

Riccardo Guastini

Les principes de droit en tant que source de perplexité théorique*

Les principes de droit sont devenus une source de perplexité théorique depuis 1967. Il s'agit de la première date de publication d'un essai bien connu – "The Model of Rules" (qui est devenu en suite un chapitre de *Taking Rights Seriously*) – dans lequel Ronald Dworkin a déclenché son défi au positivisme juridique, tout en soutenant: (a) que les principes sont des entités juridiques différentes des règles, (b) que les principes ont un fonctionnement tout à fait spécial dans le raisonnement juridique, et (c) que leur existence met en cause les idées fondamentales du positivisme juridique. Eh bien, il faut admettre – même sans partager sa théorie du droit – que Dworkin a eu le mérite de poser une série de questions très intéressantes, qui vaut bien la peine de discuter.

Une première question concerne le concept de principe et notamment la distinction entre les principes et les règles (c'est-à-dire les autres normes juridiques). Là Dworkin a eu une intuition qui n'est pas du tout mauvaise – les principes n'ont pas des conditions précises d'application – même si imprécise et insuffisante.

Une deuxième question concerne le fonctionnement des principes dans le raisonnement juridique. Là aussi Dworkin a entrevu certains aspects fondamentaux (pas tous) de la question – notamment, les problèmes d'application des principes et la pondération en tant que méthode de solution des conflits entre principes – même si son analyse est insuffisante du point de vue logique.

Une troisième question concerne finalement l'admissibilité des principes dans une théorie positiviste du droit. Là, je crois, Dworkin a soulevé un faux problème. Mais, en tous cas, ses idées ont eu des développements remarquables et ont produit une discussion interminable qu'on ne peut pas ignorer.

1. *Le concept de principe*

Le concept de principe est assez controversé dans la littérature. Mais tous les auteurs – Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, etc. – semblent être d'accord sur un seul point: les principes sont des normes *indéterminées*. Cependant, évidemment l'indétermination n'est pas suffisante à caractériser les

* Relazione presentata al convegno "Les principes en droit", Université Jean Moulin, Lyon, décembre 2007. Sono debitore a Pierre Brunet di molti preziosi suggerimenti che mi hanno consentito di migliorare la prima versione di questo lavoro.

principes et à les distinguer des autres normes. Cela pour deux raisons.

(i) La première raison, c'est que l'usage du mot "principe" dans le langage des juristes a une composante axiologique que le concept d'indétermination évidemment ne saisit pas.

Par le mot de "principe" on se réfère à des normes qu'on regarde comme "fondamentales", c'est-à-dire particulièrement importantes du point de vue axiologique, dans le système juridique tout entier ou dans l'un des ses secteurs (un sous-ensemble de normes, comme par exemple le droit constitutionnel, le droit civil, le droit pénal, le droit administratif, le droit des contrats, etc.). On estime que les normes qui forment un système juridique ne se posent pas toutes sur le même plan du point de vue de leur valeur: certaines normes expriment les valeurs éthico-politiques qui caractérisent le système juridique dont il s'agit.

(ii) La seconde raison, c'est que l'indétermination – notamment ce qu'on appelle la "open texture", le caractère vague – est une caractéristique de *toute* norme juridique. Ce n'est qu'une illusion formaliste que de supposer que seuls les principes sont indéterminés, tandis que les "règles", c'est-à-dire la plupart des normes, ont un contenu clair et distinct qu'on peut aisément saisir au moyen de l'interprétation.

Mais, si toute norme juridique, est indéterminée, les principes doivent se caractériser par une forme d'indétermination spécifique, qu'il faut bien identifier.

A mon avis, les juristes modernes considèrent comme un principe toute norme qui présente en même temps deux caractères.

(1) *Les principes en tant que normes fondamentales.* Le premier caractère relève de la "position" des normes dont il s'agit dans le système juridique ou dans l'un des ses secteurs. Un principe est une norme "fondamentale", au sens que:

(a) premièrement, il s'agit d'une norme qui caractérise le système juridique en question, en tant qu'élément essentiel à l'identification de la physionomie axiologique du système;

(b) deuxièmement, il s'agit d'une norme qui donne un fondement axiologique (une justification éthico-politique) à une pluralité d'autres normes appartenant au même système;

(c) troisièmement, il s'agit d'une norme qui n'exige à son tour aucun fondement, aucune justification éthico-politique, car elle est conçue, dans la culture juridique existante, comme une sorte d'"axiome", c'est-à-dire une norme évidemment "juste" ou "correcte".

Quelques exemples: en droit constitutionnel, le principe de la séparation des pouvoirs; en droit civil, le principe de l'autonomie de la volonté; en droit pénal, le principe "nullum crimen, nulla poena sine lege"; dans le système juridique tout entier, le principe "lex posterior derogat priori" ou le principe de non rétroactivité des lois.

(2) *Les principes en tant que normes structurellement indéterminées.* Le second caractère regarde non pas la position des normes dans le système, mais le contenu même des normes et/ou leur structure normative.

Un principe est une norme indéterminée, bien sûr, mais dans le cas des principes il s'agit d'une indétermination toute à fait spéciale qui peut assumer deux formes distinctes: (a) la "défectibilité" (*defeasibility*), et (b) le caractère structurellement vague.

(2.1) *Les principes en tant que normes "défectibles".* Une norme est "indéfectible" – et donc elle est une "règle" – lorsqu'elle établit d'une façon complète, exhaustive, à la fois les faits en présence desquels se produit la conséquence juridique dont il s'agit ainsi que les exceptions en présence desquelles la conséquence ne se produit pas. Une norme, par contre, est "défectible" – et donc elle est un "principe" – lorsqu'elle n'établit pas exhaustivement tous les conditions d'application de la conséquence juridique dont il s'agit, ou bien n'énumère pas toutes les exceptions.

Il faut souligner que le caractère défectible n'est pas une propriété "objective" des normes (de certaines normes): c'est le produit de l'interprétation. En d'autres termes, c'est bien l'interprétation (notamment au moyen de la technique dite de la "dissociation"¹) qui introduit parfois des exceptions implicites dans les normes.

(2.2) *Les principes en tant que normes structurellement vagues.* Une norme "précise" – donc une "règle" – est une norme immédiatement susceptible d'application à des cas concrets: une norme qui peut être utilisée en tant que prémisse majeure dans le syllogisme juridictionnel ("Tous les voleurs doivent être punis. X est un voleur. Donc X doit être puni"). Une norme structurellement vague – donc un "principe" – est une norme qui: (a) d'un côté, exige la création d'autres normes – des normes "d'exécution" ou de "concrétisation" – pour lui donner la capacité de résoudre des cas concrets; mais, (b) de l'autre côté, elle peut bien être exécutée ou concrétisée de plusieurs façons différentes et alternatives. C'est le cas, par exemple, des normes programmatiques qu'on trouve dans la plupart des textes constitutionnels contemporains.

2. *Les principes dans le raisonnement juridique*

En ce qui concerne le fonctionnement des principes dans le raisonnement juridique, on trouve chez Dworkin trois suggestions importantes.

(a) La première: les principes n'établissent pas une solution univoque pour les

¹ L'argument dit de la "dissociation" consiste à distinguer, au sein de la classe de faits prévue par le texte selon sa signification littérale, deux sous-classes qui seraient "substantiellement" différentes, et qui exigent donc deux réglementations différentes.

différents auxquels ils sont applicables. Les principes tout simplement orientent la décision, en offrant des arguments pour une certaine solution, mais ils ne la déterminent pas.

(b) La deuxième: les principes sont pourvus d'une "dimension" que les règles ne connaissent pas. C'est la dimension du "poids", de l'importance, de la valeur relative. Mais, d'autre part, la valeur de tout principe est controversée, et aucun test n'existe pour la déterminer: elle ne peut être établie qu'au moyen d'une argumentation morale.

(c) La troisième: les conflits entre principes, à la différence des conflits entre règles, ne se résolvent pas en décidant que l'un des principes en conflit est invalide ou abrogé. Les conflits en question se résolvent tout en évaluant le poids relatif des principes intéressés: il s'agit de ce qu'on appelle "pondération", dont le résultat est que l'un des principes en conflit prime sur l'autre, il est appliqué, tandis que l'autre est écarté (mais le principe écarté garde sa validité et pourra être employé dans la solution d'autres différends).

La première suggestion nous invite à éclaircir le raisonnement qui conduit à l'application d'un principe. La deuxième et la troisième nous mènent à l'analyse logique de la pondération.

(1) *Application*. Le caractère structurellement indéterminé des principes entraîne une conséquence remarquable. Aucun principe n'est apte à fonctionner comme prémisse dans le syllogisme par lequel tout organe d'application applique une "règle". Les principes relèvent non pas de ce qu'on appelle la justification "interne" – le syllogisme, justement – des décisions juridictionnelles et administratives, mais de leur justification "externe", c'est-à-dire ils sont employés en tant qu'arguments visant à justifier le choix des prémisses (notamment de la prémisse normative) du syllogisme².

Bref, pour être employé dans le raisonnement d'un organe d'application, tout principe exige une "concrétisation", c'est-à-dire il doit être "transformé", pour ainsi le dire, en une règle précise (relativement précise). Pratiquement, concrétiser un principe signifie déterminer les règles "implicites" qu'il entraîne, et donc: (a) premièrement, déterminer son domaine d'application, décider à quelle classe de cas il est applicable; (b) deuxièmement, déterminer en même temps ses exceptions, c'est-à-dire les sous-classes de cas auxquels il ne s'applique pas³.

² En plus, en ce qui concerne en particulier les principes constitutionnels, dans la plupart de jugements sur la constitutionnalité d'une loi, ce qu'on demande au juge constitutionnel c'est de comparer (non pas deux règles, mais) un principe constitutionnel avec une règle législative. Or, les deux types de normes sont tout à fait hétérogènes, de telle sorte qu'aucune comparaison n'est possible. Afin de faire la comparaison, il faut tirer du principe en question une règle lui donnant "application".

³ Par exemple: est-ce que le principe de la souveraineté nationale permet, ou non, au législateur d'attribuer le droit de vote à certains étrangers dans les élections municipales? Est-ce que le principe d'égalité permet, ou non, au législateur d'instaurer un "quota" de femmes

Or, la dérivation d'une règle implicite, à partir d'un principe, est une opération hautement discrétionnaire au moins pour deux raisons.

En premier lieu, le raisonnement, par lequel les interprètes tirent une règle d'un principe, ne peut pas être un raisonnement déductif dont la seule prémisse soit le principe en question. Par exemple, le principe du droit inviolable à la défense ne dit strictement rien sur la présence des avocats aux interrogatoires (la classe de cas "présence/absence de l'avocat à l'interrogatoire de l'accusé" n'est même pas mentionnée); si l'on veut en tirer n'importe quelle règle concernant la présence de l'avocat à l'interrogatoire de l'accusé, on doit ajouter des prémisses – plus ou moins arbitraires – qui ne sont pas des normes positives (par exemple: "La défense n'est pas assurée si l'avocat n'est pas présent à tout acte de procès ou d'instruction").

En second lieu, plusieurs principes – et notamment les principes constitutionnels – sont formulés par des expressions qui évoquent des valeurs morales et/ou politiques (la dignité, l'égalité, la justice, la solidarité, le progrès, la paix, etc.). L'interprétation de ces expressions met en cause fatalement des jugements de valeur, car elles renvoient aux doctrines morales, aux idéologies politiques, des interprètes.

(2) *Pondération*. La pondération est la technique normalement employée par les juges – notamment par les juges constitutionnels – pour la solution des conflits entre principes, notamment entre principes constitutionnels. La pondération consiste à établir entre les deux principes en conflit une *hiérarchie axiologique mobile*.

(i) *Une hiérarchie axiologique*. Une hiérarchie axiologique est une relation de valeur créée (non pas par le droit lui-même, comme la hiérarchie des sources, mais) par le juge, au moyen d'un jugement comparatif de valeur, c'est-à-dire par un énoncé ayant la forme logique: "Le principe P1 a plus de valeur que le principe P2". Établir une hiérarchie axiologique consiste donc à attribuer à l'un des deux principes en conflit un "poids" – une "importance" éthico-politique – majeur par rapport à l'autre.

Par conséquent, le principe le plus "valable" prime sur l'autre: il est appliqué, tandis que l'autre est écarté. Il faut remarquer que les critères de solution des conflits "lex posterior" et "lex superior" n'ont aucun rôle dans cette affaire. Le principe qui succombe, bien qu'écarté ou non appliqué, n'est pas du tout déclaré abrogé ou invalide. Autrement dit, il demeure "vivant", en vigueur, dans le système juridique, tout prêt à être appliqué dans d'autres différends.

dans les listes électorales? Est-ce que le principe du droit à la santé entraîne, ou non, la responsabilité civile pour les "dommages biologiques" ou même pour les "dommages existentiels"? Est-ce que le principe du droit à la défense entraîne, ou non, que l'avocat doit être présent à l'interrogatoire de l'accusé? Est-ce que l'interdiction de toute peine cruelle entraîne, ou non, l'interdiction de la peine de mort?

(ii) *Une hiérarchie mobile*. Une hiérarchie mobile, à son tour, est une relation de valeur instable, changeante: une hiérarchie qui est valable dans le cas concret (ou dans une classe de cas), mais qui pourrait être renversée – et qui est souvent renversée – dans un cas concret différent.

En effet, pour établir la hiérarchie dont il s’agit le juge n’évalue pas la “valeur” des deux principes “in abstracto”, une fois pour toutes. Il n’établit pas une hiérarchie fixe ou permanente entre les deux principes. Il n’applique pas non plus le critère “lex specialis”, de telle façon que l’un des deux principes dans toutes circonstances fera exception à l’autre. Le juge se borne à estimer la “justice” des conséquences de l’application des deux principes dans le cas concret.

Donc le conflit n’est pas résolu définitivement: toute solution n’est valable que pour un litige particulier, et par conséquent personne ne peut prévoir la solution du même conflit – c’est-à-dire du conflit entre les mêmes principes – dans d’autres litiges futurs⁴.

Évidemment, donc, la pondération entraîne un double pouvoir discrétionnaire de la part du juge constitutionnel. C’est bien une opération discrétionnaire la création d’une hiérarchie axiologique entre les principes dont il s’agit. C’est également une opération discrétionnaire le changement de valeur comparative des deux principes à la lumière du différend concret à trancher.

Cependant, l’usage des principes dans le raisonnement juridique ne regarde pas seulement leur application (ou, pour mieux dire, leur concrétisation) et la pondération entre principes en conflit. On rencontre également les principes dans d’autres raisonnements caractéristiques des juristes. Une liste complète et une analyse approfondie sont hors question: je me borne à quelques indications sommaires.

(3) *Construction de principes implicites*. Dans la littérature on ne rencontre que très rarement une distinction pourtant fondamentale: la distinction entre principes explicites (expressément formulés par une autorité normative, tels que les principes écrits dans le texte constitutionnel) et principes implicites. Cependant, plu-

⁴ Il faut souligner que l’établissement d’une hiérarchie axiologique entre les principes en conflit est inévitable: il n’existe pas une autre manière de résoudre le conflit. Ce qui n’est pas du tout inévitable c’est d’établir une hiérarchie *mobile*, car il serait possible, pour le juge constitutionnel, de décider que l’un des deux principes prime sur l’autre dans toute occasion de conflit: par exemple, que le principe de la liberté de la presse prime *toujours* sur le principe de protection de la vie privée, ou à l’inverse que la protection de la vie privée prime *toujours* sur la liberté de la presse. Cela serait une sorte de combinaison de la hiérarchie axiologique avec le critère de solution des conflits dit “lex specialis” (même en absence de toute relation “genus”/“species” entre les faits réglés).

sieurs principes normalement employés par la doctrine et par la jurisprudence ne trouvent aucune formulation dans les sources du droit: ils sont – ils sont regardés comme – implicites, c’est-à-dire existants (latents) dans le système juridique même en absence de tout pendant textuel.

Les principes implicites – comme toute norme implicite – sont élaborés par les interprètes au moyen de raisonnements dans lesquels des normes explicites constituent les prémisses et la norme implicite constitue la conclusion. Dans le cas des principes, il s’agit de raisonnements non déductifs, qui incluent normalement des conjectures concernant la *ratio legis* (la raison d’être d’une norme explicite ou bien d’un ensemble de normes explicites) ainsi que des jugements de valeur⁵.

D’autre part, les principes – à la fois explicites et implicites – jouent un rôle important dans plusieurs techniques interprétatives: par exemple, les suivantes.

(4) *Interprétation “conforme”*. Les principes – surtout les principes constitutionnels – sont souvent utilisés pour résoudre des doutes d’interprétation et, en même temps, pour éviter des conflits entre normes.

Face à un texte qui admet deux interprétations alternatives, dont l’une est en conflit avec un principe, tandis que l’autre est conforme à celui-ci, on choisit précisément l’interprétation conforme tout en écartant l’autre. Le principe est allégué en tant qu’argument à l’appui de l’interprétation choisie. De cette façon on préserve la cohérence (logique ou axiologique) du système et parfois, en même temps, quand il s’agit d’un principe constitutionnel, on préserve aussi la validité d’un texte que, dans une interprétation différente, devrait être déclaré inconstitutionnel.

(5) *Interprétation restrictive*. Les principes sont souvent utilisés comme arguments à l’appui d’une interprétation restrictive, c’est-à-dire une interprétation qui refuse la signification littérale (la signification *prima facie*, si vous voulez) d’un texte, et – au moyen de la technique de la dissociation – introduit des distinctions dans le domaine d’application d’une norme à fin de le réduire.

C’est Dworkin qui nous offre un bon exemple. Les lois en vigueur prévoient que tout héritier désigné a bien le droit de bénéficier des dispositions du testament. En alléguant le principe (implicite) que “Personne ne sera autorisée à profiter de son propre crime”, la cour exclut du domaine d’application de la norme l’héritier qui est en même temps l’assassin du testateur.

(6) *Interprétation extensive*. Les principes – surtout le principe d’égalité –

⁵ Toute conjecture autour de la *ratio legis* dépend d’un jugement de valeur, car tout interprète n’attribue aux autorités normatives que les intentions qui *lui* semblent bonnes ou raisonnables.

sont aussi utilisés comme arguments à l'appui d'une interprétation extensive, c'est-à-dire en incluant dans le domaine d'application d'une norme certains faits qui, selon une interprétation littérale, n'y rentreraient pas. Là, au lieu de distinguer des sous-classes au sein de la classe de faits prévue par la lettre du texte (ce qui serait la technique de la dissociation), on réunit au contraire dans la même classe les faits expressément réglés ainsi que des faits non prévus par le texte dans sa teneur littérale, en alléguant que pourtant ceux-ci "ressemblent" – sous un aspect "essentiel", à la lumière de la *ratio legis* – aux faits expressément réglés et donc exigent le même traitement juridique.

Ce n'est pas nécessaire de donner des exemples: toute application analogique de n'importe quelle norme suppose l'utilisation du principe sous-jacent à la norme appliquée. D'ailleurs, en ce qui concerne notamment, l'usage du principe d'égalité on trouve des tas d'exemples étonnants dans la jurisprudence de certaines cours constitutionnelles qui déclarent l'inconstitutionnalité d'une norme "dans la partie où elle ne prévoit pas" des cas auxquels elle devrait s'appliquer pour être conforme au principe d'égalité (je fais allusion surtout aux décisions dites "additives" de la Cour constitutionnelle italienne).

3. *Les principes et le positivisme juridique*

Les principes ont été utilisés pour mettre en cause le positivisme juridique de deux façons différentes. Un premier argument on le trouve chez Dworkin, un second argument dans le positivisme dit "soft" ou "inclusif" (un courant de la philosophie du droit contemporaine). Dans les deux cas la critique anti-positiviste suppose une mauvaise interprétation de la thèse positiviste de la "séparation entre le droit et la morale".

(i) L'argument de Dworkin est assez simple: les juges appliquent des principes non écrits, qu'aucune autorité normative n'a jamais promulgué. Les principes en question sont bien des principes moraux, justement puisque personne ne les a promulgués. Cependant, ils sont en même temps des principes juridiques, étant appliqués par les juges. Par conséquent, la thèse de la séparation entre le droit et la morale ne tient pas debout.

L'idée de Dworkin est peut-être séduisante, mais sûrement très faible.

D'abord, il faut remarquer qu'il pense évidemment à des principes implicites. Or, normalement les principes implicites – on l'a dit – sont construits par les interprètes à partir d'une ou plusieurs normes positives explicites. Et on regarde comme du droit positif toute norme qui peut être inférée (par des moyens argumentatifs, soit déductifs soit non déductifs, admis par la culture juridique existante) à partir des normes explicites. Si l'on accepte ce point de vue, partagé par la culture juridique moderne, alors les principes en question n'ont aucune nature "morale": il s'agit de droit, même si c'est du droit créé par les interprètes. Mais il y a autre chose à dire.

Les principes auxquels Dworkin se réfère ne peuvent pas être en même temps juridiques (en tant qu'appliqués par les juges) et non juridiques (en tant que non promulgués) comme il prétend.

(a) Si on identifie le droit avec la pratique judiciaire, les principes en question seront bien considérés juridiques. Et, s'il sont juridiques, il n'y a aucun problème: le prétendu mélange de droit et de morale s'évanouit.

(b) Si par contre on identifie le droit avec les textes promulgués par des autorités compétentes, on dira que les principes en question sont des normes morales. Mais même en ce cas il n'y a aucun problème pour le positivisme juridique, sauf peut-être pour un positivisme assez naïf. Car l'attitude positiviste consiste tout simplement à décrire la pratique juridique telle qu'elle est: si parfois (ou même souvent) les juges s'éloignent du droit promulgué, et appliquent des normes morales, eh bien, la description scientifique de la pratique juridique ne doit faire autre chose que le constater.

Le positivisme juridique, *en tant que méthodologie de la science du droit*, soutient la thèse de la séparation *conceptuelle* entre droit et morale, mais ne prétend pas que la législation ne soit pas influencée par les doctrines morales des législateurs, et que la jurisprudence ne soit pas influencée à son tour par les idées morales des juges. Il prétend seulement de distinguer entre la description scientifique du droit et son évaluation morale. La connexion – non pas conceptuelle, mais – factuelle entre le droit (les lois, les arrêts, etc.) et les doctrines morales des agents juridiques ne contredit d'aucune façon la thèse positiviste. Je dirai même qu'il s'agit de la découverte de l'eau chaude.

(ii) L'argument du positivisme "soft" est moins simple. Dans les textes constitutionnels contemporains – ils disent les positivistes "soft" – on trouve des tas de principes qui sont formulés au moyen d'expressions évaluatives (solidarité, égalité, justice, dignité, progrès, etc.) qui évoquent des valeurs morales et, de cette façon, "incorporent" ces valeurs dans le droit constitutionnel en tant que critères de validité des lois. Donc, dans *ces* circonstances, l'identification du droit valide exige des évaluations morales. Dans les États constitutionnels la séparation entre le droit et la morale ne subsiste pas.

Là, donc, il ne s'agit pas – comme chez Dworkin – de principes implicites, mais au contraire de principes explicites, expressément promulgués par l'autorité constituante; en plus, il s'agit de principes dont le caractère morale découle non pas – comme chez Dworkin – de leur source (ou du *manque* de toute source formelle, si vous voulez), mais de leur contenu normatif.

Eh bien, cette thèse admet du moins deux critiques différentes (et incompatibles).

(a) En premier lieu, on peut soutenir que les concepts moraux en question, étant "incorporés" dans un texte juridique, étant "positivés", ne sont pas du tout (ou cessent d'être) des concepts moraux. Il sont désormais des concepts juridiques. Il s'agit tout simplement de concepts juridiques hautement indéterminés, qu'on rencontre également d'ailleurs dans d'autres secteurs du droit (le droit civil,

le droit administratif, même le droit pénal, etc.): des concepts qui renvoient aux doctrines morales et politiques des interprètes, et par conséquent attribuent aux juges un haut degré de pouvoir discrétionnaire dans l'application.

Cet argument suppose évidemment que le droit soit capable de transformer en droit toute ce qu'il touche ("King Mida's touch"). Mais cette supposition, comme on va voir tout de suite, n'est pas nécessaire.

(b) En second lieu, tout en abandonnant la supposition que je viens de mentionner, on peut dire que, comme le droit international privé fait renvoi à des lois étrangères *sans* les transformer en droit interne, de la même façon la constitution ainsi que plusieurs lois font renvoi à des doctrines morales ou politiques *sans* les transformer en droit positif. Personne ne dirait que la "séparation" entre droit italien et droit français ne subsiste pas parce que le droit italien, dans certaines circonstances, renvoie au droit français. De la même façon le renvoi du droit à la morale ne réfute pas la thèse positiviste de la séparation entre droit et morale.

Dans le deux cas – à la lumière de la première ou de la seconde critique, peu importe – on a du mal à comprendre pourquoi la thèse positiviste de la séparation devrait être mise en cause. Dans les deux cas, à cause de l'indétermination des doctrines morales objet du renvoi, les interprètes disposent d'un important pouvoir discrétionnaire.

On pourrait ajouter que c'est une naïveté étonnante que de penser que des jugements de valeur n'interviennent que dans l'interprétation des concepts "moraux" employés dans les textes constitutionnels. Aucun juriste ne peut pas ne pas savoir que des jugements de valeur peuvent conditionner – et, *de facto*, conditionnent – l'interprétation de n'importe quel texte normatif.

Comme je le disais au début de cette discussion, la thèse positiviste de la séparation entre le droit et la morale est souvent mal comprise.

La théorie positiviste du droit ne dit pas qu'entre le droit et la morale il n'y aucune relation *empirique*, "de facto". Cela serait évidemment faux: les lois et les arrêts ont une relation évidente avec la morale sociale et surtout avec la morale – dite "critique" (c'est-à-dire la morale privée) – des législateurs et des juges, car les législateurs et les juges incorporent forcément leurs idées morales dans la législation et la jurisprudence.

La thèse positiviste consiste à affirmer la séparation *conceptuelle* entre le droit et la morale: le concept de droit – et donc la connaissance du droit – est indépendant de toute évaluation morale.

Cela veut dire deux choses assez simples:

(i) premièrement, que le droit n'est pas forcément juste (même des normes qu'on estime moralement injustes peuvent être quand même du droit);

(ii) deuxièmement, que, par conséquent, la description scientifique du droit ("expository jurisprudence", dans le langage de Bentham) et son évaluation morale ("censory jurisprudence") sont deux entreprises logiquement indépendantes.