat jusnaturaliste nous vient du fait que le réalisme modal nous renvoie à la philosophie modale de Duns Scot, elle-même caractérisée par une approche anti-aristotélicienne et par une logique de la contingence assez actuelle (cf. la recherche historiographique de Simo Knuuttila e Alain de Vos). Nous croyons que la théorie du droit naturel de la Scolastique franciscaine possède des potentialités très importantes pour la compréhension de la science juridique contemporaine: ainsi, le réalisme modal serait l'outil logique et métaphysique le plus puissant afin de proposer le jusnaturalisme scotiste sans que l'on soit obligé d'évoquer ses références théologiques. Nous nous répétons en affirmant que la nécessaire existence des normes naturelles nous semble plus évidente et persuasive que le souci non pleinement apaisé d'une hésitation dans l'énumération des critères pour pouvoir les connaître individuellement.

Or, une dernière suggestion métaphysique reste à avancer: l'existence de normes naturelles, immuables et révélant une modalité d'existence propre, demande au moins une proposition

qui leur soustrait un certain air de magie. Notre idée, nous empruntons à un article de Vallentyne 1997, est que l'expérience mentale d'imaginer un monde déflationné ou collapsé (nous nous excusons d'avoir recours à des anglicismes qui évoquent l'idée de diminution radicale et de repli sur soi-même par le biais du langage mathématique) où l'espace et le temps n'existent plus et où il y a désormais un seul objet, nous laisse avec un monde où le même objet maintient ses propriétés essentielles. La nature de l'objet dépend de ses propriétés essentielles sans y réduire: il s'agit là de la survenance mereologique, au sens de Kim 1993. Le système juridique est censé régir les rapports des êtres humains réunis en société: les êtres humains sont essentiellement des personnes, voire la personne est la nature métaphysique des objets naturels "êtres humains", car elle pose la différence entre l'objet et le sujet. Dans un monde où les lois de la physique et de la biologie seraient différentes par rapport à celle du nôtre, dans un monde où il y aurait absence du ADN, dans ce monde là il y aura des systèmes normatifs à la seule condition qu'il y aura des personnes, voire des sujets libres. La personne humaine dépend des propriétés naturelles, mais elle ne se réduit pas à ces propriétés naturelles: la personne humaine est la condition métaphysique de l'existence de notre langage normatif. La notion de personne est liée à celle de liberté, car sans liberté il n'y a pas d'agents moraux, et de même il n'y a pas d'objets d'un système normatif, mais seulement la possibilité des lois physiques causales ou statistiques, qui n'existent plus dans le monde de Vallentyne, où il(s) reste(nt) quand même l'(es) objet(s) avec ses(leurs) propriétés intrinsèques. La liberté est notamment une propriété intrinsèque de la personne, car la liberté se manifeste par les données de l'expérience normative humaine. Nous faisons l'expérience de la responsabilité, mais la liberté ne peut pas prétendre la décrire *ex post*, car l'attribution de responsabilité est un jeu compliqué qui ne doit pas se confondre avec la notion de responsabilité. La dignité humaine est finalement la valeur

qui survient sur la propriété intrinsèque de la liberté, et toute violation de la dignité humaine est une violation des normes naturelles, qui nous disent au moins “il ne faut pas léser la dignité humaine” (qui est la valeur intrinsèque de la personne). Comme il le dit la juriste Michelle Gobert, sans aucune intention apparente de faire de la métaphysique, “la notion de personne donc ne s’appréhende, réellement, qu’à travers celle de sa dignité” (1999, p. 172). Notre proposition de fondation métaphysique de normes naturelles est donc une démarche de développement de l’intuition de G.E. Moore 1903 et de ses héritiers qui appliquent la notion de survenance forte au royaume des valeurs.

Or, au seul niveau de l’expérience historique de la politique, l’existence des normes supraconstitutionnelles est nécessaire afin de faire de la constitution un acte normatif pouvant exprimer des normes qui sont procédurellement différentes des autres, mais de plus elles le sont par la spécificité de leur signification. Notamment, la hiérarchie formelle peut ordonner les sources du droit dans un ordre comme dans un autre: or, si la loi ordinaire peut être modifiée par le législateur à son gré sans autre différence qu’une procédure plus lourde, et il n’y a rien d’autre à dire à propos de la Constitution, il en découle une signification de Constitution qui n’a plus rien à voir avec les débats sur la fonction politique de la constitution, de la Scolastique médiévale à Locke, de Wolff à Burke, jusqu’à aujourd’hui. Un caractère commun à toute la tradition de la philosophie politique constitutionnelle occidentale consiste à considérer la constitution comme sphère normative visant à limiter le pouvoir du souverain. A partir de la thèse positiviste de la compétence du souverain à modifier la constitution (ensemble d’énoncés normatifs), l’idée que nous avons juste énoncée n’a plus de sens: comment le souverain pourrait-il être limité par ce que lui même peut établir à son gré? Il est toujours possible de refuser l’analyse de la fonction identitaire de la Constitution, dans la signification du critère d’identification du système juridique: il nous semble qu’une telle

option peut dessiner une notion pure du système, mais elle n'a que peu à voir avec le monde réel.

Mais, si les normes constitutionnelles appartiennent à un niveau supérieur aux autres normes positives, si le pouvoir législatif produit des énoncés normatifs appelés formellement "Constitution" et "loi", si notamment la constitution est consacrée à manifester une valeur symbolique de la force normative, comme on le dit communément par des expressions "identité nationale", "volonté des Pères Fondateurs", "Constitution de l'an X" (cf. Pierre Legendre), alors la théorie juspositiviste ne peut nous donner aucune théorie de l'idée de norme immuable, une idée qui se place au coeur de tout débat constitutionnel. Le normativisme juridique et son formalisme ne peuvent pas assurer l'existence d'un bon législateur qui protège les normes immuables: il n'y a aucune bonne raison juspositiviste pour que le législateur qui produit, par la due procédure, un énoncé normatif *prima facie* non conforme à une norme immuable ait à violer une règle. Or, l'existence des normes immuables, les droits fondamentaux de l'homme, est une donnée de notre civilisation, et la croyance en leur existence ne nous vient pas du législateur, mais de notre conscience, car les normes immuables sont justement opposées à tout législateur qui ne les reconnaît pas (ou se borne à faire semblant de les reconnaître). Finalement, la croyance dans leur existence pourrait bien satisfaire les critères de la justification illustrés par Alvin Plantinga (*Warrant and the Proper Function*, Oxford, 1993): même les positivistes les plus acharnés devraient reconnaître leur présence dans notre civilisation, mais il en font un affaire de statistique et non pas de fondement (ainsi Norberto Bobbio, "I diritti universali dell'uomo", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 42, 1965, p. 301-309: cf. la critique d'Ollero-Tassara qui dit "les droits de l'homme sont l'élément objectif du consensus" et "cela ne constitue pas un obstacle, bien au contraire, pour reconnaître

que le consensus est la condition de la légitime opérativité des droits de l'homme").

Cependant, nous ne pouvons pas parler d'une norme immuable s'il s'agit seulement d'une affaire d'accord contingent, même si ce dernier était unanime: la norme immuable pourrait toujours disparaître par un nouvel accord, sauf s'il nous est clair que l'accord unanime est un signe de la nature humaine. Or, la nature humaine ne s'exprime pas nécessairement par l'unanimité, et le juspositiviste refuse précisément la notion de nature humaine. Nous constatons que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne, comme celle d'autres Cours, manifeste dans ses motivations la persuasion de l'existence de normes constitutionnelles immuables car elles s'appuient sur des normes supraconstitutionnelles. En l'absence de ces dernières, le juge ne pourrait jamais parler de normes immuables: le législateur, en effet, peut modifier les énoncés législatifs de telle façon que la Cour constitutionnelle ne peut plus proposer une norme antérieure, car les possibilités de l'interprétation ne sont pas infinies, étant donné que le juge partage les valeurs d'une communauté culturelle et anthropologique de la société dans laquelle il oeuvre. Notamment, le législateur (assez habile) pourrait rendre impossible une interprétation normative du juge en lui fournissant un matériel "énoncé" qui ne lui permettrait pas, sans tomber dans des argumentations non-persuasives, de maintenir sa croyance en l'existence d'une norme donnée. Or, le juge, en prévision d'une telle mesure, peut très bien prendre ses précautions et être couvert face à un hypothétique législateur, malin et peu soucieux des normes immuables, par le moyen de normes s'appuyant sur des énoncés supraconstitutionnels, donc par définition étrangers à l'intervention du législateur. Dans ce cas, il s'agit d'une lutte entre deux pouvoirs de l'État. Or, si nous croyons à des droits fondamentaux de l'homme, il nous faut bien nous ranger parmi les partisans du juge qui croit en un droit supraconstitutionnel, un droit que Troper qualifie de naturel.



Nous ne croyons pas qu'il s'agisse d'une notion jurisprudentielle vide de contenu: la tâche du juge est l'attribution de signification aux lois, par le moyen d'argumentations persuasives au moins vis-à-vis des autres juges. La force épistémologique du discours du juge, concernant les normes a, *apriori*, un statut spécifique qui nous contraint à le considérer comme toujours important si nous sommes en train de décrire le droit. Nous avons des alternatives, bien sûr: nous pourrions célébrer l'idéologie du juge en sa qualité de "bouche de la loi", ou encore faire l'apologie de l'argumentation de la lettre, de l'interprétation immédiate et directe, susceptible d'établir une identification entre les énoncés et les normes par une fonction de biunivocité. Contre ces alternatives, nous proposons des raisons de politique du droit, de philosophie du langage, et l'attitude même du juge. Nous croyons que l'axiome de la séparation des pouvoirs (entendu comme règle technique de la démocratie) ne peut pas tolérer la machine "bouche de la loi", et que l'annulation du pouvoir judiciaire est un élément de philosophies politiques que nous ne partageons pas (la famille hégélienne, p.e.) et une idée qui n'a pas de vérification très positive dans l'histoire de la civilisation du XXe siècle (nous affirmons notre choix politique conformément à ce que dit Ollero-Tassara, quand il écrit "tout texte constitutionnel se réfère implicitement à une théorie de la justice. Il n'y aura donc pas une protection juridique authentique des droits de l'homme sans un éclaircissement de la théorie de la justice qui sert de fondement"). Cela dit, des éléments fondamentaux de la théorie linguistique, tels la différence entre syntaxe et sémantique, entre dénotation et connotation, la différence absolue entre le langage naturel et le langage formalisé, nous montrent que le rêve leibnizien d'un discours juridique mathématisé n'est rien d'autre qu'un rêve, s'il est vrai que que le droit doit parler du monde social. L'interprétation littérale n'est jamais définitive, elle est toujours, dans un sens très banal, la première ébauche d'attribution de signification, et peut être aussi la conclusion à la condition (*de*

facto, inexistante) de faire l'unanimité des interprètes. En réalité, cette unanimité peut être obtenue par d'autres argumentations, et les juges ont désormais abandonné l'idée que l'argument de la lettre puisse la réaliser (et nous pouvons affirmer cette thèse de façon phénoménologique pour le cas empirique de la jurisprudence italienne, mais il nous semble que la même thèse s'impose pour les jurisprudences de l'Europe occidentale, et pas seulement).

Notre thèse ontologique a son point de départ méthodologique dans une approche jusréaliste qui reconnaît l'existence de faits normatifs dans l'action du juge, et elle atteint son point d'arrivée en la croyance jusnaturaliste dans l'existence de normes naturelles. Ces dernières échappent à la production des énoncés normatifs du pouvoir législatif, dans la mesure où les énoncés normatifs (de droit positif) positifs sont par définition de niveau inférieur aux énoncés (écrits ou pas écrits) à partir desquels le juge construit la norme naturelle (potentiellement) efficace dans le système de droit positif où le juge pratique son activité, mais qui est notamment une norme valide dans le même système juridique, étant donné qu'elle découle de la bouche du juge. Il n'y a aucune possibilité pour le législateur d'empêcher le juge de déclarer la validité de la norme naturelle dans un système juridique positif: la norme naturelle existe avant toute production de droit positif, elle n'est pas déclarée à partir des énoncés du droit positif, donc elle peut être toujours affirmée même contre la législation car elle vient d'ailleurs, elle vient de la normativité naturelle. Cette normativité naturelle peut être parfois décrite comme étant l'ensemble des principes de l'État de droit et de la démocratie, ainsi que le fait Müller dans *Juristische Methodik* (Berlin, 1993), elle peut être, comme nous l'avons déjà dit, la conscience sociale, elle peut notamment être la structure normative du réel, qu'il faudra bien étudier par le moyen de la logique réaliste des mondes possibles. Mais cette normativité relève assurément du droit valide, car le juge constitutionnel a

bien voulu lui donner une valeur juridique: sans cette attitude du juge, elle relèverait du droit naturel, ainsi privée d'efficacité (potentielle), ce qui n'est pas le cas aujourd'hui, le résultat étant finalement que le positivisme est démenti par les pratiques mêmes du juge.

Les normes immuables sont un élément stratégique permettant d'éviter la chute d'un système normatif dans l'arbitraire; et l'ontologie du positivisme est pauvre au point de ne pas pouvoir en admettre l'existence, car il serait impossible qu'une norme immuable ait la même modalité existentielle qu'ont les autres normes modifiables (pour nous, au contraire, le juge manifeste toutes les normes par des déclarations). Il y a des juspositivismes qui essaient de prendre les avantages du jusnaturalisme en prétendant être toujours des juspositivismes: il y a des auteurs comme Luigi Ferrajoli (1998, mais aussi 1999, avec la réponse positiviste orthodoxe de Paolo Comanducci 1999) qui attribuent au législateur des devoirs *prima facie* politiques, mais qui vont être dits simplement juridiques, en vertu du droit positif. Cette stratégie pousse à interpréter le droit à la liberté (exprimé par un énoncé constitutionnel, ensuite manifesté par une norme constitutionnelle) comme une obligation pour le juge de sanctionner les violations de ce droit, mais aussi comme une obligation juridique (et non pas politique, comme il serait évident) pour le législateur d'en assurer les conditions de la pleine jouissance pour les citoyens. La norme constitutionnelle qui exprime le droit à l'éducation serait aussi une obligation juridique pour le législateur de construire des écoles, comme si le simple énoncé normatif pouvait devenir l'expression d'une vertu politique. Il s'agit d'un juspositivisme louable, car il introduit de la chaleur morale dans la froideur des normes pures, mais malheureusement, comme les positivistes "orthodoxes" le lui reprochent, il ne s'agit plus de positivisme, comme le montre aussi la confusion systématique entre normes et énoncés, entre hiérarchie normative et valeur morale, faite par ces auteurs, de même qu'une approche

ressemblant fortement à une violation de la loi de Hume et à un effort pour justifier le système positif par soi-même (du fait que l'énoncé pensé par le législateur et pour le juge, découle une obligation pour le législateur; de l'affirmation du droit à quelque chose, qui peut bien être une liberté négative, on passe au devoir de donner quelque chose, qui est nécessairement une liberté positive à la charge de l'Etat, une situation qui nous dit que ces auteurs juspositivistes ne sont pas du tout des réactionnaires anti-marxistes).

Sans normes immuables, pourtant, le système n'a pas de fondement et personne ne peut songer à limiter l'action du législateur. Une notion aussi évidente que celle des droits universels de l'homme relèverait des "droits de papier" avant d'être établis par l'énoncé positif d'une constitution, et seule une norme constitutionnelle pourrait donner aux droits de papier leur efficacité juridique. Nous ne partageons pas cette attitude, qui aboutit à nier la réalité ontologique de droits de l'homme, ce que faisait par une attitude contraire Michel Villey (*Droit et droits de l'homme*, Paris, 1983), quand il exprimait une notion de droit naturel "objectif" que nous ne pouvons pas non plus partager, comme déjà Kalinowski ne la partageait pas (mais une critique du jusnaturalisme à la Villey nous l'avons déjà proposée ailleurs, Parisoli 1999). Contre l'ontologie juspositiviste, nous pensons qu'il faut admettre l'intuition selon laquelle les droits de l'homme, tels ceux de la *Déclaration* du 1789, sont une réalité existante avant toute formation sociale ou système juridique. Nous reconnaissons le fait que les droits de l'homme peuvent être protégés dans un système juridique à condition d'être énumérés dans la constitution, et nous acceptons cette thèse du positivisme méthodologique. Par contre, nous jugeons intolérable la thèse du positivisme idéologique selon laquelle ce qui n'est pas dans la constitution écrite n'existe pas, et malheureusement pour ses partisans elle n'est pas non plus une bonne description des systèmes juridiques. Nous l'avons déjà dit, il y a des problèmes



de description pour le positivisme juridique; mais il nous importe de souligner qu'il ne peut pas non plus rendre compte de notre expérience déontique qui nous pousse à voir la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* comme une déclaration des normes déontiques qui existaient avec l'homme, qui précède le citoyen.

Nous n'avons pas la prétention d'identifier des contradictions à l'intérieur du juspositivisme: même Humpty Dumpty savait maintenir sa cohérence au prix d'être le maître du langage. Les Humptys Dumptys juspositivistes ont la prétention de nous imposer leur ontologie pauvre, et Alice semble souvent se résigner à cette austérité ontologique. Alice, pourtant, devrait bien lui demander si son langage est un jeu pour une communauté scientifique ou si le même langage veut parler du monde. Nous ne voyons pas comment Humpty Dumpty pourrait expliquer notre vision des droits fondamentaux qui ne se borne pas au droit positif, et il préférerait sûrement nous expliquer que nous ne savons pas utiliser les mots: il essaierait sûrement de nous imposer le (neo)positivisme (logique) juridique et son idée qu'il n'y a rien du tout avant la législation positive (issue de la force?). Mais une nouvelle Alice, en comparant le monde de Humpty Dumpty et le sien, pourrait bien conclure que le positivisme est une idéologie indésirable, et qu'il vaut mieux l'abandonner afin de se plonger dans la vie ordinaire des hommes et des femmes.

BIBLIOGRAPHIE

- CARCATERRA, G., *La forza costitutiva delle norme*, Rome, 1979.
- CAYLA, O., "Sur la théorie du pouvoir constituant originaire", colloque SFPJ "L'acte constituant", Paris, novembre 1999.
- CONTE, A. G., *Nove studi sul linguaggio normativo*, Turin, 1985.
- CONTE, A. G., *Filosofia del linguaggio normativo*, Turin, 1989.
- COLLINGWOOD, R. G., *An Essay on Metaphysics*, Oxford, 1940.
- COMANDUCCI, P., réponse à Ferrajoli (1999).
- DIJON, X., *Droit naturel*, I, Paris, 1998.
- FERRAJOLI, L., "Diritti fondamentali", *Teoria politica*, 14, 1998/2, p. 3-33.
- FERRAJOLI, L., exposé "Realismo e normativismo nelle teorie del diritto", colloque SIFA "Normativity, Facts and Values", Roma, octobre 1999.
- FINNIS, J., *Aquinas*, Oxford, 1998.
- GOBERT, M., *Le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine*, dans M. L. PAVIA, T. REVET, *La dignité de la personne humaine*, Paris, 1999.
- GÖDEL, K., *Collected Works*, vol. II, Oxford, 1990.
- GUASTINI, R., *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1990².
- KALINOWSKI, G., *L'impossible métaphysique*, Paris, 1981.
- KIM, J., *Supervenience and Mind*, Cambridge, 1993.
- KRIEGEL, B., *Les Droits de l'homme et le droit naturel*, Paris, 1986.
- LAKATOS, I., *Proofs and Refutations*, Cambridge, 1976.
- LEGENDRE, P., *L'amour du censeur*, Paris, 1974.
- LEGENDRE, P., *Sur la question dogmatique en Occident*, Paris, 1999.
- LEWIS, D., *On the Plurality of Worlds*, Oxford, 1986.
- MEGGLE, G., (études réunies par), *Actions, Normes, Values*, Berlin, 1998.
- MOORE, G. E., *Principia Ethica*, Cambridge, 1993 (1903¹, édité par T. Baldwin, avec la "Preface" du 1922 and the essay "The Conception of the Intrinsic Value").
- MÜLLER, F., *Juristische Methodik*, Berlin, 1993, tr. fr. Paris, 1996.



- OLLERO-TASSARA, A., *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, 1989.
- OLLERO-TASSARA, A., *Droit "positif" et droits de l'homme*, Bordeaux, 1997.
- PARISOLI, L., *Volontarismo e diritto soggettivo*, Roma, 1999.
- PFERSMANN, O., "Les révisions cachées", colloque SFPJ "L'acte constituant", Paris, novembre 1999.
- PLANTINGA, A., *Warrant and the Proper Function*, Oxford, 1993.
- PUTNAM, H., *Realism wit a Human Face*, Cambridge, Mass. 1990, tr. fr. Paris, 1994.
- RIALS, S., "Supraconstitutionnalité et systématique du droit", *Archives de Philosophie du Droit*, 31, 1986, p. 57-76.
- ROSS, A., "Le problème des sources du droit à la lumière d'une théorie réaliste du droit", *Annuaire de l'Institut de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, 1934, p. 167-187.
- ROSS, A., *On Law and Justice*, London, 1958.
- STRAWSON, P. F., *Individuals*, London, 1959, tr. fr. Paris, 1973.
- TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980.
- TRIGEAUD, J. M., *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, Bordeaux, 1995.
- TRIGEAUD, J. M., *L'homme coupable*, Bordeaux, 1999.
- TROPER, M., *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, 1994.
- TROPER, M., "La notion de principes supraconstitutionnels", *Revue de la Société de législation comparée*, 15, 1994, tr. it. "Le norme sovraconstituzionali", *Analisi e diritto* 1996, p. 255-274.
- VALLENTYNE, P., "Intrinsic Properties Defined", *Philosophical Studies*, 88, 1997, p. 209-219.
- VILLEY, M., *Droit et droits de l'homme*, Paris, 1983.
- VIOLA, F., *Dalla natura ai diritti*, Roma, 1997.
- ZIMMERMAN, M., *The Concept of Moral Obligation*, Cambridge, 1996.