

LE RAPPORT ENTRE FORMALISME, POSITIVISME JURIDIQUE ET
L'HISTOIRE DANS LE DROIT CONSTITUTIONNEL

Version provisoire

Ines Ciolli

Professore associato di diritto costituzionale

Università Sapienza di Roma

1. *L'insuffisante division en théorie du droit en formalisme et positivisme juridique.*

La doctrine a souvent divisé les théories juridiques en deux grandes catégories : le formalisme et le positivisme, même si cette partition n'était pas satisfaisante parce que les différences parmi les théories sont beaucoup plus complexes.

Il faut tenir compte d'une grande distinction culturelle entre les États-Unis et l'Europe, par exemple ; il est vrai que les universitaires américains, par culture, écartent les doctrines formalistes et que leurs théories sont généralement plus axées sur le réalisme juridique, mais, même sur ce qui semble être une partition commune, il existe de nombreuses différences par rapport aux modèles continentaux. Toutefois là encore, le contexte historico-juridique a contribué à cette distinction : le réalisme américain est aussi une réponse pour contredire et contenir ou subvertir l'activisme juridique et les positions prises par la Cour suprême, souvent contraires au New Deal de Roosevelt¹.

Ceci est digne d'une grande complexité qui ne peut être réduite à une dichotomie : formalisme juridique, positivisme juridique².

Selon Gavazzi, par exemple, une grande partie de la conception du droit sur le continent européen peut être ramenée au normativisme, selon lequel le droit est un ensemble de règles de conduite impérative, en d'autres termes le « *Sollen* » prévaut³.

Même à l'intérieur de la sphère des théories formalistes, les différences sont considérables et un même auteur peut, à différents moments de sa vie et de sa réflexion, prendre en compte des éléments différents et, en tout état de cause, même la théorie formaliste par excellence comme celle de Hans Kelsen a été repensée à plusieurs reprises par lui et l'arrivée de Kelsen aux États-Unis a enrichi sa conception des normes. Le grand juriste autrichien n'a jamais renié le caractère formel de sa doctrine, mais les aspects dynamiques de celle-ci se sont accrus face à l'impact d'une perspective, celle de l'Américain, qui a fait

¹ Voir la reconstruction de G. TARELLO, *Diritti, enunciati, usi*, Bologna, 1974, 484 f. et F. POLITI, *Riflessioni preliminari per uno studio sull'interpretazione giuridica*, L'Aquila, 2014, 26.

² G. GAVAZZI, *Introduction* à A. Ross, *On Law and justice*, London, 1958, trad. it. *Diritto e Giustizia*, Torino, X. L'auteur décrit dans l'introduction de Ross les différences entre le réalisme scandinave et le réalisme américain et ajoute une forte différence avec les modèles européens.

³ G. Gavazzi, *Studi di teoria del diritto*, Torino, 1993.

du matérialisme et de l'empirisme un aspect fondamental non seulement de sa théorie du droit, mais aussi de la culture dont les Etats-Unis sont imprégnés⁴. C'est pour cela que la théorie du droit du Kelsen admitra, après le séjour américain, aussi une ouverture à la sociologie juridique et à l'importance de la jurisprudence dans le droit, qui se manifeste dans l'édition allemande de la théorie du droit de 1960, celle que Mario Losano tient en considération dans sa traduction italienne (traduction qui voit aussi l'intervention directe de Kelsen en 1966)⁵.

Cela signifie que la dogmatique juridique et le rationalisme empirique des doctrines du droit occupent deux pôles extrêmes, longtemps considérés comme inconciliables, mais que la ligne qui le tiens ensemble prévoit aussi toute une vaste gamme de nuances, qui représentent les positions doctrinales qui sont connues⁶. Les deux pôles extrêmes sont toujours utiles pour remarquer les éléments qui leur appartient et qui caractérisent les deux grandes doctrines.

Par exemple, la doctrine pure du droit rappelle l'autonomie qu'elle revendique par rapport au pouvoir politique et que le droit ne serve pas le pouvoir ; en même temps nous rappelle qu'il existe une logique générale des normes qui n'a aucune proximité avec le droit naturel, le devoir-être et le *Sollen*⁷. La dogmatique juridique nous a fourni des modèles plus structurés et capables de résister à l'évolution du temps, pour le fait qu'ils sont considérés universels et (apparemment) neutres par rapport à la politique, à la société et au droit⁸.

L'aspect négatif consiste dans le fait que cela vide le droit de son contenu même et, comme l'a rappelé Alessandro Giuliani – un théoricien du droit trop peu connu à l'étranger (et

⁴ L'évolution de Hans Kelsen est bien expliquée par M. Losano dans son *Introduction* à la traduction italienne de *La Théorie pure du droit* en 1966.

⁵ *Ivi*, XXII.

⁶ N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Torino, 1965.

⁷ H. KELSEN, *La doctrine pure du droit* dans l'édition italienne Einaudi, 1966 avec l'introduction de M. Losano et son interlocution et les corrections de Kelsen à partir de l'édition allemande de 1960.

⁸ Voir M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, en *Enciclopedia del diritto*, - Annali, Vol. IX, Milano, 2016, 406, qui réaffirme la nécessité de protéger la dogmatique juridique, contre toute tentative de le rendre liquide ou fluide comme le recommande G. ZAGREBELSKY, dans son œuvre, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 15.

La distinction ici proposé qui voit le formalisme privé de chaque conception historique et le matérialisme comme une immersion dans le fait est clairement excessive, rudimentaire et approximative pour mettre bien en évidence les différences, beaucoup plus nuancées entre les deux grands courants de pensée, le formalisme et le positiviste juridique.

C'est aussi clair qu'un mélange entre les deux pourrait mieux aider le droit à survivre dans cette modernité tardive. En effet, même en prétendant que ce n'est que dans la dogmatique juridique qu'il est possible de trouver une construction solide et structurée qui préserve le droit du pouvoir, ce besoin se fait sentir jusque dans des théories éloignées du formalisme juridique et plus ouvertes aux autres sciences. Francesco De Santis rappelle comment la recherche de Giuliani est née de la nécessité de « soustraire le droit au monopole du pouvoir politique » (et de la dogmatique du positivisme juridique) et la relation étroite du droit avec l'histoire et avec le long terme « peut représenter un outil très efficace de critique de la modernité juridique et de ses formalismes » : F. DE SANCTIS, *Introduction* en F. Cerrone, G. Repetto (édit.), *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica fra logica ed etica*, Milano, 2012, p. 20.

malheureusement très peu apprécié en Italie)⁹ – le droit naît indirectement de l’histoire et des faits (Giuliani disait que « le droit n’est pas une logique mais un fait humain et donc historique »)¹⁰. Giuliani n’adhère pas à la dogmatique juridique entendue au sens négatif comme une construction détachée des données historiques et politiques, mais il soutient également que cela ne signifie pas rejeter la théorie du droit, qui est autre chose que la dogmatique et peut contenir les éléments fallacieux du fait et de l’immanence de la règle juridique¹¹. En vérité, parler de la dogmatique comme d’une construction juridique ou d’une technique d’interprétation qui exclut l’histoire revient à isoler le droit et à le rendre imperméable à l’histoire et au fait social¹².

La science juridique, pour Giuliani, n’est pas une science des normes. Le moment normatif ne disparaît pas de son analyse, mais il n’est plus central et doit être considéré avec une pluralité d’autres facteurs.

Au contraire, la reconnaissance de la valeur dans les processus d’évaluation juridique, est centrale. Il s’ensuit, comme on le comprendra, que le juriste doit, pour s’acquitter de sa tâche, pour élaborer des principes et des critères d’évaluation juridique, s’occuper d’économie, de sociologie, d’anthropologie, de philosophie, de religions et ainsi de suite, mais de son point de vue, en tenant compte du fait qu’il est appelé, dans la société, à une responsabilité non négligeable et spécifique, celle de proposer aux porteurs d’intérêts, qui s’affrontent pour l’obtention de biens et/ou pour l’affirmation de valeurs, des solutions raisonnables et compatibles avec les structures normatives (au sens d’axiologiques) et discursives (au sens proprement interne de la structure argumentative des discours juridiques) du droit à un moment historique donné.

La tâche du juriste est donc immergée dans l’histoire, elle est historiquement conditionnée, mais elle n’est pas, ou ne doit pas être, au service d’un seul intérêt. Cette « impartialité » du juriste peut être comprise comme un principe éthique fondamental de son activité, un principe qui renvoie à son implication dans l’histoire et *aux valeurs*, mais aussi à une tradition d’activité que Giuliani avait étudiée en profondeur et qui rend cette perspective, à mon avis, très significative pour la réflexion sur le droit aujourd’hui¹³.

⁹ En Italie existe une école juridique restreinte réunissant un groupe de prosélytes d’Alessandro Giuliani, tels que Angelo Antonio Cervati, Francesco Cerrone et Silvia Niccolai. Ce sont pour la plupart des constitutionnalistes qui réfléchissent sur le droit et pas seulement sur les normes. Au contraire, ils font de la science juridique le retravail des faits et des comportements et non des normes. En d’autres termes, ils se débarrassent de la dogmatique juridique pour approcher l’expérience mais avec une méthode juridique rigoureuse qui tient en compte les *principia iuris*.

¹⁰ A. GIULIANI, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Milano, 1957.

¹¹ Sur l’importance de la théorie du droit et sur ses rapports avec la philosophie de droit, R. GUASTINI, *Teoria del diritto. Approccio metodologico*, Modena, 2015 e N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, 1965.

¹² A.A. CERVATI, *A proposito dello studio del diritto costituzionale in una prospettiva storica e della comparazione tra ordinamenti giuridici*, in *Diritto romano attuale*, 1999.

¹³ F. CERRONE, *Appunti intorno ad interpretazione e principi (con particolare riferimento alle fonti del diritto) nel pensiero di Alessandro Giuliani*, en F. Cerrone, G. Repetto, (édit.), *Alessandro Giuliani: l’esperienza giuridica fra logica ed etica*, cit., 617 ff.

Il exige du juriste un effort pour reconstruire l'interprétation qui n'existe pas en soi, mais à travers l'activité continue de l'interprète. L'analyse du phénomène juridique montre que l'« interprétation-application » ne peut être comprise comme un « appendice externe et étranger » à un droit qui est « déjà tout formé et défini dans la norme ». L'interprétation constitue une « partie intégrante » du phénomène juridique : « l'interprétation-application est la même norme qui se projette dans la vie et devient la vie, l'histoire d'une société dans le temps et l'espace »¹⁴. Comme l'enseigne Emilio Betti, c'est l'interprétation qui fait vivre le droit dans la réalité historique, phénomène particulièrement important sans lequel la norme reste un texte écrit sans vie¹⁵.

Cependant, cette position, certes fascinante, met en évidence la faiblesse de cette thèse : la centralité des valeurs. Une chose est d'introduire dans la science juridique une interprétation (à travers les canons et les instruments du droit, cependant) de l'histoire et des autres sciences liées au droit, et de redonner ainsi à la science juridique une perspective dynamique qui caractérise les institutions et sans laquelle nous n'avons qu'une photographie qui décrit les normes, mais ne les saisit pas telles qu'elles se déploient dans la réalité ; une autre chose est de placer au centre de la lecture des phénomènes juridiques la question des valeurs, qui constituent un choix discrétionnaire vouée à conditionner et orienter le droit, lequel assume cependant un rôle subordonné à elles.

Ceci est d'autant plus dangereux en matière de droit constitutionnel où la nécessaire généralité des normes, même prescriptives, implique un rôle important pour les choix de valeurs et une centralité de l'instrument d'interprétation qui peut être fortement conditionné par les positions de départ, et si celles-ci prennent comme prémisses non pas les normes elles-mêmes et les principes, mais les valeurs, la discrétion de l'analyse devient maximale.

2. *Quel est l'apport de l'histoire et de l'expérience par le droit constitutionnel ?*

La doctrine du droit ou bien la théorie de droit nous aide dans la compréhension du phénomène plus important pour le droit : l'État¹⁶ (et de sa Constitution). C'est pour cette raison que, surtout en droit constitutionnel, une proximité des théories juridiques et surtout l'utilisation de l'histoire comme partie intégrante de la théorie juridique s'avèrent particulièrement importantes et satisfaisantes.

Si l'on considère le droit comme une « expérience historique collective », résultat d'une confrontation continue d'opinions et de positions doctrinales, il faut admettre l'importance et peut être la nécessité de forme de composition entre les doctrines opposées et sûrement l'acceptation, aussi par la doctrine plus formalistes, de l'usage de l'histoire et des

¹⁴ P. GROSSI, *Società, diritto e Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006.

¹⁵ E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, (édition revue par G. Crifò), 1990. L'A., même lorsqu'il se réfère au moment de l'interprétation, la considère comme un espace concret, dans lequel l'interprétation, parce qu'elle est juridique, exige la solution d'un problème concret et n'aboutit pas à une spéculation. La généralité et l'abstraction de la norme doivent être confrontées à la réalité et à l'histoire. Ivi, p. 804.

¹⁶ Sur les liaisons entre théorie générale du droit et théorie générale de l'Etat, qui voit cette dernière comme une branche de la théorie générale du droit, voir M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, 1994, p. 19 f.

phénomènes sociaux pour mieux comprendre la réalité (Kelsen lui-même l'avait également indiqué dans ses derniers réflexions).

Surtout, le droit constitutionnel, qui est une expérience collective par définition, car la Constitution ne peut être considérée un fait privé, est destiné à des transformations continues et à des interprétations différentes en raison des influences du droit externe et étranger, des influences de la comparaison juridique et de la jurisprudence et surtout à cause des mutations culturelles¹⁷. Dans ce cas, l'attention portée aux concepts historiques au moment de l'interprétation et au langage - qui implique également une évolution historique pour être défini et interprété à son tour - est un élément irremplaçable et nécessaire. Sans aller jusqu'à l'empirisme total, la subsumption des expériences, entendues dans le sens indiqué ci-dessus, dans le raisonnement juridique logique est essentielle non seulement pour comprendre la réalité, mais aussi pour émettre des hypothèses sur les choix futurs, puisque l'histoire aide non seulement à réfléchir sur le passé, mais aussi à tracer l'avenir sur des bases concrètes et solides¹⁸.

Le recours à l'histoire, pour ce qui concerne l'interprétation de la Constitution, doit être compris comme la capacité de lire les institutions et leurs sources de manière évolutive, et non dans le sens d'un ancrage dans un originalisme à l'américaine tel qu'il a été compris récemment, c'est-à-dire en ne considérant que l'« intention originelle », c'est-à-dire l'« *original intent* » comme historique, en particulier en ce qui concerne l'avortement et les armes¹⁹. L'« original intent » signifie « l'argument par lequel il faut donner à chaque énoncé normatif le sens qui correspond à la volonté (...) du législateur concret, du législateur historique »²⁰ ou, dans le cas du droit constitutionnel, du père constituant. L'histoire doit contribuer à la construction d'un droit vivant et non à une fossilisation du droit²¹.

¹⁷ A. GIULIANI, *Droit, mouvement, réminiscence, Archives de philosophie du droit*, 1966, 87 ff. Dans le même sens et sur l'importance des principes comme medium qui met en communication la Valeur avec le droit et la loi, G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, p. 225. À mon avis, culture et valeurs gardent une distance : la culture entre dans le droit parce qu'elle veut comprendre, mais les valeurs peuvent être multiples et il n'appartient pas au juriste de les imposer ou d'en choisir certaines par rapport à d'autres. Dans ce cas, les doctrines positivistes juridiques dans la rencontre et la médiation avec d'autres écoles scientifiques du droit ont pour tâche d'atténuer ces positions qui imposent une vision discrétionnaire et hautement politique du droit et le rendent moins autonome par rapport aux forces en présence sur le terrain.

¹⁸ A.A. CERVATI, *Alessandro Giuliani e lo studio comparativo del diritto costituzionale*, en F. Cerrone, G. Repetto (édit.), *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica fra logica ed etica*, cit., p. 700 ff.

¹⁹ Voir M. CARDUCCI, *Note minime sull'intenzione del legislatore come "tradizione inventata" o negazione della scrittura*, in F. Giuffrè et I. Nicotra (édit.), *Lavori preparatori ed "original intent" nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 2008, 317 ff.

²⁰ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 364, cité par C. TRIPODINA, *L'argomento originale in materia di diritti fondamentali*, en *Lavori preparatori ed "original intent" nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 232. Encore sur l'historicité du droit, F. CERRONE, *Alessandro Giuliani: la storicità del diritto tra logica ed etica*, en A. Cerri, P. Häberle, I. M. Jarvad, P. Ridola, M. Schefold (édit.), *Il diritto tra interpretazione e storia, Liber amicorum in onore di A. A. Cervati*, tome II, Rome, 2011, p. 25 ff.

²¹ M. CAVINO, *L'intenzione del legislatore vivente: il significato dell'oggetto tra interpretazione conforme e diritto*, in F. Giuffrè et I. Nicotra (édit.), *Lavori preparatori ed "original intent" nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 13 ff.

2.1 *Les effets des choix de la théorie générale sur les rapports entre législateur et juge*

Bien que, comme on l'a dit, les différenciations entre les théories positivistes et formalistes soient très nuancées, il subsiste dans les deux positions doctrinales une appréciation différente du poids du législateur et du juge. Même dans ce cas, cependant, les positions doivent se rapprocher – et tendent d'ailleurs à le faire aujourd'hui.

Même le positiviste Bobbio n'a jamais pensé que l'interprétation se résumait à une application servile du texte normatif, comme si le juge n'était que la bouche de la Loi. Mais ni l'interprète, ni le juge ne peuvent transfigurer le sens du texte en lui faisant dire des choses qui n'existaient pas au moment où il a été écrit. Bref, même dans le rapport entre *législatio et iurisdictio*, c'est la mesure et une sorte de médiation qui doivent se frayer un chemin. Ou plutôt, des positions différentes peuvent faire prévaloir une position du législateur ou du juge, mais jamais une position exclusive au détriment de l'autre.

De mon point de vue, le juge doit certes utiliser des canons tels que l'histoire et celui de l'évolution historique de la langue, mais son activité interprétative doit rester – surtout dans le contexte actuel – subordonnée au législateur, seul capable d'une activité créatrice sur la base de sa légitimation démocratique et représentative du corps électoral. Par conséquent, un positivisme juridique qui ne procède qu'avec circonspection et sagesse et qui ne se traduit pas en une doctrine impérative, cœur du positivisme théorique.

3. *Des considérations éparses mais non définitives*

D'abord, je pense que parler aujourd'hui de théorie du droit est sacro-saint.

Réfléchir aujourd'hui sur les problèmes généraux du droit et de la justice peut être profitable en une époque où la décision très rapide et instantanée et l'application technique du droit jurisprudentiel prédominent, contraignant les praticiens du droit à chasser le temps des décisions économiques et le régime contractuel de la *soft law*²². La manifestation la plus récente des processus auxquels il faut s'opposer par une application rigoureuse de la théorie générale du droit réside précisément dans les politiques liées au programme du « *Next generation EU* » qui a imposé des délais très courts partout en Europe, les soustrayant à la médiation politique parlementaire et des décisions techniques et rapides, quasi instantanées sans en évaluer les conséquences : le succès de la politique « du faire pour le faire ».

Nous avons besoin à la fois d'une théorie générale du droit et d'une composition de théories qui nous éloigne des excès des deux polarisations : d'une part, un formalisme qui ne tient pas compte de l'évolution des contextes et des sciences qui influencent fortement le droit ; d'autre part, un acquiescement total à la déconstruction des phénomènes juridiques, liée à la confrontation momentanée des interprètes, à la persuasion et au culte des valeurs, qui sont par définition discrétionnaires et associées à des principes qui doivent plutôt former un couple avec des règles et non avec des valeurs. Les principes du droit constitutionnel

²² Dans le même avis, A.A. CERVATI, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007.

ont « une fonction d'ordonnement » et ne doivent cependant pas être liés à un choix de valeur qui inclut la moralité²³.

Un rapprochement entre les concepts et les théories juridiques pourrait conduire à une relation plus claire et plus résolue entre le juge et le législateur.

La prise en compte de la centralité du droit – bien que non pur – plus proche des théories formalistes et la définition de la science juridique comme une structure autonome impliquent une lecture orientée des institutions étatiques en tant que phénomènes juridiques, bien que nourris par d'autres expériences telles que les expériences sociologiques et le résultat d'événements historiques qui modifient et orientent le droit.

Le temps est donc venu de réconcilier les opposés : la dogmatique est aussi nécessaire pour garantir la sécurité juridique, mais les faits et l'histoire permettent d'adapter la règle aux contextes dans lesquels elle doit être appliquée. Sans ce dernier aspect, la dogmatique elle-même est condamnée à faire du droit un monde fermé, dépourvu de la capacité de réguler et de discipliner les conflits et la condition humaine.

C'est d'autant plus vrai pour le droit constitutionnel : les Constitutions elles-mêmes sont imposées par les faits, non par le droit ; les urgences, les coups d'État, les ruptures institutionnelles donnent naissance au droit constitutionnel, qui ne peut être ramené à la dogmatique juridique qu'ultérieurement et qui peut réévaluer l'apport fondamental de l'histoire et des faits, sans jamais le nier cependant.

²³ Sur la fonction ordonnatrice du droit et sur le rapport entre droit et règles, plus récemment, C. PINELLI, *Principi, regole, istituti*, in *Diritto Pubblico*, 2015, 35 ff. et G.U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in *Diritto pubblico*, 2005, 29 ff.