

ATELIER 3.

« DROIT CONSTITUTIONNEL, HISTOIRE ET THÉORIE DU DROIT »

PISTE DE RÉFLEXION N°3.

DE L'USAGE DE LA PRAGMATIQUE FORMELLE COMME MÉTHODE
D'ANALYSE DE LA NORME CONSTITUTIONNELLE.
VERS UN RENOUVEAU ÉPISTÉMOLOGIQUE DE L'ÉTUDE DU DROIT ?

LUCAS MORINIÈRE

Doctorant en droit public à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

« *Les frontières de mon langage, sont les frontières de mon monde* »¹. L'aphorisme est fameux et Ludwig Wittgenstein pourrait, chez les juristes, en inspirer un autre : *les frontières du langage constitutionnel, sont les frontières du monde juridique*. Circonscrire ce langage, en appréhender le contenu sémantique et les effets performatifs devrait alors contribuer à une meilleure compréhension des normes constitutionnelles. C'est à cela que ce travail se propose de collaborer.

Dans les années 1990, le philosophe allemand Jürgen Habermas voyait dans le langage constitutionnel une forme singulière de discours pratique appliqué au droit². Cette notion procède d'un dépassement du concept kantien de raison pratique par la théorie de la discussion. Dans sa *Critique de la raison pratique*, Emmanuel Kant s'était efforcé de démontrer que l'usage monologique de la raison était susceptible de permettre la résolution de problèmes pratiques guidant les conduites de vie des individus³. Chacun serait ainsi en mesure de faire un usage adéquat de la raison pour choisir comment s'habiller le matin, décider du moyen de transport à privilégier pour se rendre au travail, ou s'autoriser ou non à frauder dans les transports en commun. Dans le premier tome qu'il consacrait à sa *Théorie de l'agir communicationnel*, J. Habermas repartait de la prémisse kantienne pour montrer qu'une partie des interactions communicationnelles entre les membres d'une société entendait poursuivre une finalité analogue⁴. Il qualifiait alors de discussions pratiques l'ensemble des discours orientés vers la résolution de problèmes communs visant autant à choisir où aller dîner le soir qu'à décider d'une obligation vaccinale ou à s'engager collectivement sur le report de l'âge de départ à la retraite.

¹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Paris : Gallimard, 1993. p. 93.

² La publication en 1992 de *Faktizität und Geltung*, traduit en français sous le titre de *Droit et démocratie*, donnera à l'auteur l'opportunité de s'intéresser à cette idée. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie - Entre faits et normes*. Paris : Gallimard, 1997.

³ KANT, Emmanuel. *Critique de la raison pratique*. 5^e éd. Paris : Librairie Félix Alcan, 1921. pp. 21-22.

⁴ HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/1: Rationalité de l'agir et rationalisation de la société*. Vol. 1. Paris : Fayard, 1987, 2 vol. p. 122.

Mais, à la différence de Kant, J. Habermas préfère à une lecture métaphysique de la raison, une approche pragmatique fondée sur l'expérience. Charles Sanders Peirce disait du pragmatisme qu'il était une méthode pour « *établir la signification des mots difficiles et des concepts abstraits* »⁵. Il devient, chez J. Habermas, une méthode pour comprendre la forme des discours pratiques orientés vers les normes en fixant le contenu sémantique des expressions langagières servant de justification à l'élaboration et à l'application du droit, tout en permettant une analyse empirique de leur valeur de vérité⁶.

La singularité de cette méthode semble alors se démarquer des techniques plus consensuelles d'analyse de la norme. Elle invite ainsi à s'interroger sur les avantages de ce nouvel outil pour contribuer à enrichir la compréhension du droit du point de vue de la théorie de la discussion. Pour servir ce projet, cette contribution cherchera donc à situer la pragmatique formelle dans l'univers des techniques déjà connues de l'interprétation du droit (I.) avant de s'intéresser aux moyens de son application concrète à certains discours juridiques (II.).

§ I. LA PRAGMATIQUE FORMELLE À LA CROISÉE DES DOCTRINES JURIDIQUES

La démarche pragmatico-formelle de l'analyse du droit présente l'avantage de l'adaptabilité. Rien de l'oppose aux grandes doctrines positivistes et jusnaturalistes mais rien ne l'enferme non plus dans l'un ou l'autre de ces courants⁷. Affirmer cela incite alors à formuler quelques critiques à l'encontre des doctrines contemporaines (A.) pour mettre en exergue l'apport de la posture pragmatico-formelle dans la compréhension des normes de droit (B.).

A. LES VICISSITUDES HERMÉNEUTIQUES DES TECHNIQUES CONNUES D'INTERPRÉTATION DE LA NORME

La philosophie du droit est l'apanage des interprètes. Les jusnaturalistes espèrent trouver dans la transcendance des lois du ciel, de la nature ou de la raison le moyen d'organiser les conduites sociales. Les positivistes ne s'embarrassent pas de cela mais se heurtent toutefois au problème de la signification du droit existant. Pour J. Habermas, rien ne permet d'arbitrer entre ces différentes formes d'interprétation car toutes reposent sur un postulat métaphysique d'analyse du droit. Chaque posture se

⁵ PEIRCE, Charles S. *Collected papers. Volume V. Pragmatism and pragmaticism*. Vol. 5. Cambridge : Harvard University Press, 1934, 8 vol. p. 205.

⁶ MORINIÈRE, Lucas. *Le langage de la Constitution. Forme et objet d'un discours singulier*. ROUSSEAU, Dominique (dir.). Thèse de doctorat, droit. Paris : Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2023. p. 15.

⁷ ROUSSEAU, Dominique. Jürgen Habermas et le droit. *Revue de Droit Public*. 2007, n° 6, p. 1481.

trouve en réalité limitée par des contraintes théoriques qui galvaudent les différentes techniques de compréhension du droit, réduisant ainsi les possibilités d'appréhension du sens *réel* de la norme.

Lorsqu'il évoquait la notion de positivisme, Norberto Bobbio évoquait une doctrine caractérisée par « *la nette distinction entre le droit réel et le droit idéal, [...] le droit comme fait et le droit comme valeur ; le droit tel qu'il est et le droit tel qu'il doit être ; et par la conviction que le droit dont doit s'occuper le juriste est le premier et non pas le second* »⁸. De là une diversité de méthodes d'interprétation du droit positif reposant, selon le cas, sur l'analyse du contexte historique, sur la conformité aux normes supérieures ou sur la volonté de l'interprète.

À ces techniques, J. Habermas reproche toutefois un certain relativisme empêchant de comprendre la norme de droit dans toute sa complexité : les herméneutes seraient ainsi incapables de proposer une interprétation du droit émancipé des contingences historiques de leur propre monde vécu ; confrontés à des cas complexes d'interprétation du droit, les normativistes seraient privés d'un contexte normatif suffisant pour s'assurer de la validité des normes ; quant aux réalistes, enfermés dans une lecture strictement volitionnelle des normes de droit, ils ne parviendraient pas à s'extraire de leurs propres orientations axiologiques et peineraient à justifier l'universalisme de leurs interprétations⁹.

Au sujet du jusnaturalisme se pose un autre problème. On doit sans doute à John Rawls l'une des théories les plus récentes en la matière¹⁰. Chez lui, la validité de la norme ne repose plus sur l'analyse du droit positif mais dépend plutôt de la capacité d'une société à permettre aux individus d'accéder à un état originel fictif, excluant tout différentiel de pouvoir, afin de proposer une interprétation rationnelle des normes de droit¹¹. L'accès à un tel état ne pourrait alors être rendu possible qu'à la condition d'établir une procédure équitable permettant de préserver les sujets de l'influence des circonstances sociales et naturelles entourant leurs univers de vie¹².

Pour J. Habermas cependant, cette posture apparaît critiquable sur au moins trois aspects. D'abord, Rawls sous-estime la capacité des citoyens à faire fi des limites de leur égoïsme rationnel. La rationalisation procédurale qu'il envisage n'apporterait pas de garantie suffisante à l'établissement des principes de justice. Ensuite, cette théorie maintiendrait une certaine confusion entre la déontologie des règles de droit et la téléologie des valeurs normatives, alors même que cette distinction apparaît comme fondamentale pour envisager la diversité des procédures nécessaires à la formation des jugements pratiques. Enfin, Rawls ne parviendrait pas à défendre l'intuition kantienne du règne de la raison sous

⁸ BOBBIO, Norberto. *Essais de théorie du droit*. Paris : Bruylant - L.G.D.J, 1998. p. 25.

⁹ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* pp. 220-223.

¹⁰ Pour J. Habermas, et pour les juristes contemporains en général, le XX^{ème} siècle marque une époque charnière entre l'affaiblissement progressif de la doctrine du droit naturel et l'affirmation des grandes théories positivistes de compréhension du droit. En outre, les années 1960 marquent selon lui le retour inattendu d'une forme renouvelée de la théorie du droit rationnel, incarnée notamment par la nouvelle *Théorie de la justice* du philosophe américain John Rawls. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* p. 71.

¹¹ RAWLS, John. *Théorie de la justice*. Paris : Points, 2009. p. 91.

¹² *Ibid.* p. 168.

le voile d'ignorance. Compte tenu des conditions du *pluralisme moderne*, caractéristiques des sociétés complexes, rien ne prouve en effet que les individus parviendraient à se défaire des contingences herméneutiques de leur propre monde vécu¹³.

Ainsi, qu'elles s'incarnent dans la perspective des théories positivistes ou jusnaturalistes, les méthodes connues d'interprétation de la norme se heurtent chaque fois aux limites de leur propre champ d'analyse. D'un côté, les positivistes se trouvent brimés par l'injonction qui leur est faite de n'appréhender la signification des normes que de manière réflexive, en n'éclairant le contexte normatif qu'en relation à d'autres normes, à l'histoire ou à leurs intuitions axiologiques. D'un autre, les jusnaturalistes contemporains prétendent pouvoir juger de la validité des normes de droit par un usage autoréférentiel de la raison pratique.

Au contraire, la théorie de l'agir communicationnel apparaît perméable aux différentes approches mais implique pour cela de repenser l'étude du droit en ayant recours aux outils de la méthode pragmatique-formelle. C'est cet aspect que l'on cherchera maintenant à développer.

B. LE DÉPLACEMENT ÉPISTÉMOLOGIQUE VERS UNE ANALYSE PRAGMATICO-FORMELLE DES DISCOURS JURIDIQUES

La technique pragmatique-formelle ne constitue pas une méthode adaptée à l'analyse sémantique de la signification des normes de droit. Ainsi se démarque-elle des instruments théoriques conventionnels servant à son étude. Pour autant, le recours à cette méthode n'est pas dénué d'intérêt pour le juge ou le législateur désireux de concourir à une élaboration ou à une interprétation juste de la norme. Afin de justifier cette affirmation, il sera tout d'abord utile de montrer que cette méthode s'applique à un champ théorique spécifique de l'interprétation du droit : celui de l'agir communicationnel. L'exposé de cette nouvelle approche devra ensuite éclairer l'intérêt du recours à la pragmatique-formelle pour analyser les discours relatifs au droit.

Situer la théorie de l'agir communicationnel dans l'univers des autres théories du droit conduit, en premier lieu, à s'intéresser au dilemme inductif de l'interprétation des règles juridiques. « *La norme, disait Hans Kelsen, est un devoir-être (Sollen), alors que l'acte de volonté dont elle est la signification est un être (Sein)* »¹⁴. Dans la proposition « *A veut que B doive se conduire de telle façon* », la première partie de l'énoncé : *A veut que B*, correspond au *Sein*, l'exigence de A envers B peut être vérifiée empiriquement. La seconde partie quant à elle correspond au

¹³ RAWLS, John et HABERMAS, Jürgen. *Débat sur la justice politique*. Paris : Cerf, 2005. pp. 15-16, 18, 22-23. On trouve par ailleurs chez Richard Rorty une critique analogue. À sons sens, la prétention universaliste de la lecture de Rawls doit être relativisée dans la mesure où la construction de sa théorie de la justice ressemble plus à une *description historico-sociologique* de certaines idées relatives à la justice répandues dans la société étasunienne de son époque, qu'à un modèle d'appréciation impartiale des questions politico-morales organisant les conduites sociales. Cf. RORTY, Richard. *Y a-t-il un universel démocratique ?* Priorité de la démocratie sur la philosophie. Dans : DESCAMPS, Christian, *L'interrogation démocratique*. Paris : Éditions du Centre Pompidou, 1987, pp. 166-169.

¹⁴ KELSEN, Hans. *Théorie pure du droit*. 2^e éd. Paris : Bruylant, 1999. p. 15.

Sollen : l'assertion *B doit se conduire de telle façon*, n'a de sens qu'en rapport à la présupposition que A veuille quelque chose. Tout l'enjeu de la théorie de Kelsen consiste alors à justifier cette condition de possibilité. À son sens, « *la validité objective d'une norme selon laquelle un homme doit se comporter conformément à la signification subjective de l'acte de volonté d'un autre homme [...] ne peut résulter que d'une autre norme* »¹⁵. Désormais, la proposition *A veut que B doive se conduire d'une telle façon* n'est valide qu'en vertu de l'existence d'une norme juridique *p*.

Cette démonstration invite alors à se questionner sur la nature des normes constitutionnelles. À ce propos Kelsen affirme encore ceci : « *les normes de la constitution matérielle ne présentent le caractère de droit que relativement aux normes pourvues de sanctions auxquelles elles servent de fondement* »¹⁶. La Constitution produit donc à la fois du *Sein* et du *Sollen*. Sa première vertu est de figurer un acte de volonté visant à créer et à organiser des institutions de régulation des rapports sociaux. Mais, la Constitution revêt aussi le caractère normatif d'un *instrument de direction des conduites institutionnelles*¹⁷ lorsque que d'autres normes se réclament de son autorité pour fonder leur légitimité.

Voilà donc toute la portée du dilemme inductif : s'agit-il d'étudier le langage constitutionnel en tant qu'expression d'un acte de volonté ou en tant que production de norme ? Dans le premier cas, l'étude de ce langage revêt le caractère descriptif d'une analyse des propositions langagières œuvrant à l'organisation des institutions. Dans le second, elle prend un tournant prescriptif et entend comprendre le langage constitutionnel en fonction de ses incidences sur l'ordre juridique. De ce point de vue, la théorie de l'agir communicationnel s'inscrit résolument dans la première posture. Il conviendra donc d'en expliquer les raisons.

À la manière de Kant, Max Weber estimait que les conduites humaines pouvaient être régies par un ensemble de maximes dont le succès dépendrait de la capacité de chacun à orienter ses *expectations* dans un sens où les autres puissent aussi les considérer comme *valables* pour leur propre comportement¹⁸. Parmi ces maximes, il qualifiait de droit les énoncés dont « *la validité est garantie [...] grâce à l'activité d'une instance humaine, spécialement instituée à cet effet, qui force au respect de l'ordre et châtie la violation* »¹⁹. Mais à la différence de Kant, Weber disait aussi de ces maximes qu'elles étaient le résultat d'une *activité en entente* fondée sur la communication. C'est donc désormais à travers l'échange communicationnel de prétentions à la vérité orientées vers l'entente que s'opère la stabilisation normative de l'ordre social²⁰.

¹⁵ KELSEN, Hans. *Théorie pure du droit*. *Op. cit.* p. 17.

¹⁶ KELSEN, Hans. *Théorie générale du droit et de l'État, suivi de La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*. Paris : Bruylant - L.G.D.J, 1997. p. 197.

¹⁷ L'expression est de Paul Amselek. Cf. AMSELEK, Paul. *Cheminevements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*. Paris : Armand Colin, 2012. p. 400.

¹⁸ WEBER, Max. *Essais sur la théorie de la science*. Paris : Plon, 1965. p. 341.

¹⁹ WEBER, Max. *Économie et société/1 - Les catégories de la sociologie*. Vol. 1. 2^e éd. Paris : Plon, 1995. p. 68.

²⁰ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* p. 40.

Le recours à la pragmatique formelle permet alors de décrire les formes de ces interactions. Pour John Searle, les propositions langagières émises au cours d'une discussion ne sont valides qu'à l'unique condition de reposer sur un ensemble d'éléments d'arrière-plan permettant d'en préciser le sens²¹. Par exemple, des propositions de la forme « *le chat est sur la natte* » ou « *donnez-moi un hamburger* » ne remplissent effectivement les conditions de vérité ou de réalisation que dans le cas où les partenaires de la discussion s'accordent implicitement pour reconnaître l'existence de présupposés d'arrière-fond selon lesquels, les chats, les nattes, les hamburgers et les restaurants existent empiriquement et peuvent ainsi vérifier que le chat est bien sur la natte et que la personne réclamant un hamburger se trouve au restaurant. Pour J. Habermas, les jugements relatifs aux normes obéissent à une logique analogue. Les propositions langagières formulées au cours d'une discussion ne sont en aucun cas absolues mais dépendent en réalité de l'existence d'un *savoir implicite d'arrière-fond* que les participants tiennent certes pour évident, mais qui n'en demeure pas moins contingent pour justifier la validité des leurs affirmations²².

La pragmatique formelle n'entend donc pas œuvrer à la reconstruction des règles universelles de la discussion sur lesquelles former une théorie de la vérité²³, simplement se propose-t-elle de contribuer à l'étude des propositions langagières permettant aux acteurs d'orienter leurs conduites de vie en s'accordant sur la validité des faits et des normes relatifs aux présupposés d'arrière-plan dont la rationalité aura elle-même été vérifiée dans la discussion²⁴. Cette méthode apporte alors une alternative aux autres techniques de l'étude du droit en s'émancipant des contingences théoriques cloisonnant les anciennes approches, et en prenant au sérieux l'ensemble des justifications nécessaires à l'entente normative des sociétaires juridiques. Afin d'illustrer ses usages, quelques exemples seront à présent proposés.

²¹ SEARLE, John R. *Expression and meaning. Studies in the Theory of Speech Acts*. Cambridge : Cambridge University Press, 1979. p. 117.

²² HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel/1... Op. cit.* p. 343.

²³ Cette posture est par exemple défendue par Karl-Otto Apel, autre grand philosophe du langage de l'école de Francfort, dont le pragmatisme transcendantal cherche à prendre au sérieux l'opportunité de fonder une science de la discussion susceptible d'être « *philosophiquement comprise sans présupposer la validité intersubjective des normes morales* ». Cf. APEL, Karl-Otto. *Transformation de la philosophie/2*. Vol. 2. Paris : Cerf, 2010. pp. 549-550. L'étendue de la controverse qui oppose K-O. Apel et J. Habermas concernant la théorie de la discussion a notamment pu être mise en lumière par Martine Le Corre Chantecaille dans sa thèse sur *La pragmatique transcendantale de Karl-Otto Apel*. Cf. CORRE CHANTECAILLE (LE), Martine. « *Penser avec... et contre...* ». *La pragmatique transcendantale de Karl-Otto Apel : une théorie et une pratique de l'intersubjectivité*. STANGUENNEC, André (dir.). Thèse de doctorat, philosophie. Nantes : Université de Nantes, 2010. pp. 266-267.

²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Morale et communication - Conscience morale et activité communicationnelle*. Paris : Flammarion, 2012. p. 31.

§ II. LA PRAGMATIQUE FORMELLE ET LE RENOUVEAU D'UNE ANALYSE DES DISCOURS NORMATIFS

Karl Engisch disait des normes constitutionnelles qu'elles servent de *point de vue comparatif pour la subsumption*, en contribuant au « *va-et-vient du regard entre la majeure du raisonnement et les faits de la vie* »²⁵. Ainsi, la Constitution peut être perçue comme l'expression normative d'un monde vécu d'arrière-plan créant la base d'un choix rationnel²⁶. Pour Klaus Günther, le langage constitutionnel se distingue alors de celui des lois ou des règlements par sa fonction de *fondation* d'un *état de choses juridiques* servant de justification à l'élaboration et à l'interprétation des normes inférieures, là où les autres discours se réduisent à une fonction d'*application* de ces règles d'arrière-plan²⁷. Ce type de langage peut donc être appréhendé à la fois du point de vue du discours du constituant utilisé pour former le cadre normatif de régulation des interactions sociales, mais aussi de celui du juge constitutionnel tenu d'interpréter la norme pour assurer la cohérence du système juridique. Expliquer ces deux aspects incite alors à mettre en lumière les différents registres de discours sur lesquels se fondent le juge et le constituant pour justifier leurs décisions (A.) avant d'éclairer, par des exemples, le contenu de leurs arguments (B).

A. LES DISCOURS PRATIQUES COMME MOYEN DE JUSTIFICATION DE LA NORME

Chez J. Habermas, on l'a vu, la norme juridique se comprend comme le produit d'une discussion pratique entre des acteurs faisant usage de la raison pour faire émerger une volonté commune à travers l'échange de propositions langagières soutenant des prétentions individuelles dont la validité est découverte dans la communication. L'élaboration de la norme obéit alors à un modèle processuel de formation de la volonté s'incarnant dans différents niveaux de discussion allant des considérations pragmatiques les plus élémentaires jusqu'aux questions morales de justice en passant par les interrogations éthico-existentielles relatives aux orientations futures de la communauté de vie²⁸. On cherchera donc à définir chacun de ces différents niveaux.

Dans les pages de *Droit et démocratie*, J. Habermas commence par qualifier de pragmatiques « *les questions [qui] se posent du point de vue d'un acteur qui cherche les moyens appropriés permettant de réaliser des fins et des préférences données* »²⁹. Ces questions pourront alors prendre deux formes

²⁵ ENGISCH, Karl. *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*. Heidelberg : C. Winter, 1963. pp. 33, 15.

²⁶ AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable. A Treatise on Legal Justification*. Dordrecht : D. Reidel, 1987. p. 212.

²⁷ GÜNTHER, Klaus. *The Sense of appropriateness. Application discourses in morality and law*. Albany : State University of New York Press, 1993. p. 38.

²⁸ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* p. 187.

²⁹ *Ibid.* p. 178.

selon que la fin poursuivie revêt un caractère moral ou technique, bien que l'une et l'autre de ces possibilités soient en général prises en compte pour la résolution de toute question pragmatique³⁰. Une loi visant à réduire la vitesse de circulation des véhicules en agglomération peut, par exemple, reposer à la fois sur des arguments justifiés par la technique tels que la nécessaire réduction des émissions de gaz à effet de serre ou le coût des accidents de la route sur le budget de la santé publique, et par des arguments imposés par la morale comme le devoir de protéger le droit à la sécurité des piétons, des passagers et des conducteurs.

Le deuxième niveau de discours relatif aux normes concerne les questions éthico-politiques. Pour Charles Taylor, tout individu est gouverné par deux sortes de préférences pour guider sa conduite de vie : les *préférences faibles*, qui influencent les choix simples visant à déterminer le moyen le plus adéquat pour atteindre un but, et les *préférences fortes* éclairant les *décisions axiologiques graves* qui forgent les projets de vie individuels³¹. Remarquant que les réflexions individuelles relatives à l'éthique de vie peuvent être transposables au niveau politique d'une éthique de la société dans son ensemble³², J. Habermas estime alors qu'une « *discussion éthico-politique des citoyens à propos de leur identité collective trouve sa forme concentrée dans un exercice du droit constitutionnel orienté vers les valeurs, qui se réapproprie sur le mode herméneutique le sens originnaire de la Constitution, en l'actualisant de façon créatrice en fonction des défis historiques variables* »³³. Dans cette dynamique, le constituant s'évertue donc à questionner l'identité du texte constitutionnel et propose, si nécessaire, certains amendements visant à une meilleure prise en compte des évolutions de son propre monde vécu.

Le troisième et dernier niveau de formation communicationnelle de la volonté concerne, chez J. Habermas, les discussions morales. Celles-ci sont relatives à l'ensemble des discours orientés vers la résolution des problèmes déontologiques organisant les conduites de vies individuelles. Pour répondre à cette question, Kant imaginait l'existence d'un impératif catégorique selon lequel toute action peut être considérée comme juste dès lors que « *chacun puisse vouloir en même temps qu'elle devienne une règle universelle* »³⁴. Sceptique quant à la possibilité d'une évaluation monologique de ces règles de conduite, J. Habermas repart de l'idée de Kant en précisant toutefois que « *le point de vue moral prend corps dans la procédure d'une argumentation intersubjective [...] qui oblige les participants, par voie d'idéalisation, à étendre les limites de leurs perspectives d'interprétation* »³⁵. En outre, explique-t-il,

³⁰ On remarquera ici que J. Habermas aura sensiblement fait évoluer son point de vue sur ce point. Dans sa *Théorie de l'agir communicationnel*, les discours pragmatiques, éthico-politiques et moraux se trouvaient toujours cloisonnés. Dans le courant des années 1980 cependant, cette position évolue et devient plus dynamique : tout discours peut désormais être interpréter en prenant en compte chaque registre de discussion. Cf. *Ibid.* pp. 182-188.

³¹ TAYLOR, Charles. *Philosophical papers - Human agency and language*. Vol. 1. Cambridge : Cambridge University Press, 1985. p. 16.

³² HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion*. 3^e éd. Paris : Flammarion, 2013. p. 114.

³³ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* p. 281.

³⁴ KANT, Emmanuel. *Fondements de la métaphysique des mœurs*. Paris : Librairie générale française, 1993. p. 94.

³⁵ RAWLS, John et HABERMAS, Jürgen. *Débat sur la justice politique*. *Op. cit.* p. 23.

cette morale « ne parvient bel et bien à une effectivité qui excède la sphère de la proximité que dès l'instant où elle peut être traduite dans les termes du code juridique »³⁶. Discourir sur l'interdiction de la peine de mort, la légalisation de l'avortement ou la prise en charge médicalisée de la fin de vie constitue en ce sens autant de questions morales que les partenaires de la discussion pourront trancher en confrontant leurs opinions pour s'accorder sur la justesse de leur conduite de vie.

Ainsi, les discours pratiques sur les normes trouveront une définition formelle dans la description des différents arguments mobilisés au cours d'une interaction communicationnelle pour résoudre les problèmes pragmatiques, éthiques ou moraux utiles à la justification des règles droit. Par l'étude de ces différents registres, on aura donc cherché à offrir un cadre d'analyse pertinent afin de rendre compte de la diversité des propositions langagière susceptibles d'être invoquées pour justifier l'élaboration et à l'interprétation de la Constitution. Aussi, afin d'illustrer l'applicabilité de ce modèle, quelques exemples seront maintenant convoqués.

B. L'APPLICATION DE LA MÉTHODE PRAGMATICO-FORMELLE AUX DISCOURS D'ÉLABORATION ET D'INTERPRÉTATION DE LA CONSTITUTION

En suivant le raisonnement de K. Günther, la méthode pragmatico-formelle d'analyse des discours juridiques pourrait être appliquée aux échanges linguistiques relatifs à la fois à l'élaboration et à l'interprétation de la Constitution. On cherchera ici à faire crédit à cette intuition en prenant appui sur deux exemples : le premier relatif à l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, et le second inhérent à la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 14 avril 2023 au sujet de la loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2023.

La pragmatique formelle et l'élaboration de la norme : l'introduction dans la Constitution de la QPC par la révision du 23 juillet 2008

En 2008, l'introduction dans la Constitution de l'article 61-1 relatif à la QPC se trouve en partie justifiée par des arguments pragmatiques. Ainsi en est-il par exemple d'une déclaration de la garde des Sceaux Rachida Dati qui, lors d'un débat en séance plénière à l'Assemblée nationale, avait pu défendre l'intérêt de la mesure en faisant de la QPC un mécanisme de renforcement des droits des citoyens³⁷. Dans un tel cas de figure, la protection des droits constitue la finalité morale poursuivie tandis que l'instauration de la QPC représente l'un des moyens utiles pour s'en rapprocher. Lors de ce même débat, Jacques Myard s'était quant à lui opposé à la mesure en affirmant que l'instauration de la QPC pourrait

³⁶ HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie... Op. cit.* p. 126.

³⁷ ASSEMBLÉE NATIONALE. XIII^{ème} législature - Session ordinaire de 2007-2008 - 174^{ème} séance - 1^{ère} séance du jeudi 29 mai 2008 - Compte rendu intégral. *JORF A.N. (C.R.)*. Mai 2008, Vol. 1, n° 41, p. 2687.

conduire à une remise en cause de la loi par les tribunaux³⁸. Ici encore, le député mobilisait un argument pragmatique présentant la QPC comme un moyen d'atténuer l'autorité de la loi.

Par ailleurs, l'introduction de ce mécanisme fut aussi discutée sur le plan éthico-politique. On relèvera par exemple un amendement déposé par le groupe communiste de l'Assemblée nationale pour s'opposer à la QPC sur le fondement d'un manque de légitimité démocratique du Conseil pour exercer un contrôle a posteriori de la constitutionnalité des lois³⁹. Les députés avaient alors considéré cet article comme incompatible avec les valeurs de démocratie introduites dans le texte original de 1958, apportant ainsi une justification éthique au rejet de ce nouvel outil. Dans l'autre sens, le rapporteur de la commission de lois Jean-Luc Warsmann faisait de la QPC un enjeu éthico-politique s'inscrivant dans la dynamique de montée en puissance du contrôle de constitutionnalité institué en 1958 et déjà renforcé par l'élargissement de la saisine du Conseil par la révision de 1974⁴⁰.

Enfin, plusieurs protagonistes s'intéressèrent aux aspects moraux de l'introduction de la QPC. On pourra, à ce sujet évoquer le débat opposant le député Jean-Claude Sandrier et la garde des Sceaux quant aux effets possibles de l'instauration de ce nouveau contrôle. Pour le premier, la consécration d'un tel outil aurait pour conséquence de porter atteinte au principe de séparation des pouvoirs en favorisant « *la judiciarisation toujours plus accrue de [la] vie publique et politique* ». Pour la seconde, ce mécanisme aurait au contraire l'avantage d'affermir le principe de sécurité juridique en permettant au Conseil de prendre des décisions œuvrant au renforcement de l'autorité de la loi⁴¹. Bien qu'antagonistes, ces énoncés reposent ici sur des considérations d'ordre moral fondées sur le respect des droits fondamentaux de l'ensemble des sociétaires juridiques.

L'analyse pragmatique formelle du langage du droit ne se limite pas aux discours de fondation de la norme, mais concourt aussi à en étudier l'application. Dans cette perspective, il est par exemple possible de se saisir des illustrations apportées par la récente décision du Conseil constitutionnel relative à la loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2023 pour montrer que le juge mobilise lui aussi des arguments pragmatiques, éthico-politiques et moraux pour justifier ses arbitrages.

³⁸ *Ibid.* p. 2686.

³⁹ SANDRIER, Jean-Claude et al. *Projet de loi constitutionnelle Modernisation des institutions de la V^{ème} République (1^{ère} lecture) (n°820). Amendement présenté par M. Sandrier, M. Braouezec, Mme. Buffet, M. Bocquet, M. Muzeau, Mme. Amiable, M. Asensi, M. Brard, M. Candelier, M. Chassaigne, M. Desallangre, Mme. Fraysse, M. Gerin, M. Gosnat, M. Gremetz, M. Lecoq, M. Daniel Paul et M. Vaxès. Article 26. Amendement n°458. Paris : Assemblée nationale, 19 mai 2008.*

⁴⁰ WARSMANN, Jean-Luc. *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle (n°820) de modernisation des institutions de la V^{ème} République par M. Jean-Luc Warsmann, Député. Rapport n°892. Paris : Assemblée nationale, 15 mai 2008. p. 60.*

⁴¹ ASSEMBLÉE NATIONALE. XIII^{ème} législature - Session ordinaire de 2007-2008 - 174^{ème} séance - 1^{ère} séance du jeudi 29 mai 2008... *Op. cit.* p. 2686.

La pragmatique formelle et l'interprétation de la norme : la décision du Conseil constitutionnel du 14 avril 2023 sur la réforme des retraites

Au sujet des arguments pragmatiques, on pourra tout d'abord repartir d'un grief formé par les députés les sénateurs opposés à la réforme concernant l'usage cumulatif des articles 49 et 47-1 de la Constitution⁴² faisant obstacle au plein exercice du droit d'amendement des parlementaires. À cela, le Conseil avait répondu que, bien qu'inhabituelle, l'utilisation combinée de ces procédures ne rendait pas la procédure législative contraire à la Constitution⁴³. On reconnaîtra ici la manifestation d'une discussion pragmatique dans la mesure où le juge s'oppose au grief des députés et des sénateurs concernant la validité des moyens utiles à l'exercice du droit d'amendement.

En deuxième lieu, il convient aussi de relever que le Conseil mobilise dans sa décision des arguments de nature éthico-politique. L'un des exemples les plus éloquents est peut-être celui de la discussion autour du report de l'âge légal de départ à la retraite. Pour les parlementaires de l'opposition, ce report aurait pour conséquence de méconnaître « *la politique de solidarité nationale en faveur des travailleurs retraités et la sécurité matérielle des vieux travailleurs* », d'annuler « *les effets compensatoires des mesures destinées à corriger les inégalités entre les hommes et les femmes* » et d'accroître « *la prévalence des situations de chômage et l'allongement des périodes de précarité des seniors* »⁴⁴. Dès lors, cette disposition porterait atteinte au troisième et au onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ainsi qu'à l'article 1^{er} de la Constitution de 1958. À cela, le juge avait répondu que le report à soixante-quatre ans de l'âge de départ à la retraite n'était contraire ni aux dispositions du Préambule, ni à l'article 1^{er} de la Constitution en considérant qu'au regard de l'objectif fixé, le législateur n'avait pas « *privé de garanties légales les exigences constitutionnelles précitées* »⁴⁵. On comprendra alors que cette affirmation constitue un argument éthico-politique en ce que le juge, pour former son argument, fait le choix d'interpréter la signification du Préambule et de l'article 1^{er} pour trancher quant à la validité des griefs soulevés par les parlementaires.

Enfin, le Conseil constitutionnel fait reposer sa décision sur des arguments moraux lorsqu'il s'intéresse aux conditions de clarté et de sincérité du débat parlementaire. Ces exigences doivent être comprises comme des impératifs déontologiques qui orientent et contraignent la conduite du débat législatif⁴⁶. Or la présomption d'atteinte à ces impératifs fut un point important soulevé par les sénateurs

⁴² On rappellera ici que le troisième alinéa de l'article 49 de la Constitution permet au Premier ministre d'engager la responsabilité du gouvernement sur le vote d'un texte législatif afin de contourner les exigences procédurales du débat parlementaire. Quant à l'article 47-1, il autorise le Gouvernement à accélérer la procédure en contraignant les délais de discussions de l'Assemblée nationale et du Sénat.

⁴³ Cons. constit., 14 avril 2023, n°2023-849 DC, *Loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2023*, pp. 17-18.

⁴⁴ *Ibid.* p. 21.

⁴⁵ *Ibid.* p. 23.

⁴⁶ Dans sa décision, le Conseil rappelle le fondement de ce principe constitutionnel. L'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen dispose en effet que *la loi est l'expression de la volonté générale*. Le premier

de l'opposition pour dénoncer la validité de la procédure d'adoption de la loi. L'usage, à six reprises, du protocole prévu à l'article 38 du règlement du Sénat⁴⁷ pour écarter les discussions sur le texte de loi put, par exemple, être critiqué en ce sens. Pour répondre à cela, le juge avait alors considéré que ce grief ne constituait pas une atteinte au principe de clarté et de sincérité des débats puisque, en l'espèce, les normes procédurales de l'article 38 avaient toutes été respectées. Il avait ainsi formé un argument moral pour rejeter la prétention des sénateurs en se fondant sur une exigence déontologique.

En conclusion, cette contribution aura donc cherché à soutenir l'idée selon laquelle la méthode pragmatique-formelle, d'abord développée par J. Habermas pour œuvrer à la description des discussions pratiques de la vie quotidienne, pourrait aussi être mobilisée pour l'analyse des discours juridiques relatifs à l'élaboration et à la justification des normes constitutionnelles. La définition de cette technique et sa singularité vis-à-vis des autres méthodes d'interprétation de la norme aura donc occupé la première partie de ce travail. La définition du cadre d'analyse des discours constitutionnels et l'application de cette grille de lecture à deux exemples précis aura ensuite complété cette étude.

Ainsi, la méthode pragmatique-formelle pourrait donc servir de renouveau théorique à l'appréhension des normes. L'opportunité offerte d'un décentrement épistémologique dans l'étude des règles juridiques permettrait ainsi d'enrichir la compréhension du droit en éclairant cet objet du point de vue d'une théorie de la discussion.

alinéa de l'article 3 de la Constitution dispose par ailleurs que « *la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants* ». De cela, le Conseil constitutionnel déduit que le législateur se trouve systématiquement tenu au respect des exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire. Cf. *Ibid.* p. 10.

⁴⁷ L'alinéa premier de l'article 38 du règlement du Sénat prévoit que, « *lorsqu'au moins deux orateurs d'avis contraire sont intervenus dans la discussion générale d'un texte [...] sur l'ensemble d'un article ou dans les explications de vote portant sur un amendement, un article ou l'ensemble du texte en discussion, le président, un président de groupe ou le président de la commission saisie au fond peut proposer la clôture de ladite discussion* ».