

Mauro Barberis*

Le néoconstitutionnalisme existe-t-il ?

‘Néoconstitutionnalisme’ est assurément le nouveau nom pour une famille de théories du droit bien connues: un nom jusqu’à maintenant utilisé seulement au sein de la théorie du droit du monde latin. Mais contrairement à une critique récente de Riccardo Guastini, et conformément à une plus large analyse de ce mouvement dans mon dernier livre, *Manuale di filosofia del diritto* (2011), le néoconstitutionnalisme existe effectivement – exactement comme le droit naturel, le positivisme juridique ou encore le réalisme juridique existent. Dans cette contribution, en fait, trois thèmes centraux du néoconstitutionnalisme sont examinés – la connexion droit-morale, la distinction règle-principes et le balancement ou pondération – afin d’en fournir une meilleure théorie positiviste. Ainsi, je reconnais une connexion contingente mais théoriquement essentielle entre le droit et la morale; j’admets une distinction quasiment radicale entre les règles et les principes juridiques, et je fournis une théorie du balancement (ou pondération) positiviste, réaliste et axiologiquement pluraliste.

Mots-clés: néoconstitutionnalisme, droit et morale, règles et principes, pondération, pluralisme des valeurs

*This is the old Platonic riddle of nonbeing.
Nonbeing must in some sense be, otherwise
what is it that there is not?*
Quine (1948 : 21)

1 INTRODUCTION

Après les grandes discussions dont il a été l’objet en Italie, Espagne et Amérique latine, cela était inévitable : tôt ou tard, quelqu’un finirait par se demander si le néoconstitutionnalisme *existe*. C’est mon maître et ami Riccardo Guastini qui prit en charge cette tâche : selon lui, le mot ‘néoconstitutionnalisme’ ne désignerait pas « une thèse proprement théorique et susceptible d’être discutée » mais « un conglomérat /.../ de positions axiologiques et de thèses normatives ». ¹ A la vérité, dans la même intervention, Riccardo ne se limite

* barberis@units.it | Professeur ordinaire de Philosophie du droit à l’Université de Trieste (Italie). Ce texte fut défendu à l’Université de Gironne (Espagne). Que soient ici remerciés pour leurs observations à une première version de ce travail Pietro Faraguna, Nicola Muffato, Alesio Sardo et tous les participants du séminaire de Gironne.

1 Voir Guastini (2013 : 255), qui cite, en y adhérant, des considérations analogues de Francisco Laporta, dans Atienza & Laporta 2009 : 209-223. Une sorte de manifeste du néoconstitution-

pas à des regrets ; il met en évidence deux ou trois thèses théoriques du néo-constitutionnalisme et il les critique longuement : la connexion droit-morale, la différence entre principes et règles, l'application des principes par pondération et des règles par subsomption.

Coupable de la genèse du concept, avec Susanna Pozzolo et Paolo Comanducci,² je devrais essayer de le défendre; mais je suis tenté de l'abandonner à son destin pour au moins deux raisons. Tout d'abord, nous avons inventé le mot néoconstitutionnalisme surtout afin de le critiquer ; et il est assez paradoxal qu'aujourd'hui un nombre croissant de théoriciens des pays « latins » du Vieux et du Nouveau Continent se rangent sous cette étiquette douteuse, inconnue dans le reste du monde.³ Mais, surtout, les doutes de Guastini sont tout à fait fondés ; si le 'néoconstitutionnalisme' continuait notamment à être défini comme je l'ai défini moi-même jusqu'ici, il pourrait tout à fait s'agir d'un concept vide, d'une théorie qui n'a jamais été soutenue par aucun auteur en chair et en os voire, pire encore, il pourrait s'agir d'un concept mal formé, qui se contredit du fait même de sa définition.

Dans les principales sections de ce travail, je voudrais affronter trois problèmes implicitement et explicitement soulevés par la provocation de Guastini. Un problème méthodologique, avant tout : qu'est-ce qui autorise à parler d'une nouvelle théorie du droit ? Un problème métathéorique, ensuite : si l'on admet que le néoconstitutionnalisme existe, et après tout pourquoi pas, comment convient-il de le définir ? Un problème théorique, enfin : le néoconstitutionnalisme représente-t-il une alternative théorique plausible au positivisme juridique? Pour couper court à tout suspense, voici par avance mes conclusions : non seulement le néoconstitutionnalisme existe, mais des positivistes comme Guastini devraient le prendre beaucoup plus au sérieux, comme ils le font déjà, du reste, sans toutefois l'admettre.

nalisme, qui confirme quelque peu les impressions de Guastini, est Atienza & Ruiz Manero 2007 : 7–28 : texte à partir duquel commence une longue discussion entre Atienza lui-même et Pierluigi Chiassoni (Atienza & Chiassoni 2010 : 285–331).

2 Cf. Pozzolo 1998 : 339–353, pour l'origine du mot; Barberis 2008 : 29–37, pour une première définition ; Comanducci 2007 : 74 (n. 2), pour une première problématisation.

3 On parle de *néoconstitutionnalisme* surtout en Italie et en Amérique Latine; en Espagne l'on parle plutôt de *constitutionnalisme*, en confondant cette ancienne tradition philosophico-politique avec la théorie juridique contemporaine indiquée par 'néoconstitutionnalisme'. Dans le monde de langue anglaise, par contre, dès les années 90, on parle de *new constitutionalism* en se référant aux derniers développements du constitutionnalisme global, en particulier au rôle croissant joué par les juges: cf. Stone Sweet & Matthews 2008 : 85 (n. 27), et Hirschl 2006 : 721–754.

2 MÉTHODOLOGIE : APRÈS TOUT, LE NÉOCONSTITUTIONNALISME EXISTE

Voici ma *première* question, d'ordre méthodologique : qu'est-ce qui autorise à parler des diverses thèses défendues dans les cinquante dernières années sous des noms différents – tels que 'Thèse des droits', 'Droit comme intégrité', 'Droit comme interprétation', 'non positivisme', 'constitutionnalisme', 'post-positivisme', 'positivisme inclusif' – comme d'une nouvelle théorie du droit ? Ne faudrait-il pas s'abstenir d'utiliser toutes ces étiquettes équivoques et ne parler que des thèses soutenues par des hommes en chair et en os, tels que Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Nino, Neil MacCormick, Gustavo Zagrebelsky, Luis Prieto Sanchís, Manuel Atienza, José Juan Moreso, Alfonso García Figuerola et bien d'autres ? Même si l'on ne peut faire l'économie des étiquettes, est-il tout au moins possible de les définir auparavant, et si oui en recourant à quel genre de définition ? Enfin et surtout : quelle définition donner du 'néoconstitutionnalisme' ?

2.1. Avant tout, peut-être faudrait-il s'abstenir d'utiliser des expressions telles que 'néoconstitutionnalisme', mais aussi 'positivisme', 'objectivisme éthique', 'pluralisme des valeurs', et ainsi de suite. Comme le note en effet Joseph Raz, il ne s'agit là que d'étiquettes et lorsque l'on fait de la théorie, il serait plus pertinent de parler de thèses défendues par des auteurs de façon singulière.⁴ Le même Raz applique du reste le conseil à la lettre en discutant seulement des auteurs qu'il connaît personnellement ou qu'il rencontre tous les jours à Oxford, et auxquels, en cas de besoin, il peut même demander l'interprétation authentique de leurs pensées. D'un autre côté, se déplacer à Oxford pour discuter avec des auteurs en chair et en os serait coûteux et même, de surcroît, impossible puisqu'il ne reste que des os de nombreux théoriciens du droit oxoniens. Mais surtout, s'abstenir des étiquettes est une tâche vraiment difficile, qui devient presque impossible au niveau de la (méta)théorie.

L'auteur qui a montré cela mieux que tout autre est justement l'ancien maître de Raz, Herbert Hart. Hart a fait un grand usage des étiquettes en les imposant à deux discussions théoriques qui sont loin d'être closes : la question des rapports entre droit et morale et le problème de l'interprétation. La question des rapports entre droit et morale a été abordée par Hart en distinguant entre jusnaturalisme, identifié à la Thèse de la connexion nécessaire, et positivisme, identifié à la Thèse de la séparation entre droit et morale. De la même façon, le problème de l'interprétation a été affronté par Hart en distinguant entre formalisme (interprétatif), scepticisme (interprétatif) et théorie mixte.⁵

4 Cf. Raz 2007 : 35.

5 Opérations qui sont déjà toutes deux lisibles dans Hart 1958, puis dans Hart 1961, de façon peut-être historiquement discutable, mais théoriquement fructueuse.

Dans les deux cas, Hart a accompli la même opération, plus synthétique qu'analytique : non seulement, il a mis des étiquettes sur des thèses d'auteurs profondément différents voire incomparables, qui de fait s'étaient ignorés jusqu'alors, afin d'ouvrir une discussion internationale qui n'existait presque pas encore. C'est à cette fin qu'il a dû non seulement inventer des étiquettes mais aussi des techniques définitionnelles qui peuvent encore être employées au sujet du néoconstitutionnalisme, comme on le verra dans la prochaine sous-section. Mais, mieux encore, Hart a dû faire un grand usage du principe de charité interprétative en s'efforçant d'attribuer un sens raisonnable même à des thèses qu'il ne partageait pas.

Bien sûr, il n'y avait rien de révolutionnaire dans cette attitude : la charité interprétative n'étant que l'extension au débat international d'une des règles non-écrites du débat oxonien.⁶ A Gênes aussi la charité interprétative est, il est vrai, employée pour les amis ; aux adversaires, en revanche, est réservé un style d'interprétation et d'argumentation opposé : la chasse aux idéologies. Certes, celle-ci n'est plus utilisée dans sa première version marxiste, ni dans l'une de ses nombreuses versions postmodernes ; d'habitude, l'on se contente de discuter les opinions des autres dans leur *pire* interprétation, à savoir en s'efforçant de montrer qu'elles ne sont pas raisonnables ou même qu'elles sont insensées, et en parvenant à cette fin le plus souvent.⁷

C'est de cette façon que le néoconstitutionnalisme interprété peu charitablement finit par apparaître comme une idéologie ; mais l'ennui c'est alors qu'aucune théorie du droit n'échappe au soupçon d'idéologie. Certes, le jusnaturalisme, enchevêtré comme il l'est de thèses normatives, conceptuelles et empiriques, n'y échappe pas ; mais même le positivisme – et ce positivisme méthodologique qu'est le réalisme juridique – n'y échappent pas non plus. Leurs plus impeccables théories cognitives sont imbriquées elles aussi dans une foule de prémisses et de conséquences normatives. Si l'on veut prendre au sérieux toutes ces théories, il ne reste donc qu'à les interpréter de façon plus charitable, à la Hart : ce qui vaut aussi pour le néoconstitutionnalisme, dernier poussin de cette auguste nichée.

2.2. En admettant qu'il soit permis, opportun et même inévitable d'utiliser des étiquettes, encore faut-il dans tous les cas les définir rigoureusement, en synthétisant en formules représentatives des théories beaucoup plus articulées. Dans le cas du néoconstitutionnalisme, notamment, il convient de le définir et de le reconstruire comme une théorie tout à la fois plausible et critiquable : s'il ne s'agissait que d'une théorie incohérente dès sa définition, ce ne serait pas

6 Comme le montre efficacement Ricciardi (2008), dont je ne partage cela étant pas la réinterprétation néojusnaturaliste de Hart.

7 Cf. déjà dans Barberis 1987 : 317–355, et, pour une interprétation plus charitable de la même chasse aux idéologies, Celano 2007 : 355–388. Sur l'École de Gênes il faut désormais citer comme ouvrage de Ferrer Beltrán & Ratti 2011.

la peine d'en parler. Mais à partir de là surgissent au moins quatre problèmes : tout d'abord, remédier à l'ambiguïté théorie/objet de la théorie qui afflige d'habitude les noms en '-isme' ; ensuite, chercher une technique définitionnelle qui convienne aux noms des théories; d'autre part, éviter la particulière *vagueness* commune à ces mêmes noms; enfin, appliquer tous ces outils à la redéfinition du terme 'néoconstitutionnalisme'.

Commençons par affronter les trois premiers problèmes, en renvoyant la solution du quatrième au point suivant. Avant tout, il convient de résoudre l'ambiguïté théorie/objet de la théorie ;⁸ 'néoconstitutionnalisme', comme le suggère le préfixe 'néo', ne prétend certes pas regrouper tout l'ensemble de pratiques et de doctrines aujourd'hui caractérisées par des termes comme 'constitutionnalisme', 'libéralisme' et 'pluralisme'. 'Néoconstitutionnalisme', comme ce terme est utilisé à Gênes, n'indique que la *third theory of law* – troisième théorie entre droit naturel et positivisme juridique, comme l'a appelée John Mackie⁹ – défendue les cinquante dernières années par Ronald Dworkin et ses *fans* à propos du droit *constitutionnalisés* : le droit typique de l'État de droit constitutionnel ou État constitutionnel (en all. *Verfassungsstaat*) sans autre qualification.¹⁰

Ensuite, il faut trouver une technique définitionnelle qui convienne aux noms des théories, même si ici le choix est presque obligatoire. Si l'on veut identifier le néoconstitutionnalisme en le distinguant des autres théories du droit, il n'y a en effet pas d'alternative à la technique définitionnelle choisie par Hart à propos de 'jusnaturalisme' et 'juspositivisme' : il s'agit de trouver une série de thèses caractéristiques du néoconstitutionnalisme, telles que l'on puisse distinguer ses partisans des partisans du jusnaturalisme et du positivisme. Nous verrons au prochain point quelles peuvent être ces thèses caractéristiques; mais il faut ici mentionner au moins un troisième problème soulevé par cette technique définitionnelle.

Les étiquettes en '-isme', nous l'avons vu, souffrent de l'ambiguïté théorie/objet de la théorie ; leurs signifiés, à leur tour, souffrent d'une forme de *combinatory vagueness* : forme qui est peut-être la seule irrémédiable. Tandis que des termes comme 'jeu', 'nombre', 'religion', 'science', 'droit', peuvent après tout être définis, même *per genus et differentiam*, pour les noms en '-isme', ce n'est tout au moins pas le cas pour 'jusnaturalisme' et 'juspositivisme' : ils indiquent rarement des thèses vraiment communes à tous les auteurs ainsi étiquetés. Prenons

8 Cf. Comanducci 2002 : 71; tandis que 'constitutionnalisme' et 'néoconstitutionnalisme' sont souvent utilisés dans les deux sens, 'new constitutionalism' (cf. *supra*, n. 3) indique surtout l'objet de la théorie.

9 Cf. Mackie 1977 : 3–16.

10 A propos du concept de constitutionnalisation, cf. au moins Dyzenhaus 2004, et surtout Guastini 2011 : 195–223.

seulement le terme ‘juspositivisme’, qui d’après Hart devrait désigner des théories ayant en commun la Thèse de la séparation droit/morale.

Eh bien, ceci n’est même plus vrai depuis quelques années ; à Oxford ou dans ses alentours, des interprétations différentes de cette Thèse ne cessent de fleurir : on en arrive même à la juger trop absurde pour penser que quiconque ait pu un jour la défendre.¹¹ Il y a même un positiviste-type – toujours Raz – selon lequel il y aurait des connexions conceptuelles presque infinies entre le droit et la morale : du moins lorsqu’on se réfère, non pas au problème de l’identification du droit, ou du *quid iuris*, mais au problème de sa définition ou du *quid ius*.¹² Raz propose alors comme caractéristique du positivisme juridique sa Thèse des sources sociales, qui soulève tout autant de problèmes, excluant du champ du positivisme le positivisme inclusif, Hart compris.

Quelque chose de semblable arrive, on va le voir, avec la Thèse de la connexion droit/morale soutenue par les néoconstitutionnalistes en des versions très différentes, mais qui, selon Luigi Ferrajoli, relèveraient toutes du jusnaturalisme.¹³ Enfin, on ne peut évidemment pas non plus soutenir que pour être rangé parmi les néoconstitutionnalistes il suffit d’en discuter les problèmes typiques, même sans en partager les solutions.¹⁴ Guastini, par exemple, ne fait pas autre chose depuis des décennies, mais cela ne suffit pas à l’étiqueter ‘néoconstitutionnaliste’. Il faudra donc fournir une liste de thèmes et de thèses, de problèmes et de solutions typiquement néoconstitutionnalistes ; l’adverbe ‘typiquement’ avertissant ici que l’on peut adhérer *plus ou moins* au néoconstitutionnalisme, comme aux autres «-ismes», en fonction des thèmes ou des thèses que l’on partage.

A la *combinatory vagueness* des noms de théories – dont ‘néoconstitutionnalisme’ est affecté, ni plus ni moins que tous les autres «-ismes» – on pourrait trouver un remède au moyen d’une définition par cas paradigmatiques (et airs de famille), en fournissant une liste d’exemples typiques des problèmes et des solutions néoconstitutionnalistes.¹⁵ Ce type de définition a été originairement

11 Sur les interprétations avancées par les positivismes normatif, exclusif et inclusif, cf. au moins Moreso 2004 : 45–62 ; sur l’opinion selon laquelle la Thèse de la séparabilité droit/morale « est absurde et qu’aucun philosophe du droit de ce nom n’a pu un jour s’en revendiquer comme il paraît », cf. Gardner 2001 : 223.

12 Cf. encore Raz 2007 : 20–21 ; celui-ci, comme cela est assez connu, propose comme critère de distinction du positivisme juridique sa propre ‘Thèse des Sources sociales’ qui d’ailleurs soulève encore plus de problèmes que la ‘Thèse de la séparabilité’, en particulier en gommant le positivisme inclusif de Hart lui-même.

13 Cf. Ferrajoli 2010 : 2771–2816, qui aujourd’hui distingue entre un constitutionnalisme positiviste et “garantiste” (le sien) et un constitutionnalisme jusnaturaliste et “principlaliste” (le néoconstitutionnalisme lui-même). Cf. Barberis 2011a, pour une foule d’objections.

14 Comme l’ont proposé pour la définition de la philosophie analytique Jori & A. Pintore 1988 : 85 ss.

15 Cf. Villa 1992 : 275–310, mais, en dehors du nom, il s’agit d’une technique définitionnelle dénotative déjà employée, entre autres, par Ludwig Wittgenstein, Max Black et Peter Alston.

proposé par Vittorio Villa et par moi-même pour tous les termes qui, tels ‘jeu’, ‘religion’, ‘droit’, présentent cette *vagueness* de telle façon qu’il apparaît impossible de les définir par genre et différence. Aujourd’hui, je pense qu’il est presque toujours possible de donner des définitions à ces termes, même *per genus et differentiam*, mais pour les noms de théorie en «-ismes» la définition par cas paradigmatiques me semble préférable.

2.3. Enfin, en admettant que ‘néoconstitutionnalisme’ puisse être défini en recourant à ces techniques, on doit encore trouver une définition meilleure que celle proposée par moi-même en termes de Thèse de la connexion nécessaire entre droit et morale *dans l’État constitutionnel*,¹⁶ qui est une définition défectueuse pour au moins deux raisons. D’un côté, seuls Alexy et Nino parlent expressément d’une connexion *nécessaire* entre droit et morale, mais sans la limiter à l’État constitutionnel ; dans ces conditions, ils devraient être étiquetés non pas néoconstitutionnalistes, mais jusnaturalistes *tout court*. D’un autre côté, une Thèse de la connexion nécessaire ainsi formulée sonne comme une contradiction dans les termes : comment peut-on déclarer nécessaire une connexion ouvertement limitée au seul État constitutionnel ?¹⁷

La plus ambitieuse définition du néoconstitutionnalisme fournie jusqu’à aujourd’hui est due à Comanducci et elle est calquée sur la célèbre tripartition du positivisme juridique selon Bobbio : ‘néoconstitutionnalisme’ indiquerait une méthodologie, une théorie et une idéologie distinctes de celles du juspositivisme.¹⁸ J’ai eu moi-même l’occasion d’utiliser la définition de Comanducci en changeant l’ordre des éléments ; j’ai ainsi présenté le néoconstitutionnalisme comme une *théorie* du droit de l’État constitutionnel, qui en tant que telle pourrait être tout à fait semblable à celle fournie par le positivisme méthodologique, mais qui aboutit au contraire à violer le principe de la *Wertfreiheit* – cœur de la *méthodologie* positiviste – et risque toujours de se précipiter dans une *idéologie* favorable à toute constitution en tant que telle.¹⁹

Aujourd’hui, la définition de Comanducci me paraît pourtant défectueuse ; elle attribue au néoconstitutionnalisme le même penchant idéologique dont parle Guastini – reproche repoussé par les néoconstitutionnalistes – mais surtout elle admet que les *théories* néoconstitutionnaliste et positiviste méthodologique

16 Cf. Barberis 2008 : 31 (texte à partir duquel est sorti une quatrième édition, Barberis 2011c, dont ce travail est une anticipation).

17 Bien sûr, l’on pourrait dire que la connexion instituée entre le droit et la morale dans l’État constitutionnel par une définition stipulative est nécessaire en ce qu’elle vaut *par définition* : mais comme l’a noté Eugenio Bulygin en critiquant Alexy, une définition stipulative n’est pas une bonne façon d’établir une connexion nécessaire.

18 Cf. Comanducci 2007 ; et la tripartition de Comanducci à laquelle Guastini se réfère quand il fait allusion aux (prétendus, selon lui) éléments méthodologiques, théoriques et idéologiques du néoconstitutionnalisme.

19 Je renvoie ici à Barberis 2011b (notamment 231–238).

pourraient être identiques. Or, même en admettant que néoconstitutionnalistes et positivistes discutent du même objet, c'est-à-dire du droit de l'État constitutionnel, et que quelquefois on ne peut pas les distinguer – pensons simplement à Prieto²⁰ – je préfère définir 'néoconstitutionnalisme' d'une autre façon, par ses thèses caractéristiques. Mais en cherchant justement des thèses théoriques caractéristiques du néoconstitutionnalisme, je reconnais que je n'arrive pas à en trouver de meilleures que celles mises en évidence par Guastini.

Après avoir en effet banni le néoconstitutionnalisme au nom de l'idéologie, Guastini consacre presque tout son travail à en discuter deux ou trois thèses théoriques, les mêmes que Ferrajoli critique aujourd'hui :²¹ la connexion (nécessaire ?) entre droit et morale, la distinction (forte ?) entre règles et principes, l'application des règles et des principes (respectivement ?) par subsomption et pondération. Comme les points d'interrogations entre parenthèses le mettent en évidence, les néoconstitutionnalistes fournissent à ces trois problèmes typiques trois solutions toutes aussi typiques : ils répondent par l'affirmative à ces questions, comme on le verra dans la prochaine section. Dans la section qui y fera suite, nous verrons par ailleurs qu'il est possible de fournir une réponse négative aux trois interrogations, et une solution positiviste aux trois problèmes.

Pour récapituler, 'néoconstitutionnalisme' n'est bien sûr qu'une étiquette collée à des thèses soutenues par des auteurs divers sous des noms différents : mais cette circonstance ne rend pas le néoconstitutionnalisme moins intéressant, soutenable et critiquable que le jusnaturalisme ou le juspositivisme. Certes, chaque auteur mérite d'être interprété et discuté de façon singulière, sans utiliser d'étiquettes qui – pour les néoconstitutionnalistes comme pour tout autre – peuvent toujours s'avérer trompeuses. Mais les étiquettes sont utiles pour la discussion théorique, en permettant de sélectionner les thèmes et les thèses pertinentes, tout comme est indispensable ce minimum de charité interprétative qui permet de prendre au sérieux les opinions d'autrui et même les siennes : car sans cela, tout se réduirait à un tas d'idéologies.

3 MÉTATHÉORIE: UNE RECONSTRUCTION DU NÉOCONSTITUTIONNALISME

La *seconde* question, métathéorique, se pose en ces termes: comment reconstruire la théorie néoconstitutionnaliste de façon à pouvoir la discuter, comme on le fera dans la section suivante ? On a déjà vu quel type de définition peut être plus utile à cette fin et quels peuvent en être les éléments : le néoconstitution-

20 Cf. Prieto Sanchís (2007 : 213–235) : un travail à propos duquel – sauf le choix de 'constitucionalismo' au lieu de 'neocostitucionalismo' – je crois être parfaitement d'accord.

21 Cf. Ferrajoli 2010 : 2777–2778.

nalisme peut être considéré comme une famille de thèses théoriques concernant les rapports droit-morale, la distinction règles/principes, l'application des premières par subsomption et des secondes par pondération. Dans cette section, les trois thèses néoconstitutionnalistes seront formulées dans un esprit de charité, sans les prendre pour de simples têtes de turc : mais sans aller jusqu'au point d'en cacher le caractère générique, l'ambiguïté et les problèmes.

3.1. La première thèse caractéristique du néoconstitutionnalisme concerne la *connexion droit-morale*, notamment dans l'État constitutionnel et par l'intermédiaire des principes constitutionnels. Tous les néoconstitutionnalistes disent en effet adopter une troisième position entre jusnaturalisme et positivisme – théories qui valaient, elles, peut-être pour l'État législatif (en all. *Gesetzstaat*) du dix-neuvième ou vingtième siècles, mais qui seraient dépassées pour l'État constitutionnel (en all. *Verfassungsstaat*) contemporain.²² Dans le *Gesetzstaat*, doté de constitutions flexibles et qui ne connaissait pas encore de contrôle de légitimité constitutionnelle des lois, les principes constitutionnels n'étaient que des valeurs morales ou politiques externes au droit positif ; tout au plus pouvaient-ils fonctionner en tant que principes programmatiques et non prescriptifs jusqu'à leur éventuelle application par le législateur ordinaire.²³

Dans l'État constitutionnel, caractérisé par la rigidité de la constitution et le contrôle de constitutionnalité des lois, la situation change ; les valeurs morales, externes au droit positif, deviendraient des principes constitutionnels à l'intérieur de ce dernier. Les dispositions constitutionnelles, toutefois, peuvent être interprétées de deux façons différentes : soit comme des règles qui limitent les lois ordinaires, soit comme des principes inspirateurs du droit tout entier. En utilisant la terminologie de Ferrajoli le néoconstitutionnalisme serait, dans le premier cas, une théorie *garantiste*,^{24**} proche du positivisme de Hans Kelsen, l'inventeur du contrôle de constitutionnalité centralisé. En revanche, dans le deuxième cas, il deviendrait une théorie *principlaliste*, et les valeurs morales finiraient par envahir le droit positif tout entier.

22 Pour cette opposition, dans la version fumeuse fournie par Peter Häberle, cf. Zagrebelsky 2009 : 117–146.

23 Sur le caractère programmatique de nombreuses dispositions de principe de la constitution italienne, soutenu encore en 1949 par la Cour de Cassation italienne, tandis que la Cour constitutionnelle, dès sa première décision 1/1956, en affirma la valeur prescriptive, cf. au moins Fioravanti 2009 : 3–40, et Ferrajoli 2010 : 2797–2799.

24 ** [NdT : Le terme "garantisme" (en it. "garantismo") se trouve chez Ferrajoli, depuis son ouvrage Ferrajoli 1989, et désigne une théorie de la garantie et de la protection de l'État de droit constitutionnel contre le droit invalide, incomplet ou arbitraire, pour assurer, au-travers de règles précises, l'exercice d'une parfaite cohérence, légalité et légitimité de la décision judiciaire. À l'inverse, le terme "principlisme" (en it. "principlismo") désigne une théorie du droit gouvernée par des principes qui concernent spécifiquement la justice matérielle ou substantielle des cas concrets (Dworkin, Alexy, etc.). On pourra se reporter utilement, en plus du texte précité de Ferrajoli, à Carbonell & Salazar : 2009.]

Dans ces conditions, le problème n'est pas seulement de savoir si les principes constitutionnels doivent être classés parmi des valeurs morales ou des normes juridiques et, dans le second cas, parmi des règles ou des principes. Le problème n'est pas non plus de savoir si les principes constitutionnels sont sujets à une *moral reading* ou bien à l'interprétation commune de la loi. Je crois plutôt que l'objet de toutes les disputes est celui-ci : quelles (re)définitions de 'norme', 'règle', 'principe', etc., faut-il adopter pour expliquer toutes ces activités ? Et, au fond, le problème le plus difficile de tous est celui-ci : le droit positif peut-il incorporer la morale *sans restrictions*, tout en restant du droit (positif), ou bien finit-il par être aspiré dans la morale ? Cela serait le cas, probablement, si les règles, dans le raisonnement juridique, pouvaient toujours être substituées aux principes qui les justifient.

Nous verrons au point 4.1 ma réponse à cette question. Ici, je me limite à constater que le néoconstitutionnalisme est une théorie *explicite* de la connexion droit morale :²⁵ connexion caractéristique de l'État constitutionnel – mais qui ne lui est pas spécifique. Dans l'État législatif aussi le droit incorporait des valeurs morales, par le biais des clauses générales :²⁶ pour ne pas parler du droit pré-moderne et extra-occidental, impossible à distinguer de la morale. Le néoconstitutionnalisme, par ailleurs, peut se définir comme une théorie des rapports entre droit et morale *in genere* : tous les néoconstitutionnalistes théorisent ces rapports, même si chaque théoricien le fait en des termes différents (comme rapports nécessaires, contingents, essentiels, profonds, etc.). Le néoconstitutionnalisme n'est que la théorie qui discute ces rapports, lesquels ont été ignorés par les positivistes jusqu'à Hart, et qui aujourd'hui encore ne sont que négligés par Guastini et Ferrajoli.²⁷

3.2. La *seconde* thèse caractéristique du néoconstitutionnalisme est la *distinction entre règles et principes*. Le positivisme théorique jusqu'à la première moitié du vingtième siècle s'est représenté le droit comme un ensemble fini de règles destinées à guider la conduite humaine : des commandements (John Austin), des jugements hypothétiques (Kelsen), des prescriptions (Uberto Scarpelli, Georg-Henrik von Wright). Le néoconstitutionnalisme paraît adopter la distinction entre *rules* et *principles* formulée par Dworkin dans *Taking Rights Seriously* (1977), mais abandonnée tacitement par lui dès *Law's Empire* (1986), pour deux raisons me semble-t-il : d'abord, parce que dès le début Dworkin ne

25 Comme le souligne, contre Ferrajoli, Pino 2011.

26 Cf. Velluzzi 2010. De ce point de vue, l'État constitutionnel « n'est rien d'autre qu'un prolongement de l'empire de la loi jusqu'à la norme constitutionnelle » : Atienza & Laporta 2009 : 209.

27 Cf. Ferrajoli (2010 : 2786) : les constitutions « expriment et incorporent des valeurs ni plus ni moins que ne le font les lois ordinaires », opinion partagée par Guastini et Laporta en ayant recours à l'argument kelsénien du Roi Midas, selon lequel tout ce que le droit touche devient du droit.

s'intéressait pas tant à la théorie cognitive des normes qu'à la connexion normative droit-morale; ensuite, parce qu'il s'est immédiatement aperçu que sa distinction n'était pas pertinente.

Ses successeurs, en particulier Alexy, ont reproposé la distinction abandonnée par leur héros : distinction *forte* ou *dichotomique* entre règles et principes, comme classes de normes mutuellement exclusives et conjointement exhaustives. Leur distinction est structurale, basée sur la forme logique respective des règles et des principes : tandis que les premières auraient la forme logique des jugements hypothétiques kelséniens ('si x alors y'), les seconds sont définis par Alexy comme des commandements d'optimisation (en all. *Optimierungsgebote*), par Atienza et Ruiz Manero comme des normes à champ d'application ouvert, par Zagrebelsky comme des normes sans champ d'application – conceptions différentes qui saisissent seulement certains aspects des principes, sans toujours réussir à bien les distinguer des règles.

L'échec de la distinction forte conduit aujourd'hui des positivistes (comme Ferrajoli et Cristina Redondo) à penser que toutes les normes juridiques ne peuvent être que des règles, et des néoconstitutionnalistes (comme Garcia Figueroa) à penser que toutes les normes fonctionnent comme des principes.²⁸ Mais les raisons de l'échec étaient claires dès le départ : le terme 'principe' est lui aussi un terme vague, qui n'indique *pas* des choses dotées de caractères communs et rigoureusement distinctes des règles.²⁹ Surtout, les raisons de cet échec n'empêchent pas de tracer une distinction entre règles et principes, même en définissant ces termes par genre et différence, mais en limitant la validité de la définition aux cas typiques ou paradigmatiques.³⁰ La distinction forte entre règles et principes peut être ainsi remplacée par la distinction faible – non structurale mais fonctionnelle, non dichotomique, mais quasi-dichotomique – que l'on proposera dans la prochaine section : 'règle' indique des normes qui guident directement la conduite, 'principe' des normes qui la guident indirectement, au moyen des règles.³¹

Avant d'aborder le fonctionnement différent des règles et des principes dans le raisonnement juridique, je voudrais par ailleurs constater que le néoconstitutionnalisme a (ou est) une théorie des normes : justement la théorie qui distingue les règles des principes, en privilégiant les seconds.³² D'après les néoconstitutionnalistes, en effet, les principes ne servent pas seulement de limites

28 Cf. García Figueroa 2009 : 133–172.

29 Cf. Carrió 1970 : 127–148.

30 Pour un exemple relatif à la définition du 'droit', cf. Barberis 2008b : 92–100.

31 Cf. Schauer 2000, pour la distinction entre règles et raisons sous-jacentes, ainsi que, dans les termes repris dans le texte, de nouveau Barberis 2008b : 67–70 & 106–117.

32 Cf. Zagrebelsky (2009 : 90) : si le positivisme est la thèse selon laquelle « les normes juridiques authentiques sont les règles », alors le néoconstitutionnalisme est la thèse selon laquelle dans le droit les principes sont plus importants que les règles.

à la législation ('garantisme' dans le lexique de Ferrajoli), mais ils exercent une sorte d'effet d'irradiation (en all. *Ausstrahlungswirkung*), sur le processus entier de production, d'interprétation et d'intégration des règles ('principlialisme' dans le même lexique). Certes, cette théorie des normes soulève un problème analogue à celui de la Thèse de la connexion droit-morale : comme le droit risque toujours de s'effondrer dans la morale, le recours aux principes qui justifient les règles risque toujours d'éclipser ces dernières. Mais, de nouveau, une chose au moins ne saurait être niée : le néoconstitutionnalisme a (ou est) aussi une théorie des normes.

3.3. La troisième thèse caractéristique du néoconstitutionnalisme concerne la distinction entre application de règles et application de principes: les premières seraient appliquées (seulement) par *subsumption*, les seconds (seulement) par *balancement* ou *pondération*.³³ Appliquer une règle comme l'interdiction du meurtre équivaldrait à subsumer un cas concret (par exemple le meurtre d'Abel par Caïn) sous une norme abstraite, en attribuant au premier la solution prescrite par la seconde, et en déduisant de la règle abstraite la règle concrète. Appliquer un principe comme celui de la sacralité de la vie apparaît comme une activité profondément différente : l'application de ce principe ne pourrait se réduire à la déduction tirée de la règle interdisant l'homicide (cf. 4.2). Les principes seraient applicables en un sens beaucoup plus large du terme 'appliquer' : par balancement ou pondération.

On tend souvent à utiliser 'balancement', au sens strict, seulement pour désigner une famille de techniques argumentatives utilisées par les juges nationaux, communautaires et internationaux, et théorisée par les réalistes américains bien avant les néoconstitutionnalistes : famille qui comprendrait au moins le *balancing* nord-américain et l'*Abwägung* allemand.³⁴ Il s'agirait toujours de la confrontation entre deux principes - comme le droit du fœtus à la vie et le droit de la femme à la santé, ou comme le droit individuel au respect de la vie privée et le droit collectif à l'information - permettant d'en tirer une règle applicable par subsumption. Mais le terme 'balancement' renvoie aussi au raisonnement moral le plus général, consistant à tenir compte de toutes les raisons pertinentes :³⁵ il s'agit donc, comme nous le verrons en 4.3, de toutes les applications juridiques possibles de ce raisonnement éthique, y compris celles opérées par le législateur ordinaire ou par le constituant.

33 Cf. de façon lapidaire Bernal Pulido (2003 : 225) : « Il existe deux formes simples pour appliquer les normes: la pondération et la subsumption. Les règles s'appliquent au moyen de la subsumption, tandis que la pondération est la manière d'appliquer les principes ».

34 Cf. au moins Cohen-Elyia & Porat 2010 : 263-286 et, récemment, Matthews & Stone Sweet 2011 : 101-179.

35 Cf. Raz 1975 : 36.

Les néoconstitutionnalistes soutiennent, à ce sujet, au moins cinq thèses qui seront discutées dans la prochaine section: 1) le conflit entre principes constitutionnels dissimulerait un ordre objectif de valeurs (en all. *objektive Wertordnung*) formé par les principes constitutionnels ; 2) le balancement serait une procédure rationnelle pour la solution de cas constitutionnels douteux, difficiles ou tragiques ;³⁶ 3) le balancement opèrerait une conciliation des principes en question, dont l'un serait totalement sacrifié au profit de l'autre seulement à l'occasion de cas extrêmes; 4) le balancement serait lié à la justice du cas concret, auquel seraient appliqués valeurs, principes et droits pertinents ; 5) la subsomption et le balancement s'excluraient réciproquement, s'utilisant respectivement pour les règles et pour les principes.

J'examinerai à la fin de la prochaine section ces thèses et la critique qu'en fait Guastini ; mais j'anticipe maintenant deux conclusions. D'abord, je pense que le balancement ne peut se réduire, comme le pensent Guastini et Jürgen Habermas, à une idéologie des juristes :³⁷ il s'agit, au contraire, d'une argumentation rendue nécessaire par la pluralité, l'indétermination et la conflictualité des valeurs morales et des principes constitutionnels. En outre – tout comme l'affirme Guastini, mais comme le reconnaissent depuis longtemps les néoconstitutionnalistes eux-mêmes – entre subsomption et pondération, comme entre règles et principes, droit et morale, il y a ce rapport de complémentarité théorisé par Habermas : « la morale autonome et le droit positif qui demande à être fondé entretiennent bien plutôt une *relation de complémentarité* ». ³⁸

En particulier, l'application, au sens large, d'un principe générique comme la sacralité de la vie, la dignité humaine ou l'égalité formelle, consiste dans sa concrétisation en une règle. Cette concrétisation peut requérir le balancement d'un principe avec un autre (avec lequel il entre en conflit) : mais elle le requiert de façon contingente et non de façon nécessaire. De ce balancement contingent, et de la concrétisation *nécessaire*, on parvient à une règle abstraite applicable au sens strict, c'est-à-dire par subsomption. Droit et morale, règles et principes, subsomption et pondération s'entrelacent donc dans tout raisonnement juridique – le terme « balancement » étant utilisé ici par métonymie (*pars pro toto*). Mais une chose au moins ne peut être dite : que, de tout cela, le néoconstitutionnalisme n'ait pas de théorie.

En adoptant un minimum de charité interprétative, enfin, les thèses néoconstitutionnalistes à propos des rapports droit-morale, de la théorie des normes et du raisonnement juridique ne paraissent plus réductibles à des idéologies, mais peuvent tout au moins être discutées comme s'il s'agissait d'authentiques théories. De telles théories, alors, ne parlent pas seulement des aspects les

36 Cf. en particulier Alexy 2005 : 97–123.

37 Habermas 1996 : 302 & 1997 : 277.

38 Habermas 1996 : 130 & 1997 : 122.

plus caractéristiques des ordres juridiques contemporains : elles sont aussi liées – comme on l’a vu pour le balancement, et comme on le verra tout à l’heure – à certaines des questions parmi les plus discutées de l’éthique actuelle. Et que les thèses néoconstitutionnalistes puissent être discutées en tant que théories n’exclut pas, mais au contraire implique, que l’on puisse en fournir de meilleures, comme on va le voir dans la prochaine section.

4 UNE CRITIQUE POSITIVISTE DU NÉOCONSTITUTIONNALISME

La troisième question, *théorique*, est la suivante : bien que le néoconstitutionnalisme soit une théorie et ait proposé des thèmes parmi les plus stimulants du débat théorique contemporain, est-il toutefois une théorie acceptable ? Par exemple, les trois problèmes mis en évidence dans la précédente section ne pourraient-ils pas recevoir de meilleures solutions de la part d’un positivisme méthodologique actualisé par rapport au positivisme théorique des siècles derniers ? Mon opinion personnelle, exprimée de façon plus articulée dans mon *Manuale di filosofia del diritto* (2011), y incline. Je l’argumenterai ici en m’efforçant de fournir une ébauche de théorie positiviste, inspirée de certaines thèses de Cass Sunstein et Frederick Schauer, pour chacun des trois thèmes théoriques caractéristiques du néoconstitutionnalisme.

4.1. En ce qui concerne les *rapports droit-morale*, je crois que le positivisme peut les théoriser à deux conditions reliées l’une à l’autre. La première est de reconnaître la connexion contingente entre droit et morale, comme l’admet Hart et le positivisme inclusif ; la seconde condition est de redéfinir les limites de cette connexion, qui jusqu’à présent ont été formulées de façon obscure par le positivisme exclusif. Des positivistes exclusifs tels que Raz semblent en effet postuler une sorte de connexion nécessaire négative : le droit *ne peut nécessairement pas* être connecté à la morale. Cette thèse, tout aussi apodictique que la Thèse jusnaturaliste de la connexion, me semble admissible seulement au sens où le droit ne peut être *indéfiniment* connecté à la morale : un droit entièrement « par principes » ne serait plus du droit positif mais une morale appliquée par les juges, une justice de cadi.

En reprenant un vieil argument de Kelsen, pensons à une constitution rigide et garantie par une Cour constitutionnelle qui énonce explicitement le principe « la législation ordinaire doit être juste ». ³⁹ Evidemment, un pareil principe ôte-

39 Comme on l’a dit, d’après Alexy, le droit contiendrait toujours, *implicitement*, une prétention de correction; ici, je soutiens que le même droit ne pourrait convoquer cette prétention *explicitement* sans s’autodétruire en tant que droit. Du reste, c’est une thèse célèbre de Kelsen: cf. Kelsen 1968 : 1864.

rait toute fonction à la législation et même au Parlement qui la produit : en invoquant ce principe, la Cour constitutionnelle pourrait annuler n'importe quelle loi s'écartant du sens de la justice partagé par la majorité de ses membres. Pire encore, tout juge ordinaire pourrait exercer une « interprétation adéquate » (en all. *Verfassungskonforme Auslegung*) de toute loi qu'il appliquerait, en la substituant avec la règle qu'il aurait retenue plus juste. Si les positivistes exclusifs n'entendent que cela, ils ont parfaitement raison ; le droit ne peut être indéfiniment ouvert à la morale sans devenir lui-même une morale (positive) : qui plus est, une morale positive particulièrement répugnante, car elle serait arbitrairement créée par les juges.

Tout cela achève le noyau de bon sens du positivisme exclusif. Celui-ci a raison d'exclure seulement l'ouverture *indéfinie* du droit qui conduirait à ce qu'il soit aspiré par la morale : ce qui se produirait en admettant sans restrictions « l'effet horizontal » (en all. *Drittwirkung*) des principes constitutionnels. Ces derniers, comme on l'a vu, ne sont applicables qu'après leur éventuelle pondération avec d'autres principes et après leur nécessaire concrétisation en règles : activités toutes deux assez discrétionnaires pour qu'au sein d'une démocratie constitutionnelle vraiment démocratique, pour le dire ainsi, elles soient réservées au Parlement, de façon positive, et à la Cour constitutionnelle, de façon négative.⁴⁰ Dans une *démocratie* constitutionnelle, en effet, les juges ordinaires ne peuvent se substituer au Parlement et les juges constitutionnels ne peuvent qu'annuler la législation inconstitutionnelle et interpréter celle qui n'est pas clairement inconstitutionnelle en la conformant à la constitution.

Mais reste encore à examiner le terrible problème de la délimitation des rapports entre le droit et la morale (positive ou critique). Cette délimitation requiert, certes, une solution plus nuancée que celle proposée par les positivistes inclusifs et exclusifs. Mais laquelle ? Les positivistes inclusifs et exclusifs partagent l'idée que les rapports entre le droit et la morale sont *modulés* par les principes constitutionnels.⁴¹ De quelle façon ? Dans mon *Manuale* je propose cette solution, inspirée de Frederick Schauer : entre principes constitutionnels et règles qui les concrétisent il y a le même rapport qu'entre le principe d'utilité et les règles dans l'utilitarisme de la règle (en angl. *Rule utilitarianism*).⁴² Autrement dit, *on* présume que les principes constitutionnels – pluriels, génériques et conflictuels, à la différence du principe d'utilité – ne s'appliquent d'ordinaire que par l'intermédiaire des règles qui les actualisent, quoique cette

40 Cf. Barberis 2011d, où je soutiens une théorie néokelsénienne de la démocratie constitutionnelle : le Parlement n'est pas souverain mais se limite à appliquer et actualiser la constitution.

41 Cf. Raz 2009 : 182–202, et Moreso 2001a : 37–63.

42 Cf. Austin (1954 : 47) : « Nos règles devraient être basées sur l'utilité ; notre conduite sur nos règles ».

présomption puisse être exceptionnellement renversée, comme l'admet le positivisme *présomptif* de Schauer.⁴³

Prenons encore l'exemple de la valeur de la vie, formulée ou formulable dans une constitution sous la forme du principe « La vie est sacrée ». Formulée ainsi, la valeur de la vie reste générique et toujours potentiellement en conflit avec d'autres valeurs. Évidemment, cette valeur doit se concrétiser dans la règle qui interdit l'homicide. Mais de quel homicide parle-t-on ? Pas de l'homicide en cas de légitime défense, bien sûr, où l'on sacrifie la vie de l'agresseur, ni de l'homicide en état de nécessité, où l'on sacrifie l'une des deux vies également sacrées. Mais que dire dans le cas de l'homicide de l'embryon et du fœtus, où la sacralité de la vie peut entrer en conflit avec la santé de la femme ? Et dans le cas de l'homicide de la personne qui veut être assistée pour mettre fin à ses jours, où la sacralité de la vie entre en conflit avec la dignité humaine ? Qu'en est-il de l'homicide du condamné à mort, de celui de l'ennemi de guerre, de celui des cellules staminales ?

L'absolue indétermination (en all. *Unbestimmtheit*) de ce principe pourrait être un bon exemple de ce que Sunstein nomme les *accords partiellement théorisés* (en angl. *incompletely theorized agreements*). Cet auteur parle de deux types différents d'accords. Le premier type – que l'on nommera ici APT1 – intervient justement parmi les constituants qui formulent des principes extrêmement génériques, comme celui de la sacralité de la vie, en recourant à une forme d'abstraction qui pourrait être nommée *ascension conceptuelle* (en angl. *conceptual ascent*). L'autre accord partiellement théorisé – appelons-le APT2 – peut aussi intervenir parmi les constituants quoiqu'il intervient le plus souvent parmi les législateurs ordinaires qui balancent et concrétisent les principes constitutionnels, ce que Sunstein qualifie de *descente conceptuelle* (en angl. *conceptual descent*).⁴⁴

APT1 permet d'atteindre un accord parmi des constituants qui ont des opinions morales même opposées en opérant une ascension ou encore une abstraction conceptuelle : les principes constitutionnels assez génériques se formulent de telle façon que chacun des constituants peut y souscrire sans changer ses opinions respectives. Naturellement, rien n'interdit que sur des questions moins controversées que celle de la vie, les constituants s'accordent sur des règles spécifiques ; mais dans des sociétés éthiquement divisées comme les nôtres, l'accord ne peut souvent être obtenu que sur des principes génériques, quitte à renvoyer au législateur et aux juges constitutionnels les questions les plus controversées. C'est là que s'ouvre l'espace du choix démocratique qui, dans une démocratie constitutionnelle revient de façon positive au Parlement, et de façon négative à la Cour constitutionnelle.

43 Cf. Schauer 2000 : 196 ss.

44 Cf. Sunstein 2001 : 50.

4.2. En ce qui concerne la *distinction règles/principes*, sa version positiviste ne peut pas être forte et dichotomique, mais, comme on va le voir, quasi-dichotomique. D'abord, il faut souligner qu'une même disposition peut être interprétée comme une règle, applicable directement (déductivement) au cas concret, ou comme un principe, applicable indirectement au cas concret par l'intermédiaire de la pondération – contingente – et de la concrétisation – nécessaire – en diverses règles, suivies de l'application déductive de celles-ci. Le critère de distinction entre règles et principes est de la sorte redéfini en des termes purement fonctionnels : on appelle règles, des normes appliquées directement à la conduite par déduction ; on appelle principes, des normes appliquées à la conduite indirectement, après leur concrétisation en règles.⁴⁵

De cette distinction théorique découle de nombreuses conséquences. D'ailleurs, les *mêmes* normes – il suffit de penser aux *rationes decidendi* du *common law* et aux principes généraux de la *civil law* – peuvent fonctionner soit comme des règles, quand on en déduit directement la solution du cas concret, soit comme des principes, quand on les balance et les concrétise pour en tirer des règles. Du reste, quelle que soit leur définition, règles et principes ne peuvent être que complémentaires : des règles – par le biais de l'ascension (abstraction) conceptuelle, APT1 – peuvent toujours s'abstraire des principes différents ; des principes à leur tour – par le biais de la descente (concrétisation) conceptuelle, APT2 – peuvent toujours être concrétisés par des règles différentes.

Mais à bien y regarder, la distinction reste quasi-dichotomique : les principes décisionnels et généraux sont en réalité des règles applicables déductivement au cas concret, tandis que les principes constitutionnels ou fondamentaux sont les seuls, à la rigueur, qui requièrent toujours une concrétisation et souvent une pondération pour pouvoir être appliqués. C'est cette conséquence qui choque Ferrajoli⁴⁶ pour deux raisons : l'une théorique, car son système axiomatique, le système de *Principia Iuris* (2007), n'admet que des règles, applicables déductivement ; l'autre idéologique, car admettre des principes affaiblit selon lui la normativité de la constitution.

En effet, les principes (constitutionnels) ne s'appliquent qu'au sens large par l'intermédiaire de règles (législatives). Là où l'accord ne se trouve pas au Parlement, on a recours à APT2, c'est-à-dire à un compromis sur une règle justifiable par des principes, même s'ils sont opposés. Sunstein donne l'exemple d'une disposition qui autorise les travailleurs à pratiquer leur religion sur le lieu de travail : disposition sur laquelle religieux et laïcs, employeurs et travailleurs,

45 Il s'agit de la reformulation de la redéfinition de 'règle' et de 'principe' fournie dans Barberis 2011c : §§ 3.2 & 3.7. Je ne me pose pas ici la question de savoir si à cette distinction fonctionnelle correspond une ou plusieurs distinctions structurelles.

46 Cf. encore Ferrajoli 2010 : 2800 ss., où la distinction entre règles et principes est réduite à un problème de style, à l'exception des principes qu'il nomme directifs (les « commandements d'optimisation » d'Alexy), et Redondo 2011.

pourraient tout à fait s'accorder pour de multiples raisons. Un compromis de ce genre produit souvent ce que Giovanni Tarello nommait une *legislation purement formelle* (en it. « *di mera formula* »), à savoir une disposition de loi votée par le Parlement, tout en sachant qu'ensuite les juges l'interpréteront de façon différente, voire contradictoire.⁴⁷

APT1 et APT2 sont deux raisonnements que l'on pourrait nommer respectivement – bien entendu, toujours par métonymie – balancement au *sens très large ou constitutionnel* et balancement au *sens large ou législatif*, en les distinguant ainsi du balancement au *sens strict* opéré par la Cour constitutionnelle et éventuellement par les juges ordinaires.⁴⁸ Ferrajoli parle lui aussi de balancement législatif et judiciaire, mais seulement pour réduire les deux à une « bulle terminologique » et/ou à la vieille interprétation systémique,⁴⁹ avec la terreur de saper le système axiomatique et la normativité de la constitution. Je crois qu'une véritable théorie positiviste méthodologique, c'est-à-dire *Wertfrei*, pourrait indiquer de façon plus sereine deux différences entre balancement législatif et balancement judiciaire.

La *première* différence, superficielle, consiste en ce que le balancement est d'habitude *implicite* lorsqu'il est réalisé par le Parlement, et *explicite* s'il est opéré par le juge constitutionnel : je dis d'habitude, car rien n'interdit au juge de le réaliser implicitement, en passant sous silence un principe mis en balance, et au législateur de le faire quasi explicitement, en mentionnant les principes mis en balance dans le titre ou dans le préambule de la loi. La *seconde* différence, plus profonde, vient du fait que le balancement législatif se produit de façon positive, et est *libre*, tandis que le balancement du juge se produit de façon négative, et est *contraint* d'être motivé : ce n'est que pour cela que le second est explicite. En substance, les deux balancements sont distincts seulement par leur degré de pouvoir discrétionnaire : entre celui du législateur et celui du juge, y compris dans l'application de la constitution, il y a la même différence que dans la *Rahmenslehre* de Kelsen adoptée par Guastini.⁵⁰

Considérons la législation italienne actuelle sur l'interruption volontaire de grossesse, produite par le Parlement après l'annulation par la Cour constitutionnelle de l'interdiction fasciste de l'avortement. La Cour avait mis en balance les valeurs de la vie du fœtus et de la santé de la femme, ce que le Parlement reprend à l'identique trois ans après, en faisant référence jusque dans le titre de la loi aux deux principes en conflit : la vie et la santé. Dans les deux cas, le balan-

47 Cf. Tarello 1980 : 366–377, et Fioriglio 2004 : 547–553.

48 Cf. Barberis 2008c : 86–89, et Pino 2010 : 174.

49 Ferrajoli 2010 : 2805 ss.

50 Cf. Kelsen 1981 (notamment p. 147, mais aussi p. 189), où il déconseille de formuler la constitution en termes de principes, parce que cela finirait par saper le primat du Parlement dans l'application de la constitution.

cement tranche le cas générique de l'avortement en deux sous-cas génériques, auxquels il applique deux règles différentes : l'une, sur les trois premiers mois de grossesse, admet l'avortement en lui appliquant le principe qui garantit la santé de la femme ; l'autre, sur les mois successifs, l'interdit, en lui appliquant le principe qui garantit la vie du fœtus. Entre pondération des juges et du législateur il n'y a que cette différence : pour la Cour, l'avortement est justifié seulement par la santé *physique*, pour le Parlement il l'est aussi par la santé *psychique* de la femme.⁵¹

S'ouvre ici, parallèlement à cette distinction entre balancement législatif et balancement judiciaire, la grande alternative politico-normative entre application de la constitution par le Parlement seul ou par le Parlement et la Cour constitutionnelle. Sur le plan *normatif*, je crois que même dans une démocratie constitutionnelle où le Parlement n'est plus souverain, la Cour ne se doit d'intervenir que lorsque les lois violent la constitution. Sur le plan *cognitif*, en revanche, les deux applications sont indifférentes seulement si l'on adopte l'ancienne doctrine de la souveraineté du Parlement, comme le fait encore aujourd'hui Jeremy Waldron, selon lequel le dernier mot ne peut revenir qu'au Parlement ou à la Cour.⁵² Mais si l'on n'adopte pas une telle doctrine – en admettant que l'exercice de la souveraineté est toujours divisé, de telle sorte que nul n'a jamais le dernier mot, tout au plus l'avant-dernier – alors le Parlement et la Cour ont tous les deux leur mot à dire, qu'ils soient en conflit ou en dialogue.⁵³

4.3. Enfin, en ce qui concerne la *distinction subsomption/pondération*, elle peut aussi devenir l'objet d'une théorie *Wertfrei*, mais pas nécessairement selon la théorie de la pondération développée par Guastini. Je reprends de suite les cinq thèses néoconstitutionnalistes sur le balancement énumérées au point 3.3, en les confrontant avec les critiques de Guastini et en essayant d'ébaucher une théorie du balancement différente de la sienne. En particulier, je ne considère pas le balancement comme un choix arbitraire entre valeurs irrationnelles, opéré par des juges constitutionnels qui voudraient déposséder le Parlement de ses pouvoirs, mais plutôt comme un raisonnement rendu presque inévitable par le *pluralisme des valeurs* (en angl. *values pluralism*): théorie méta-éthique selon laquelle les valeurs morales, même formulées en principes constitutionnels, restent plurielles, génériques et conflictuelles, de telle sorte que les juges, afin de les

51 Cf. Cour constitutionnelle italienne, décision n. 27/1975, et loi du 22 mai 1978 n. 194, art. 4, intitulée justement «Normes pour la protection sociale de la maternité [la vie du fœtus] et sur l'interruption volontaire de grossesse [la santé de la femme]». Je dois à Nicola Muffato cette représentation du balancement : en particulier l'idée que l'on applique à des sous-cas généraux deux règles diverses, spécifiées à partir de principes différents.

52 Cf. J. Waldron 2006 : 1346–1406 ; et contre cette position, je renvoie à Finnis 1980 : 220, et à Barberis 2005 : 78–80.

53 Sur le dialogue institutionnel, cf. Pino 2007 : 109–141.

appliquer, sont toujours contraints de les spécifier et de les pondérer en cas de conflit.⁵⁴

La *première* thèse néoconstitutionnaliste soutient que l'apparent conflit entre principes cacherait un *objektive Weltordnung*, une hiérarchie cohérente des principes constitutionnels ou de leurs noyaux essentiels.⁵⁵ Ici Guastini, avec sa théorie bien connue de la hiérarchie axiologique mobile entre les principes,⁵⁶ a bien montré l'in vraisemblance de l'irénisme néoconstitutionnaliste. Mais, comme Ferrajoli et Habermas, il semble aussi penser que le balancement n'est qu'un des moyens utilisés par les juges. En réalité, d'après le pluralisme des valeurs, les valeurs plurielles, génériques et conflictuelles formulées en principes constitutionnels ne peuvent être appliquées qu'en les concrétisant, et en les concrétisant en cas de conflit : activités certes discrétionnaires dans leur résultats, mais presque obligées si l'on accepte la reconstruction conceptuelle fournie jusqu'ici.

La *seconde* thèse néoconstitutionnaliste décrit le balancement comme une procédure rationnelle pour la solution des cas constitutionnels. Là aussi je crois que Riccardo a raison de suspecter que ces théories sont uniquement des rationalisations d'une jurisprudence constitutionnelle caractérisée par un énorme pouvoir discrétionnaire. Mais il me semble qu'il a tort de présenter le balancement comme un raisonnement arbitraire. Si l'on admet la pluralité, l'indétermination et la conflictualité des valeurs morales et des principes constitutionnels, on ne voit pas de vraie alternative raisonnable au balancement. Il serait bien plus déraisonnable, à l'inverse, de masquer la multiplicité des principes pertinents et d'appliquer le principe choisi comme s'il n'était que le seul principe pertinent, comme le font les juges constitutionnels utilisant l'approche textualiste ou originaliste aux Etats-Unis.⁵⁷

La *troisième* thèse néoconstitutionnaliste présente le balancement comme une conciliation des principes pertinents : conciliation qui sacrifierait totalement lors des cas extrêmes un principe à l'autre. Là aussi, Guastini semblerait avoir raison : souvent les juges constitutionnels argumentent de façon si sommaire qu'ils peuvent faire penser qu'ils choisissent totalement un principe, en le sacrifiant totalement à l'autre.⁵⁸ Mais n'importe quel pluraliste des valeurs pour-

54 Pour ma version de cette théorie, tirée d'auteurs assez différents tels que Max Weber, Isaiah Berlin et Joseph Raz, cf. encore Barberis 2005 : chap. 5 ; pour une application constitutionnelle semblable de la même idée, cf. Porat 2009 : 909–924.

55 On pourrait définir ici comme une *modeste objectivité des valeurs constitutionnelles*, le fait que toutes les constitutions fournissent une version différente de la même liste: cf. Dworkin 2010 : 13, et Barberis 2008a : chap. 6.

56 Cf. récemment Guastini 2011 : 301–303.

57 Pour une critique, cf. encore Matthews & Stone Sweet 2011 ; pour une proposition de compromis entre partisans et adversaires du balancement, cf. Porat 2006 : 1393–1441.

58 Cf. dernièrement Guastini (2010 : 232) : « La pondération, pour autant, n'est pas proprement une "conciliation". Elle ne consiste pas à "mettre d'accord", comme l'on dit parfois, les deux

rait admettre que là où le conflit est justement tragique, le compromis est inévitable ;⁵⁹ du reste, quel sens y aurait-il à balancer – c'est-à-dire à admettre la pertinence de *deux* principes – dans le but d'en sacrifier totalement *un* ? Pourquoi ne pas l'exclure dès le départ en renonçant ainsi à tout balancement ?

Prenons encore l'exemple de l'avortement. D'après Guastini, la décision de la Cour italienne devrait être interprétée comme un choix total pour la santé de la femme et comme un sacrifice total de la vie du fœtus. En effet le cas générique de l'avortement est divisé en deux sous-cas auxquels sont appliquées deux règles différentes, spécifiées à partir de principes opposés : dans les trois premiers mois de la grossesse il est possible d'avorter, ensuite cela est interdit. En réalité, les juges avant, le législateur plus largement après, réalisent une conciliation entre les deux valeurs (sacralité de la vie du fœtus et santé de la femme) par rapport au cas générique de l'avortement, et ce n'est que par rapport aux deux sous cas qu'un seul principe est appliqué (la santé dans les trois premiers mois, la vie ensuite).

La *quatrième* thèse affirme que le balancement relèverait de la justice du cas concret : celle-ci serait obtenue précisément en balançant, c'est-à-dire en tenant compte de tous les raisons pertinentes. Par sa théorie du balancement comme hiérarchie axiologique mobile, Guastini a raison de souligner que, entre deux principes, dans un premier cas le premier principe peut l'emporter tandis que le second l'emportera dans le deuxième. Mais que signifie ici le mot 'cas' ? Riccardo semble penser à un cas concret, comme dans les décisions de la Cour suprême aux Etats-Unis. D'autres semblent plutôt penser à un cas abstrait, comme dans les décisions des Cours constitutionnelles continentales.⁶⁰ Je crois qu'il peut s'agir de l'un ou de l'autre – du *definitional balancing* ou du *balancing ad hoc*, selon la terminologie ambiguë utilisée aux Etats-Unis – parce que les deux sont en corrélation : la même décision peut toujours être formulée ou comme règle spécifique ou comme principe générique.⁶¹

Enfin, la *cinquième* thèse néoconstitutionnaliste est que la subsomption et le balancement s'excluent réciproquement comme les règles et les principes : la subsomption serait réservée aux règles, la pondération aux principes. Là aussi on aurait toutes les raisons de critiquer cette thèse insoutenable, si les principaux théoriciens néoconstitutionnalistes ne l'avaient abandonnée depuis longtemps : Dworkin depuis trente ans, en substituant à la distinction règles/principes une

principes en conflit, ou à trouver un "point d'équilibre" ou une "voie intermédiaire", entre de tels principes. Elle ne consiste pas en l'application et au sacrifice partiel de ces derniers. L'un des deux principes est appliqué, l'autre est momentanément laissé de côté, inappliqué ».

59 Cf. par exemple Hampshire 2001 : 17.

60 Cf. Moreso 2001 : 201–221, avec les objections de Celano 2002 : 223–239 et la contre-objection de Pino (2010 : 191) : « il n'existe pas de règles absolument indéfectibles ».

61 Cf. déjà déjà Kahn 1987 : 12 (n. 46) : « Tout modèle de balancement que je décris peut se produire à chaque niveau d'abstraction, et les mêmes se produisent à n'importe quel niveau ».

théorie du droit comme interprétation ; de même que Alexy, importateur des thèses de Dworkin en Europe, et Zagrebelsky, importateur des thèses d'Alexy en Italie, l'ont fait il y a au moins une décennie.⁶² La chasse aux idéologies, devrait en effet aussi rencontrer cette limite : quand l'adversaire abandonne lui-même le champ de bataille, il suffit de lui appliquer la vieille maxime « il faut faire un pont d'or à l'ennemi qui fuit ».

5 CONCLUSION

Dans ce travail j'ai cherché à montrer de façon négative que si le néoconstitutionnalisme n'existait pas comme théorie du droit, alors aucune autre théorie du droit ne pourrait exister : tout serait seulement de l'idéologie. Mais je me suis surtout efforcé de montrer de façon plus positive que le néoconstitutionnalisme a, ou est, une théorie du droit, des normes et du raisonnement juridique, ce qui revient à une situation vraiment enviable pour une théorie qui n'existerait pas. Il est probable que dans ma *soft* défense du néoconstitutionnalisme ait joué cette sorte d'indulgence que les parents ont pour leurs enfants dissipés : en règle générale, personne, sinon nous-mêmes, n'a le droit d'en dire du mal. Mais, trêve d'indulgence, il ne me semble pas que le néoconstitutionnalisme ait encore besoin d'être davantage défendu. Tout au plus, le moment est venu de le prendre au sérieux.

*Traduit de l'italien par Pierre Brunet
et Jérémy Mercier.*

Bibliographie

- Robert ALEXY, 2003 : On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris* 16 (2003) 4. 433–449.
- , 2005 : Die Gewichtsformel [2003]. Trad. it. La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento. *Ars Interpretandi* (2005). 97–123.
- Manuel ATIENZA & Pierluigi CHIASSONI, 2010 : Debate sobre el positivismo jurídico. *Analisi e diritto* 2010. 285–331.
- Manuel ATIENZA & Francisco LAPORTA, 2009 : Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta. *Isonomía* (2009) 31. 209–223.
- Manuel ATIENZA & Juan RUIZ MANERO, 2007 : Dejemos atrás el positivismo jurídico. *Isonomía* (2007) 27. 7–28.

62 Cf. Alexy 2003 : 433–449 (et notamment 439) : la différence entre subsumption et pondération « est l'expression de deux dimensions du raisonnement juridique dont l'un a trait au classement et l'autre à l'évaluation, et qui peuvent et doivent être combinés ensemble de plusieurs façons ».

- John AUSTIN, 1954 : *The Province of Jurisprudence Determined* [1832]. London : Weidenfeld and Nicolson.
- Mauro BARBERIS, 1987 : Tarello, l'ideologia e lo spazio della teoria. *Materiali per una storia della cultura giuridica* (1987) 2. 317-355.
- , 2005 : *Etica per giuristi*. Roma-Bari : Laterza.
- , 2008a : *Europa del diritto. Sull'identità giuridica europea*. Bologna : Il Mulino.
- , 2008b : *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica* (2003). Torino : Giappichelli, 2008, p. 31;
- , 2008c : Legittima difesa e bilanciamenti. *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*. Dir. Alessandro Bernardi, Baldassare Pastore & Andrea Pugiotto. Giuffrè : Milano.
- , 2011a : Ferrajoli, o el neocostitucionalismo no tomado enserio. *Doxa* (2011) 34. 89-93.
- , 2011b : *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*. Bologna : Il Mulino.
- , 2011c : *Manuale di filosofia del diritto*. Torino : Giappichelli.
- , 2011d : Tre rimedi per la crisi della democrazia. *Teoria politica* (2011) 1. 351-366.
- Carlos BERNAL PULIDO, 2003 : Estructura y límites de la ponderación. *Doxa* (2003) 26. 225-238.
- Miguel CARBONELL & Pedro SALAZAR, 2009 : *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2ème éd. Madrid : Trotta.
- Genaro R. CARRIÓ, 1970 : Principi di diritto e positivismo giuridico. *Rivista di filosofia* (1970) 2. 127-148.
- Bruno CELANO, 2002 : 'Defeasibility' e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili. *Ragion pratica* (2002) 18. 223-239.
- , 2007 : Ragione pubblica e ideologia. *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*. Dir. Isabel Trujillo & Francesco Viola. Bologna : Il Mulino. 355-388.
- Moshe COHEN-ELYIA & Iddo PORAT, 2010 : American Balancing and German Proportionality: the Historical Origins. *I-Con* (2010). 263-286.
- Paolo COMANDUCCI, 2002 : Forme di neocostituzionalismo: una ricognizione metateorica. *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*. Dir. Tecla Mazzarese. Torino : Giappichelli.
- , 2007 : *Constitución y teoría del derecho*. México: Fontamara.
- Ronald DWORKIN, 2010 : *Justice in Robes* [2006]. Trad. it. *La giustizia in toga*. Roma-Bari : Laterza.
- David DYZENHAUS (dir.), 2004 : *The Unity of Public Law*. London-Portland (Or.) : Hart.
- Jordi FERRER BELTRÁN & Giovanni Battista RATTI (dir.), 2011 : *El realismo jurídico genovés*. Madrid : Marcial Pons.
- Luigi FERRAJOLI, 1989 : *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale*. Bari : Laterza.
- , 2010 : Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista. *Giurisprudenza costituzionale* (2010) 3. 2771-2816.
- John FINNIS, 1980 : *Natural Law and Natural Rights*. Oxford : Clarendon.
- Maurizio FIORAVANTI (dir.), 2009 : Per una storia della legge fondamentale in Italia: dallo Statuto alla costituzione. *Il valore della costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*. Roma-Bari : Laterza. 3-40.
- Gianluigi FIORIGLIO, 2004 : L'ambiguità normativa, la legislazione di mera formula ed il ruolo della magistratura. *Materiali per una cultura della storia giuridica* (2004) 2. 547-553.
- Alfonso GARCÍA FIGUEROA, 2009 : *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*. Madrid : Trotta. 133-172.
- John GARDNER, 2001 : Legal Positivism: 5 ½ Myths. *American Journal of Jurisprudence* 46 (2001).
- Riccardo GUASTINI, 2010 : *Nuevos estudios sobre la interpretación*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia.
- , 2011 : *La sintassi del diritto*. Torino : Giappichelli.
- , 2013 : Sur le néoconstitutionnalisme. Trad. franç. J. Mercier. In : *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*. Sous la coord. de Jean-Yves Chérot et al. Bruxelles : Bruylant (Coll. Penser le droit).
- Jürgen HABERMAS, 1996 : *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*. Trad. it. de Faktizität und Geltung [1992]. Milano : Guerini.
- , 1997 : *Droit et démocratie. Entre faits et normes*. Trad. fr. de Faktizität und Geltung [1992]. Paris : Gallimard (Coll. NRF Essais).
- Stuart HAMPSHIRE, 2001 : *Justice is Conflict* [2000]. Trad. it. *Non c'è giustizia senza conflitto*. Milano : Feltrinelli.
- H.L.A HART, 1958 : Positivism and Separation of Law and Morality. *Harvard Law Review* 71 (1958) 4. 593-629.
- , 1961 : *The Concept of Law*. Oxford : Oxford University Press.
- Ran HIRSCHL, 2006 : The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. *Fordham Law Review* 75 (2006) 2. 721-754.

- Mario JORI & Anna PINTORE, 1988 : *Manuale di teoria generale del diritto*. Torino : Giappichelli.
- Paul W. KAHN, 1987 : The Court, the Community and the Judicial Balance: the Jurisprudence of Justice Powell. *Yale Law Journal* 97 (1987).
- Hans KELSEN, 1968 : Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit [1929]. *Die Wiener rechtstheoretische Schule*. Vol II. Dir. Hans Klecatsky, Rene Marcic, Herbert Schambeck. Wien : Europa-Verlag.
- , 1981 : La garantie juridictionnelle de la constitution [1928]. Trad. it. La garanzia giurisdizionale della costituzione. In : *La giustizia costituzionale*. Milano : Giuffrè.
- John MACKIE, 1977 : The Third Theory of Law. *Philosophy & Public Affairs* 7 (1977). 3–16.
- Jud MATTHEWS & Alec STONE SWEET, 2011 : All Things in Proportion? American Rights Review and the problem of Balancing. *Emory Law Journal* 60 (2011). 101–179.
- José Juan MORESO, 2001a: In Defense of Inclusive Legal Positivism. *The Legal Ought*. Dir. Pierluigi Chiassoni. Torino : Giappichelli. 37–63.
- , 2001b : Conflitti fra principi costituzionali. *Ragion pratica* (2001) 18. 201–221.
- , 2004 : Positivismo jurídico y aplicación del derecho. *Doxa* (2004) 27. 45–62.
- Giorgio PINO, 2007 : La «lotta per i diritti fondamentali» in Europa. *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*. Dir. Isabel Trujillo & Francesco Viola. Bologna : Il Mulino. 109–141.
- , 2010 : *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*. Bologna : Il Mulino.
- , 2011 : Principios, ponderación y separación entre derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus criticos. *Doxa* (2011) 34. 201–228.
- Iddo PORAT, 2006 : The Dual Model of Balancing: a Model for the Proper Scope of Balancing in Constitutional Law. *Cardozo Law Review* 27 (2006). 1393–1441.
- , 2009 : The Plural Implications of Value Pluralism. *San Diego Law Review* 46 (2009) 4. 909–924.
- Susanna POZZOLO, 1998 : Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa* (1998) 21. 339–353.
- Luis PRIETO SANCHÍS, 2007 : *El constitucionalismo de los derechos* [2004]. Maintenant dans : *Teoría del neoconstitucionalismo*. Dir. Miguel Carbonnel. Madrid-México : Trotta-UNAM. 213–235.
- Willard Van Orman QUINE, 1948: On What There Is. *Review of Metaphysics* 2 (1948) 5. 21–38.
- Joseph RAZ, 1975 : *Practical Reason and Norms*. London : Hutchinson.
- , 2007 : The Argument from Justice, or How not to Reply to Legal Positivism. *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Dir. George Pavlakos. Oxford : Hart.
- , 2009 : Incorporation by Law [2003]. *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford : Oxford University Press. 182–202.
- Cristina REDONDO, 2011 : El paradigma constitucionalista de la autoridad jurídica. *Doxa* (2011) 34.
- Mario RICCIARDI, 2008 : *Diritto e natura. H. L. A. Hart e la filosofia di Oxford*. Pisa : Ets.
- Frederick SCHAUER, 2000 : *Playing by the Rules* [1991]. Trad. it. *Le regole del gioco*. Bologna : Il Mulino.
- Alec STONE SWEET & Jud MATTHEWS, 2008 : Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law* 47 (2008).
- Cass SUNSTEIN, 2001 : *Designing Democracy. What Constitution Do*. Oxford : Oxford University Press.
- Giovanni TARELLO, 1980 : *L'interpretazione della legge*. Milano : Giuffrè. 366–377.
- Jeremy WALDRON, 2006 : The Core of the Case Against Judicial Review. *Yale Law Journal* 115 (2006). 1346–1406.
- Vito VELLUZZI, 2010 : *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*. Milano : Giuffrè.
- Gustavo ZAGREBELSKY, 2009 : *Intorno alle legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*. Torino : Einaudi. 117–146.

Synopsis

Mauro Barberis

Le néoconstitutionnalisme existe-t-il ?

SLO. | *Ali novo ustavníštvo obstaja?* Gotovo je »novo ustavníštvo« novo ime za družino sicer dobro znanih teorij prava; to ime je bilo doslej uporabljeno zgolj v »latinski« teoriji prava. A v nasprotju z nedavno kritiko Riccarda Guastinija, in skladno s širšo obravnavo tega stališča v avtorjevi knjigi *Manuale di filosofia del diritto* (2011), slednji v tem članku trdi, da novo ustavníštvo dejansko obstaja – ravno tako kot naravnopravníštvo, pravni pozitivizem in pravni realizem. V tem prispevku avtor obravnava tri osrednje teme novega ustavníštva, tj. povezavo prava in morale, razlikovanje med pravili in načeli ter tehtanje; vse z namenom, da za njih ponudi boljše pozitivistično razlago. Tako v tem članku pripozna nenujno, a teoretično bistveno zvezo med pravom in moralo; sprejme kvazi-strogo ločnico med pravnimi pravili in pravnimi načeli; in končno, ponudi pozitivistično, realistično in na pluralizmu vrednot utemeljeno teorijo tehtanja.

Ključne besede: novo ustavníštvo, pravo in morala, pravila in načela, tehtanje, pluralizem vrednot

ENG. | *Does Neoconstitutionalism Exist?* To be sure, 'Neoconstitutionalism' is a new name for a family of well-known theories of law: a name till now used only in "Latin" theory of law. But, contrary to Riccardo Guastini's recent criticism, and in compliance with a larger treatment of such a stance in my still more recent book *Manuale di filosofia del diritto* (2011), neoconstitutionalism does exist – just as well as natural law, legal positivism and legal realism do. In this contribution, in fact, three central topics of neoconstitutionalism are discussed – the law-morals connection, the rules/principles distinction and balancing or ponderation – in order to provide a better positivist theory of them. Here, in particular, a contingent but theoretically essential connection between law and morals is recognized; a quasi-hard distinction between legal rules and legal principles is admitted; a positivist, realist and value-pluralist theory of balancing is provided.

Key words: neoconstitutionalism, law and morals, rules and principles, balancing, value pluralism

Summary: 1. Introduction. — 2. Methodology: Neoconstitutionalism Exists After All. — 3. Meta-theory: a Reconstruction of Neoconstitutionalism. — 4. A Positivist Critique of Neoconstitutionalism. — 5. Conclusion.

Mauro Barberis is a Professor of Legal Philosophy at the University of Trieste, Italy. | Address: Università degli studi di Trieste, Dipartimento di Scienze Giuridiche, del Linguaggio, dell' Interpretazione e della Traduzione, Piazzale Europa 1, 34127 Trieste, Italy. E-mail: barberis@units.it.