Image(s) et Constitution(s). Un regard français sur le savoir constitutionnel canadien

Nicolas Blanc

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/essais/10978>

DOI : 10.4000/essais.10978

ISSN : 2276-0970

Éditeur

École doctorale Montaigne Humanités

Édition imprimée

Date de publication : 15 mai 2012

Pagination : 82-105

ISSN : 2417-4211

Référence électronique

Nicolas Blanc, « Image(s) et Constitution(s). Un regard français sur le savoir constitutionnel canadien », *Essais* [En ligne], 1 | 2012, mis en ligne le 31 janvier 2022, consulté le 02 février 2022. URL : <http://journals.openedition.org/essais/10978> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/essais.10978>

Nicolas Blanc, Université Montesquieu-Bordeaux IV, CERCCLÉ
et CRDP Université de Montréal, nicolas.blanc@umontreal.ca

Résumé

Le phénomène constitutionnel est en transition, du positivisme au pluralisme juridique : il peut être construit selon une pluralité de perspectives, de paradigmes. Ces images constitutionnelles sont en concurrence : le discours constitutionnel est cadré, selon les choix plus ou moins explicites du comparatiste de droit constitutionnel. Si rien n'indique en quoi un paradigme est meilleur qu'un autre, cette question relève de la théorie de l'argumentation.

Mots-clés

Épistémologie juridique, pluralisme juridique, images, théories de l'argumentation, positivisme, souveraineté, théorie de la comparaison, paradigmes, Transition de Paradigmes.

Abstract

Constitutional law is facing an epistemological transition : from legal positivism to legal pluralism. It may therefore be constructed through a plurality of paradigms. Those constitutional images are standing up against one another : constitutional law is hence framed, by more or less explicit choices made by constitutional legal scholars. Nothing is less certain than which paradigm is better than the other; the question falls into the scope of argumentative theory.

Keywords

Legal epistemology, legal pluralism, images, argumentative theories, positivism, sovereignty, comparative theory, paradigms, Paradigm Transitions

Image(s) et Constitution(s).

Un regard français sur le savoir constitutionnel canadien

« Collectionner des photographies, c'est collectionner le monde. » « Photographier, c'est s'approprier l'objet photographié. C'est entretenir avec le monde un certain rapport qui s'éprouve comme rapport de savoir, et donc de pouvoir. »¹ Le comparatiste, en droit, comme en littérature, serait-il ce photographe évoqué en ces termes par l'écrivaine Susan Sontag dans un recueil célèbre publié en 1977, *Sur la Photographie*? Si *l'image photographique* n'est jamais une reproduction fidèle d'une réalité donnée comme peut l'écrire Sontag, *l'image* est pourtant bien, selon les enseignements de Gadamer, « la seule réalité signifiante »². Si ce séminaire interdisciplinaire est l'occasion de relire ces réflexions littéraires, il doit nous rappeler aussi que « l'interdisciplinarité est cette lumière inactinique du comparatiste » : celle qui l'éclaire dans sa chambre noire, « qui lui fait voir », mais celle aussi, « qui n'impressionne pas », le papier.

Ce séminaire permet de rappeler qu'il est nécessaire de multiplier des regards pluriels sur son objet de recherche afin de se réapproprier cet objet de recherche³. En somme, il est parfois nécessaire de faire *moins* de droit, pour faire *mieux* du droit, ou plus simplement, faire du droit, *autrement*. Les juristes belges François Ost et Jacques Lenoble l'ont parfaitement démontré voilà plus de 30 ans⁴, laisser aux juristes la mainmise sur la réalité juridique, c'est entraîner ces derniers sur le chemin de la dérive mythologique de la rationalité juridique et s'éloigner conséquemment de cet idéal de l'objectivité scientifique : la science du droit doit être interdisciplinaire et critique. Si le juriste peut admettre (plus ou moins aisément) que son activité dogmatique est influencée ou guidée par ses

1. Susan Sontag, *Sur la Photographie*, Dans *la caverne de Platon*, Œuvres complètes – I, p. 16, Titres 88, 2008. Pour une approche critique, voir Judith Butler, *Ce qui fait une vie. Essai sur la violence, la guerre et le deuil*, Zones, 2010, spéc. p. 68 et s. *Penser avec Susan Sontag*.

2. Hans-Georg Gadamer, *Truth and Method*, New-York, Crossroad, 1985, p. 123 : « *A picture, however, is not destined to be cancelled out, for it is not a means to an end. Here the picture itself is what is meant.* »

3. Gaston Bachelard, *Le nouvel esprit scientifique*, P.U.F., 7^e éd., 2008, p. 14 ; *Épistémologie. Textes Choisis*, P.U.F., 8^e éd., 2010, p. 59.

4. Jacques Lenoble & François Ost, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, P.F.U.S.L., Bruxelles, 1980.

préjugés traduisant son appartenance à une certaine communauté juridique et axiologique, le théoricien du droit ne peut, lui, admettre la clôture idéologique de son champ de recherche scientifique. Nous qualifierons cette dérive, en suivant Judith Butler, de « dérive tropologique du discours juridique ». Les recherches épistémologiques en droit, sont *au ban* du droit ; cela se comprend dans la mesure où la critique épistémologique met le juriste face à ses *convictions* et ses *croyances*. Les *tropes* du discours juridique sont donnés comme tels *par* et *aux* juristes ; ils sont implicites parce qu'impensés, voire crus. Le trope clôt doublement : à la fois le domaine de *l'ontologie juridique*, *i.e.* ce qu'est le droit, mais aussi celui de *l'épistémologie juridique*, *i.e.* comment penser le droit⁵. L'exemple le plus manifeste d'une science du droit qui construit son épistémologie à partir de l'objet étudié, est bien le positivisme formaliste de Hans Kelsen⁶. Il ne s'agit donc plus simplement *d'images*, mais bien de *mythes* participant à la construction d'un imaginaire juridique national. Les notions de *paradigme* chez Kuhn, ou de *cadres* chez Butler nous seront très utiles dans la mise en évidence de ce réflexe de clôture de la science juridique. Ces deux notions traduisent à la fois des choix théoriques, des choix épistémologiques, mais ils sont plus largement des visions du monde. À un moment donné du développement scientifique, il est nécessaire de s'inscrire dans ce paradigme qui norme la littérature scientifique, pour voir ses recherches reçues, comprises et légitimées. Se mettre en marge du paradigme, ce n'est plus faire *œuvre de science* pour Thomas Kuhn, encore faut-il en être conscient.

En regard des travaux du juriste Hart⁷, le point de vue qui sera adopté ici sera un point de vue externe modéré. Ainsi, ce point de vue *externe* permet la rupture épistémologique qui est à la base d'un travail scientifique, mais il est *modéré* dans la mesure où il tient compte du point de vue interne des acteurs du système, les juristes, et particulièrement des spécificités de la rationalité juridique. Il est maintenant une littérature suffisante sur *le pluralisme épistémologique* pour évoquer l'hypothèse de la constitution d'un nouveau paradigme dans les sciences sociales : *le paradigme pluraliste*. Il sera intéressant de voir que le juriste français faisant face à des obstacles épistémologiques refuse cette transition paradigmatique ; il est même scientifiquement plus inquiétant que le juriste positiviste français tout en refusant les apports de l'interdisciplinarité s'arc-boute contre les avancées en matière de philosophie

5. Marie-Claire Ponthoreau, *Droit(s) Constitutionnel(s) Comparé(s)*, Economica, 2010, p. 1 : « L'épistémologie du droit correspond à une critique des principes, des postulats, des méthodes et des résultats de la connaissance du droit. »

6. François Ost & Michel Van De Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, P.F.U.S.L., Bruxelles, 1988, p. 7.

7. Marc Loisele, *L'analyse du discours de la doctrine juridique. L'articulation des perspectives internes et externes*, CURAPP, Les méthodes du droit au concret, P.U.F. 2000.

des sciences, en matière de théorie de la connaissance⁸ : si par exemple le raisonnement syllogistique est logique il n'est pas nécessairement valide ; de même la *loi de Hume* sur la distinction de *l'être* et du *devoir être* qui cadre le juriste positiviste est rejetée en philosophie des sciences⁹. L'on dira à ce titre que si le pluralisme est *un problème scientifique* pour le positivisme, ce dernier ne le considère que comme *une énigme* à laquelle une solution scientifique peut être apportée dans le cadre du positivisme. C'est ainsi que le juriste Hans Kelsen évacue cette énigme du pluralisme comme n'étant pas une proposition opératoire, et même pas une question scientifique, du tout. Ces *clairs-obscurs* du raisonnement juridique français sont souvent déroutants et traduisent bien ces *implicites* du droit. Nous adopterons cette définition de la réalité (juridique) proposée par Bachelard, « s'il n'y a pas eu de question, il ne peut y avoir de connaissance scientifique. Rien ne va de soi. Rien n'est donné. Tout est construit »¹⁰.

Le paradigme pluraliste est problématique à, au moins, trois niveaux.

- Le premier, que nous qualifierons de *normatif*, s'intéresse à la rationalité proprement juridique : Comment juger lorsqu'il s'agit de faire face à des conflits de valeurs et des visions du monde distinctes ?
- Le deuxième est méthodologique : comment faire droit à la rationalité proprement juridique tout en valorisant les apports d'autres sciences humaines à la connaissance juridique ?
- Le troisième est épistémologique : comment penser une perspective épistémologique, telle que l'on conçoit ici le comparatisme, lorsque les paradigmes sont incommensurables ?

Le positivisme juridique se pose et s'est imposé comme *seule* lecture juridique de la réalité juridique ; Bachelard qualifie cette dérive de « conscience d'index, une conscience de doigt pointé sur les choses »¹¹. Le comparatiste juriste français éduqué dans le cadre d'un paradigme positiviste, jette un regard *avec sa perspective paradigmatique*, sur un savoir constitutionnel canadien, dont le paradigme de construction du droit constitutionnel est en transition. Du point de vue français, le paradigme pluraliste canadien pour le droit constitutionnel n'est *pas* du droit ; pour le juriste canadien, le paradigme français n'est *plus* du

8. Adam F. Chalmers, *Qu'est-ce que la science ?* Popper, Kuhn, Lakatos, Feyerabend, Biblio essais, le Livre de poche, 1987, p. 17 : « Le positivisme logique représentait une forme extrême de l'empirisme, selon lequel la justification des théories n'est pas liée seulement à leur vérification sur des faits acquis par l'observation, mais au fait qu'elles n'ont de sens que si de là qu'elles tirent leur origine. »

9. Thomas S. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Gallimard, 2008, p. 281 ; *La tension essentielle. Tradition et changement dans les sciences*, nrf, Éd. Gallimard, 1990.

10. Gaston Bachelard, *Épistémologie. Textes Choisis*, P.U.F., 8e éd., 2010, p. 159.

11. *Ibid.* p. 54.

droit, ou plus simplement, une *pré-science* au sens kuhnien. Thomas Kuhn dans son étude séminale sur la notion de *paradigme*, démontre bien que la rupture entre deux paradigmes, même s'il s'agit d'une transition, est radicale. Les deux paradigmes concurrents sont *incommensurables* et *incomparables*. Si l'activité de comparaison est bien une activité épistémologique, comment le comparatiste peut-il comparer et juger ces incomparables? Nous voyons bien que la problématique du jugement, qu'il s'agisse du niveau proprement normatif, méthodologique ou épistémologique requiert de s'interroger plus longuement sur les conditions de la comparaison d'incomparables, ce qui n'est pas le moindre des paradoxes. La photographie juridique reproduit inconsciemment des *traces spectrales* issues de la tradition juridique de la formation du juriste. L'acte de comparaison n'est pas un acte de description ou de cognition simple, mais un acte signifiant, un acte de (re)construction. Un paradigme étant une vision du monde, le comparatiste est à la fois artiste et artisan, au moins démiurge. Admettre cela est un premier pas vers la (re) connaissance d'une réalité juridique plurielle et complexe : « la limite de mon cadre est la limite de mon monde. » L'image photographique comme l'image du comparatiste, n'est jamais une reproduction fidèle d'une réalité, mais est construite. Elle est signifiante tout autant dans ce qu'elle montre que dans ce qu'elle cache.

Le comparatiste est donc ce photographe, muni de son appareil photo, choisissant le sujet, l'organisation de l'image, la focale, la perspective, la lumière, le lieu, le temps, les flous, les nets, les zooms, en définitive, le cadre. Il est donc à la fois *dans* l'image et *en dehors* de l'image ; il est selon les termes de la philosophe Judith Butler, ce « dehors constitutif » de l'image. Le comparatiste comme le photographe *voit ce qu'il veut voir* de la réalité (juridique), et *montre ce qu'il veut montrer* de la réalité (juridique). Le cadre, choisit consciemment ou non par le photographe, est une méthode, une téléologie, et un certain rapport de pouvoir. Les déterminants dans le choix de ce cadre seront l'éducation reçue par le photographe, ses compétences dans l'objectivité et la maîtrise des techniques, et les valeurs dominantes à un certain moment de la technique photographique ; ce choix n'est *jamais totalement libre, ni totalement conscient*. La réalité juridique, comme la réalité de l'image est toujours construite, *mais* construite selon une certaine *focale*. L'interprétation est une relation circulaire entre l'interprète et l'objet de l'interprétation ; cet objet rétroagit aussi sur l'interprète. En ce sens, si l'activité épistémologique de comparaison est une mise en évidence, elle est aussi une prise de conscience. Mais *la conviction* peut succéder à *la conscience*. Si l'hypothèse d'un cadre théorique pluraliste nous apparaît comme un cadre théorique plus scientifique et plus opératoire, cette position rétroagit de trois façons au moins sur notre travail : cette *conviction* peut impliquer de voir du pluralisme là où il n'y en a pas ;

écarter les difficultés de ce cadre théorique ; caricaturer l'état de la recherche. Le comparatiste lorsqu'il adopte une posture scientifique, fait naître. Il n'y a donc pas de réalité juridique, il y a des regards qui font naître des réalités juridiques. Il est de la fonction de la critique épistémologique de mettre en évidence et d'évaluer ces cadres. Comment, dès lors, peut-on juger qu'il s'agit d'une bonne photographie ? Plus largement, qu'est-ce qu'un bon photographe et qu'est-ce qu'un bon comparatiste ? Cette question a été posée par Thomas Kuhn : « En d'autres termes lorsque l'on a plus d'étalon souverain de mesure, ou de critères nouméniaux de jugement du beau, comment faire ce choix ? S'il n'y a plus de souverain, mais des valeurs incommensurables, comment juger ? En définitive, comment comparer des incomparables ? Le jugement n'est plus un acte de souveraineté, mais il est un acte de conviction/persuasion. » Il n'y a donc plus ni de réalité juridique objective ni de beauté objective¹². Cette problématique est évoquée en ces termes par Judith Butler : « Comment, en effet, aborder à nouveaux frais la politique du jugement et de l'évaluation dès lors que l'on entreprend de penser de manière critique et comparative des schémas d'évaluation qui se présentent comme concurrents les uns des autres ? » Elle évoque à ce titre un nécessaire horizon de jugement comparatif : « Il ne s'agit pas de se passer de toute normativité, mais bien d'insister sur le fait que l'enquête normative doit prendre une forme critique et comparative afin de ne pas reproduire involontairement les clivages et les points aveugles inhérents à ces versions du sujet. »¹³ Qu'est-ce que cet horizon de jugement comparatif, sinon un pluralisme épistémologique ?

I – Le droit constitutionnel comme image(s) : filtrer et juger dans une réalité juridique complexe

Afin d'illustrer l'objet de cette partie nous partons d'un exemple offert par Gaston Bachelard lorsque ce dernier tente de démontrer l'extension abusive d'un terme que l'on croit connaître car on le nomme, l'éponge¹⁴ : « Ces phénomènes, on les exprime : on croit donc les expliquer. On les reconnaît : on croit donc les connaître. » Cette confiance dans la clarté de l'image empêche selon lui de désarticuler le réel, de désarticuler les angles de l'image, et obère toute entreprise scientifique. S'agissant du droit constitutionnel, l'on croit connaître le droit constitutionnel, car on le nomme comme étant le droit de l'État souverain. Ainsi le comparatiste positiviste français va *comprendre* le droit constitutionnel canadien à partir de *sa perspective*. Or, la première rupture épistémologique est de considérer que l'enjeu n'est pas de penser le droit

12. Fernando Gil, *La Conviction*, Flammarion, 2000, p. 167.

13. Judith Butler, *Ce qui fait une vie. Essai sur la violence, la guerre et le deuil*, Zones, 2010, respectivement, p. 145, 151 et 156.

14. Gaston Bachelard, *Épistémologie. Textes Choisis*, P.U.F., 8^e éd., 2010, p. 174.

constitutionnel par son *sujet*, mais bien par son *objet*¹⁵, qui est schématiquement le droit constitutionnel *organisationnel*, et le droit constitutionnel *fondationnel*. Le comparatiste français doit donc opérer cette *rupture épistémologique* pour *expliquer* comment penser le droit constitutionnel canadien dans le cadre d'une transition paradigmatique¹⁶. Afin d'opérer cette *rupture épistémologique*, il faut admettre tout d'abord que le droit constitutionnel est *images*, et que le discours constitutionnel est *cadré*.

1 - La notion d'*image* pour le droit constitutionnel

Dans un très intéressant ouvrage paru en 1989, *Images of a Constitution*¹⁷, William Conklin a approfondi cette problématique. Le cadre théorique de son ouvrage est la théorie de l'interprétation proposée par le cercle herméneutique de Gadamer. L'interprétation est guidée par les préjugés traduisant l'intégration de l'interprète au sein d'une tradition juridique donnée; l'interprétation est guidée par une matrice souvent implicite et inconsciente. Cette matrice oriente l'interprétation et la clôt. L'interprète reproduit ainsi des schémas implicites. Selon ce cercle herméneutique, l'interprète est aussi par rétroaction « touché » par l'objet de l'interprétation. À partir de ce point de départ, Conklin note qu'une Constitution n'est pas un texte, mais une image produite par l'imagination d'une communauté juridique. Une Constitution est relative à un discours produit par une communauté juridique donnée. Il note à très juste titre que la force de ces images est telle que les préjugés du juriste vont avoir pour conséquence l'objectivation de l'image, la naturalisation de l'image. Ce qui n'était qu'une image va être considéré comme existant *out there*. À partir de cette compréhension de l'objet, va se construire une science, un discours qui va légitimer et *scientifiser* cette connaissance. Le droit constitutionnel est donc bien selon Conklin un discours constitué par des *images partagées* de la Constitution, qui se sont imposées comme telles. Le juriste se doit de s'approprier et de reproduire ce discours partagé comme condition de son intégration à la communauté scientifique. L'on assiste à une forme de préjugement des questions scientifiques; d'ailleurs ce discours partagé sert de discriminatoire aux questions qui seront reconnues comme valides, légitimes. L'image a une double fonction : (1) sociale permettant l'intégration du juriste à une communauté scientifique, (2) épistémologique comme cadre des questions qui méritent d'être posées. Dans le cadre du fonctionnement de ce discours constitutionnel, il distingue deux niveaux : (1) a-critique du fonctionnement régulier et non interrogé du

15. Marie-Claire Ponthoreau, *Droit(s) Constitutionnel(s) Comparé(s)*, Economica, 2010.

16. Michel Coutu, *Crise du droit du travail, pluralisme juridique et souveraineté*, 12 :1, Lex Electronica, 2007, spéc. p. 11.

17. William E. Conklin, *Images of a constitution*, University of Toronto Press, 1989.

cadre. (2) Une question constitutionnelle, lorsqu'un opérateur du système en vient à interroger les limites de ce cadre.

L'image constitutionnelle est bien une construction culturelle, sociale qui se donne comme objective et réelle : ce caractère artificiel est oublié jusqu'au moment de la rupture épistémologique. L'image est réappropriée par le juriste qui la réinterprète pour proposer ses propres schèmes de compréhension de la réalité constitutionnelle, sa conception du *monde constitutionnel*. Cette conception du monde ne devient subversive qu'à partir du moment où elle questionne ces cadres oubliés de perception ; à ce moment apparaît le surcroît du travail scientifique. Conservons cette définition : *l'image est un réseau structurant de préjugés*. Le droit constitutionnel est donc images et imaginaire. Ainsi, si une image s'impose c'est moins parce qu'elle est unique qu'imposée par une communauté juridique qui devient dominante à un moment donné, elle est une construction discursive. Si une image est construite par un discours, elle est dépendante dans une large mesure des contingences historiques. Le positivisme français a été le corollaire juridique d'une lecture jacobine de la diversité après la Révolution de 1789 et d'une égalité formelle. Nous dirons artificiellement que l'histoire Canadienne démontre une sensibilité à la question du pluralisme dans la mesure où l'identité constitutionnelle canadienne ne précède pas mais au contraire a été produite par les rapprochements artificiels et matériels du fédéralisme en 1867. Il s'agissait de rendre cohérent dans un récit identitaire commun ce qui n'avait pas cette volonté organique d'un vivre ensemble. La doctrine canadienne a donc dû intégrer cette nécessité de faire droit à une lecture plurielle de la réalité constitutionnelle canadienne (protestant/catholique, francophone/anglophone, *civil law/common law*, autochtones/État etc.).

2 - La notion de concurrence d'images pour le droit constitutionnel

Conklin met bien en évidence le fait qu'il y a une concurrence entre ces images ; il faut noter que la notion de concurrence apparaît dès lors qu'il y a eu un moment réflexif au sein du cadre dominant. Une image est donc un discours constitutionnel alternatif, mobilisant des ressources théoriques et axiologiques distinctes. Conklin n'exclut donc pas qu'à un moment donné plusieurs images se *surimposent* dans la doctrine et s'entremêlent, voire se mixent. Conklin met en évidence trois images distinctes. La première qu'il qualifie d'historique : il s'agit de mobiliser des arguments historiques pour retrouver ce qu'est la Constitution. Cette image est justifiée par le caractère historique du droit constitutionnel, de *common law*, canadien, faisant référence dans le préambule de la *Loi Constitutionnelle, 1867*, à la tradition anglaise. Cette image mobilise des preuves historiques, ou la volonté des

rédacteurs, le cas échéant. La seconde est qualifiée de rationaliste. Le droit constitutionnel est formel, il commence et termine avec le *droit positif*, ce qui est posé comme tel par le souverain. L'image rationaliste se subdivise en trois « sous-images » : *rule rationalism* qui s'intéresse aux règles positives ; *policy rationalism* qui s'intéresse aux valeurs positives ; *orthodox rationalism* qui vient suppléer les règles positives par un recours aux valeurs. Enfin, la troisième qualifiée de téléologique : la constitution consiste en deux choses : le *telos* vers lequel la société s'oriente et les pratiques culturelles de la société. Cette concurrence entre images peut se matérialiser par un contentieux constitutionnel. La difficulté vient à notre sens de ce que, malgré ces intéressantes réflexions, Conklin ne parvient pas au niveau de la *rupture épistémologique*, et s'intéresse principalement à *l'image positiviste*. Les conflits d'images chez Conklin sont en réalité des conflits d'images positivistes, comme peut l'être en France la controverse sur l'interprétation de la Constitution entre positivistes formalistes et réalistes. Il parvient en réalité avec grande difficulté à démontrer que ces « sous-images » sont en réel conflit, ou traduisent des visions du monde distinctes, des épistémologies distinctes.

Nous distinguerons à ce titre une image positiviste et une image pluraliste comme cadre de construction du discours constitutionnel. Dans un cas comme dans l'autre il est illusoire de croire les enfermer dans une définition unique¹⁸, en regard de la grande variété des positivismes et des pluralismes. *L'image positiviste*, science normale en France, et pré-science au Canada, présente le Droit constitutionnel comme le droit formel (et souvent écrit) de l'État souverain, le formalisme, la séparation du droit et de la morale¹⁹. La science du droit se contente de décrire l'état du droit positif et non de prescrire, reprenant ce que l'on qualifie de *Loi de Hume*, la distinction de *l'être* et du *devoir être*. L'ordre juridique pour Hans Kelsen est un ordre formel, hiérarchisé, habilitant de façon dynamique des normes inférieures dans un rapport de validité et/ou de conformité ; les autres systèmes normatifs, telle la morale, sont statiques. Les normes inférieures existent car elles trouvent leur fondement dans une norme elle-même valide : la validité est formelle. Kelsen arrête cette réflexion en posant dans le raisonnement l'idée de norme fondamentale (en pratique la Constitution) qui est le fondement ultime de validité de l'ensemble de l'ordre juridique, cette dernière n'ayant pas besoin d'être elle-même fondée, car œuvre du premier pouvoir constituant originaire.

18. Marcel Waline, « Positivismes philosophique, juridique et sociologique », in *Mélanges Carré de Malberg*, 1933, p. 517.

19. Sur ce point, voir Marie-Claire Ponthoreau, *Droit(s) Constitutionnel(s) Comparé(s)*, Economica, 2010, p. 4. Voir Marcel Waline, « Positivismes philosophique, juridique et sociologique », in *Mélanges Carré de Malberg*, 1933, p. 524.

Le fondement du droit est une zone d'ombre chez Kelsen puisqu'il marque à la fois la fin du juridique et la fin de la science juridique. De nombreux théoriciens ont critiqué ce réductionnisme du positivisme²⁰. Si Kelsen évacue la notion de souveraineté comme métaphysique, elle est remplacée en tant *qu'obstacle épistémologique* par une logique formelle et la norme fondamentale. Si cette théorie est la science normale en droit constitutionnel, elle n'en a pas moins été fortement critiquée²¹, tant sur le point de la légitimité du droit, de son efficacité que de son caractère formel et désincarné. *L'image pluraliste*, au contraire, s'intéresse à l'aspect matériel du droit, au droit légitime²² et au droit appliqué. Elle est née d'abord dans les travaux d'anthropologues²³ du droit pour démontrer que le droit suivi par les communautés autochtones n'était pas le droit étatique, mais le droit coutumier. Dans un versant faible, il reste du positivisme et s'intéresse aux phénomènes de délégation par l'ordre étatique. Dans un versant fort, il met au même niveau dans le raisonnement le droit étatique et les autres rationalités juridiques, réseaux normatifs. L'épistémologie est pluraliste : interdisciplinaire et critique. Cette position s'est développée en contexte canadien surtout après l'adoption de la *Charte Canadienne des droits et libertés* de 1982, les revendications autochtones, ou le mouvement des *Critical Legal Studies* qui en s'intéressant aux identités juridiques vont participer à une pluralisation du discours constitutionnel. La légitimité du droit n'est plus d'être un droit imposé car souverain, mais un droit légitime car négocié et persuasif. L'image pluraliste prend donc acte d'une réalité qui est complexe et plurielle. *Ces images sont irréductibles* : elles présentent des ontologies, des structures axiologiques et des épistémologies incommensurables, incomparables.

II – Le discours juridique comme *cadre* : « les limites de mon cadre sont les limites de mon monde »

Le *droit constitutionnel* est donc constitué par des images en concurrence. Ces images sont cadrées par le discours juridique dominant. Cela implique d'accepter l'idée que la réalité n'est pas unitaire, mais bien construite et complexe.

20. Georges Renard, « Qu'est-ce que le droit constitutionnel ? Le droit constitutionnel et la théorie de l'institution », in *Mélanges Carré de Malberg*, 1933 p. 483, spéc. p. 487.

21. Éric Millard, « Hauriou et la théorie de l'institution », 30, *Droit et Société*, 1995, 381, spéc. p. 398.

22. Marcel Waline, « Positivisme philosophique, juridique et sociologique », in *Mélanges Carré de Malberg*, 1933, p. 522 : « La question de la force obligatoire du droit ne consiste pas pour eux à rechercher si et pourquoi le droit s'impose légitimement. »

23. Cleeford Geertz, *Savoir local, Savoir global. Les lieux du savoir*, P.U.F., Sociologie d'aujourd'hui, 3^e Éd., 2002, p. 8. Norbert Rouland, *L'anthropologie juridique*, P.U.F., 2^e Éd., 1995.

1 - De la réalité unitaire à la complexité du sujet photographié : l'appareil photographique du comparatiste comme cadrage

L'enjeu d'une rupture épistémologique nécessaire à l'activité de comparaison et afin de penser la transition de la doctrine constitutionnelle canadienne est ici le refus de la croyance en une réalité unitaire pour admettre la complexité des images construites. Comme le démontre le Professeur Atias, le savoir juridique ne peut être présupposé unitaire²⁴, car la réalité juridique ne peut être présupposée unitaire. Il ne s'agit donc plus, dès lors, de partir d'un objet réel donné à la connaissance, mais bien de commencer par ce qui construit la réalité juridique. À partir du moment où l'on a reconnu que la réalité juridique est en fait constituée par des images construites par des communautés juridiques, il faut bien souligner l'idée que *ces images sont cadrées*. Le juriste comparatiste n'atteint cette rupture épistémologique qu'une fois reconnu que son activité est elle-même cadrée par sa perspective, et que son activité de connaissance met en évidence et critique des cadres. La difficulté est ici double : la croyance en une réalité unitaire et en une connaissance unitaire de la réalité unitaire²⁵.

Il est admis relativement aujourd'hui dans le champ de la recherche juridique²⁶ que les théories des sciences, en raison de la spécificité de l'objet juridique, n'y sont pas applicables, ce qui n'évacue pas toute possibilité d'épistémologie. Thomas Kuhn le démontrait, l'on ne peut reproduire telles quelles les méthodes scientifiques de démonstration, mais l'esprit épistémologique doit y être éprouvé. Le positivisme croit en l'unité du réel et donc de la science le prenant pour objet et champ de vérification²⁷. Ainsi, dans ce cadre il est possible pour le juriste de décrire les réalités juridiques de la même manière que des objets sensibles, et surtout avec la même neutralité qu'un scientifique²⁸. Marcel Waline précise bien que la valeur de la Constitution est un postulat dans le discours du juriste positiviste, qu'il compare au postulat d'Euclide si l'on veut faire de la géométrie euclidienne.

L'on peut nettement voir que la science positiviste du droit s'est construite à partir des croyances en son objet. Cela est quelque peu en décalage avec la définition de *la recherche juridique épistémologique* proposée par le Professeur Amsselek, qui « se déploie dans une double direction, en vue de fonder à la fois

24. Christian Atias, *Épistémologie du droit*, Dalloz, 2002, p. 3.

25. Jacques Lenoble & François Ost, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, P.F.U.S.L., Bruxelles, 1980, p. 158.

26. Arnaud Haquet, « Existe-t-il des critères scientifiques d'évaluation des théories du droit? », 30, *Droits*, 2000, 163 spéc. p. 168 et s.

27. Paul Amsselek, « La part des sciences dans les activités des juristes », D. 1997 chr. 337, p. 338.

28. François Ost & Michel Van De Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, P.F.U.S.L., Bruxelles, 1988, p. 55.

le statut de l'objet de recherche et le statut de l'activité de recherche tournée vers cet objet ».²⁹ À la croyance dans le caractère unitaire du réel, correspond un objet *droit constitutionnel* considéré comme *un* et *donné* au juriste, en découle une science du droit unifié qui se prétend descriptive, de l'ordre de *l'être*. L'on voit bien les implications des *oblitérations monistes* dans les croyances des juristes positivistes : il n'y a *qu'un* droit possible (formel et étatique) (ce que Amselek appelle *une donnée ontologique*) et *qu'une* science du droit pour en connaître. Carl Schmitt en ce sens évoque l'idée de « métaphysique moniste »³⁰. Le complexe ramené à l'unité logique est *une théologie* pour Schmitt ; Fernando Gil évoque la notion de *conviction* s'agissant de la souveraineté³¹. Cette assertion du Professeur Millard nous semble tout à fait justifiée : « les conditions de constitution de l'objet ont des incidences sur l'objet même »³², il s'agit de refuser cette construction idéaliste³³ du droit, qui fait de l'État un axiome, et de prendre acte de la complexité et le caractère pluriel du sujet photographié. Georges Scelle critiqua ce réductionnisme du droit constitutionnel au droit étatique et démontra que la société étatique n'est qu'un cas limite de droit constitutionnel³⁴. Toujours selon ce dernier, il ne peut y avoir de science du droit constitutionnel à partir du moment où devant dominer leur objet, les juristes sont maintenant dominés par le phénomène étatique qui s'impose à eux comme une nécessité à la fois ontologique et épistémologique. François Ost et Michel Van De Kerchove évoquent une science du droit entraînée dans une boucle à l'égard de son objet³⁵. La *rupture épistémologique* est le passage de l'axiome de l'unité du réel à la reconnaissance de la complexité des images. À la croyance en l'unité du réel a succédé la croyance en l'unité du réel juridique, et de l'unité de la science juridique l'appréhendant.

Après avoir admis que le droit constitutionnel est images, il est nécessaire pour le comparatiste de souligner que ces images sont cadrées, ce qui marque le passage de la complexité de l'ontologie juridique à la complexité de

29. Paul Amselek, « Éléments pour une définition de la recherche juridique », 24, A.P.D., 1979, 297, p. 298.

30. Carl Schmitt, *Théologie Politique (1922-1968)*, nrf, Éd. Gallimard, spéc. p. 30.

31. Fernando Gil, *La Conviction*, Flammarion, 2000, p. 154 et s.

32. Éric Millard, *Famille et Droit Public. Recherches sur la construction d'un objet juridique*, Marie-Anne Cohendet (sous la dir. de) 1994, version électronique, p. 20.

33. Sur le rejet de l'*idéalisme* en épistémologie, voir Alexandre Viala, *Philosophie du droit*, Cours Magistral, 2010.

34. Georges Scelle, « Le droit constitutionnel international », in *Mélanges Carré de Malberg*, 1933, p. 501, spéc. p. 505.

35. François Ost & Michel Van De Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, P.F.U.S.L., Bruxelles, 1988, p. 249.

l'épistémologie juridique. La philosophie de Judith Butler³⁶ est ici intéressante pour comprendre la notion de cadre de (re)connaissance du réel. Elle explique avec un certain optimisme que si nos cadres d'appréhension sont orientés par des normes de reconnaissance nous ne sommes pas absolument limités par eux. *La reconnaissabilité précède la reconnaissance*, mais la performativité comme citationnalité est toujours imparfaite. L'interrogation du cadre de ces images vient démontrer l'action de ce *dehors constitutif* dans lequel se trouve le comparatiste. L'éclatement d'un cadre implique d'en reproduire un autre avec un nouveau contenu. L'éclatement du cadre est possible lors de sa réitération dans un nouveau contexte : le lien avec la comparaison est évident dans la mesure où la rupture épistémologique survient au moment où le comparatiste fait face à un contexte de sens qui perturbe son cadre de compréhension. La critique épistémologique est possible par cette reproductibilité, cette itérabilité imparfaite du cadre dans l'activité de comparaison. Le discours d'un juriste sur ce qu'est le droit ou sur ce qu'est une question qui s'y pose est guidé par ces cadres implicites de compréhension du monde juridique. En ce sens, le cadrage positiviste s'oppose en tout point à un cadrage pluraliste de compréhension de la réalité juridique.

Le premier moment de la rupture épistémologique inhérente à l'activité du comparatiste provient de la prise de conscience critique de l'existence de ces cadres. Le second moment de la rupture épistémologique est la mise en évidence des croyances, mythes, tropes, obstacles épistémologiques et axiologiques cadrant ces discours. Si la science du droit était construite par les préjugés nationaux sur ce qu'est le droit, le comparatisme en tant qu'activité épistémologique se doit d'adopter une épistémologie qui refuse une double croyance : une croyance en l'unité de l'objet et une croyance en l'unité du savoir sur l'objet, tout en faisant droit à la rationalité proprement juridique : l'épistémologie pluraliste.

2 - L'incommensurabilité face à une épistémologie pluraliste : la lumière inactinique du comparatiste pluraliste comme cadre

Dans un très intéressant article de 1933, Georges Renard précise bien que le jurisconsulte ne manie que des *enveloppes*, et préfigurant la notion d'*obstacle épistémologique* précise bien que le grand problème du droit constitutionnel est celui de la souveraineté et de sa justification, qui implique que « l'on cantonne le droit constitutionnel dans la théorie de l'État »³⁷. Cette question de la réduction mérite selon lui d'être traitée et elle n'est jamais prétérée qu'en apparence, « la prétérition n'est qu'une illusion » admise, « à laquelle on ne doit pas se laisser

36. Judith Butler, *Ce qui fait une vie. Essai sur la violence, la guerre et le deuil*, Zones, 2010.

37. Georges Renard, « Qu'est-ce que le droit constitutionnel ? Le droit constitutionnel et la théorie de l'institution », in *Mélanges Carré de Malberg*, 1933 p. 483, spéc. p. 489.

prendre ». Il serait erroné de dire qu'aucune interrogation épistémologique n'a été menée par les juristes sur leur objet ou sur leur activité de recherche. Un juriste allemand majeur au tournant du xx^e siècle, Georg Jellinek a mené une importante réflexion épistémologique sur l'objet de la science juridique. Jellinek avait bien démontré que « l'objet de la connaissance n'est pas purement et simplement donné, il doit être construit ».³⁸ Le sujet de la connaissance produit alors des « types » ; à partir de ces prémisses épistémologiques Jellinek pensera l'État dans l'ordre du *devoir être* : l'existence de l'État n'est inscrite dans sa pensée que dans le cadre préconstitué de la pensée qui l'appréhende³⁹. Ce choix mis en évidence par le juriste allemand sera par la suite traité par prétérition, jusqu'à être naturalisé, impliquant un rétrécissement implicite et inconscient de l'objet du droit constitutionnel comme droit de l'État, avec le positivisme étatique comme paradigme dominant⁴⁰. Ce réductionnisme a été critiqué par de nombreux juristes au cours du xx^e siècle marquant les interrogations sur le cadre : l'on trouve de telles interrogations avec le positivisme sociologique de Léon Duguit, les théories institutionnelles chez Maurice Hauriou, Georges Renard, Santi Romano ou Georges Scelle. Cela étant, ces interrogations n'ont jamais pu faire émerger un véritable problème scientifique.

Selon Gaston Bachelard, la connaissance scientifique est bloquée par des « arrêts-de-culture », ou encore ce qu'il appelle des « obstacles épistémologiques ». Il soulève ainsi la notion de « frontière épistémologique » : la limitation conventionnelle de la connaissance scientifique et du réel connaissable. Ce n'est pas le réel qui trace des frontières, mais bien le discours sur la science lui-même. Alors, une impossibilité de penser n'est jamais impossibilité mais limite du cadre. La science évolue en réformant ces *a priori*, ces derniers se développant dans le cadre d'*écoles de pensées*. Les obstacles épistémologiques sont des causes d'inertie, de stagnation, voire de régression ; il s'agit des préjugés, des opinions, des croyances de celui qui pense le réel. Il s'agit souvent d'une idée dominante qui polarise le reste de la pensée scientifique. La réponse à un *obstacle épistémologique* (versant négatif) est un *acte épistémologique* (versant positif).

Si l'on prend comme point de départ que le cadre dominant de construction du droit constitutionnel est le *positivisme étatique*, alors les *obstacles épistémologiques* pour penser scientifiquement le discours constitutionnel sont les tropes de l'*État*, de la *souveraineté*, du *droit formel*, voire de la *Constitution écrite*. Le *trope de la souveraineté* est particulièrement évident lorsque l'on veut penser un *droit constitutionnel international* à l'image de Georges Scelle, ou

38. Olivier Jouanjan, *Préface*, Georg Jellinek, *L'État Moderne et son Droit*, Tome II : *Théorie Juridique de l'État*, Éd. Panthéon Assas, 2005, p. 44.

39. Éric Maulin, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Léviathan, P.U.F., 2003, p. 178.

40. Olivier Jouanjan, *Avant propos à Une Histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, P.U.F. Léviathan, 2005, p. 3-5.

un *droit constitutionnel européen* aujourd'hui. Plusieurs penseurs ont essayé de caractériser la notion de souveraineté : elle est *métaphysique* chez Kelsen ou Duguit, elle est une *théologie* chez Schmitt ou Ost, elle est une *croyance*, une *conviction* chez Fernando Gil, elle est une *construction historique* et un *terme de combat* chez Gérard Maitre⁴¹. Cela étant, la notion de *souveraineté* telle que la définit Jean Bodin dans les *VI Livres de la République*⁴², ou telle que l'avait préfigurée Machiavel, est le critère définitionnel indépassable de l'État⁴³. Le droit constitutionnel est alors historiquement le droit de l'État, souverain : la souveraineté étant cette *transcendance dans l'immanence*, qui fait *échapper à la temporalité* le fondement du droit, et le fondement de la science du droit. Ainsi comme l'écrit Fernando Gil, « la fiction est objet de croyance, elle jouit de l'objectivité de la chose en transaction ». Ainsi, « la croyance s'avère une structure transcendante de la souveraineté ». Il s'agit d'une auto-désignation que rien ne saurait normer. « Le positivisme la banalise, la théorie de la souveraineté la travestit, en se laissant prendre au piège des fictions qu'elle fabrique et qui la fabriquent. »⁴⁴ Comment penser alors un droit constitutionnel qui ne soit pas le droit de l'État souverain ? Cette question posée par le pluralisme juridique est un *problème scientifique* résolument *insoluble* et *inenviable* dans le cadre d'un paradigme positiviste étatiste. L'argument de la souveraineté au niveau de l'objet du droit constitutionnel, comme au niveau de l'objet de la science constitutionnelle est interrogé, critiqué, même abandonné. Cet *obstacle épistémologique* démontre la difficulté du comparatisme constitutionnel lorsque le comparatiste ne tient pas compte de ce *perspectivisme*. La souveraineté et la hiérarchie des normes sont tellement ancrées dans l'imaginaire des juristes que le discours constitutionnel a transformé ces postulats en *axiomes* du raisonnement. Les interroger implique un bouleversement de cette *fondation marécageuse* qui est au soubassement de tout discours scientifique pour Karl Popper. Cette question nous permet de ré-envisager la notion de *paradigme* telle que développée par Thomas Kuhn.

Le point de départ de l'épistémologie kuhnienne est de savoir pourquoi certains problèmes sont considérés comme légitimes par certaines sciences et pas d'autres. Il propose alors ce qu'il appelle un paradigme : « Les découvertes

41. Gérard Maitre, *Le principe de souveraineté. Histoires et fondements du pouvoir moderne*, Folio Essais, 1997.

42. Fernando Gil, *La Conviction*, Flammarion, 2000, p. 156 : « Jean Bodin qui invente le concept de souveraineté en fait le principe du politique. » Il précise, p. 157 : « La révolution opérée par Bodin consiste à extraire le fondement du pouvoir politique lui-même. La souveraineté réalise une transcendance dans l'immanence. »

43. Olivier BEAUD, *La puissance de l'État*, P.U.F., Léviathan, 1994.

44. Fernando Gil, *La Conviction*, Flammarion, 2000, respectivement : p. 158, 160, 168 et 169.

scientifiques universellement reconnues qui, pour un temps, fournissent à une communauté de chercheurs des problèmes types et des solutions. »⁴⁵ Il est intéressant de noter qu'au stade pré-scientifique, *i.e.* avant qu'un paradigme ne soit considéré comme horizon normatif du jugement, la concurrence était réelle entre des théories. « Ce qui différenciait ces diverses écoles, ce n'était pas telle ou telle erreur de méthode – elles étaient toutes scientifiques – mais ce que nous appellerons leurs manières incommensurables de voir le monde et d'y pratiquer la science. »⁴⁶ La domination d'un paradigme est appelée *science normale* et un épisode extraordinaire, une *révolution scientifique*. La transition de paradigme implique une modification de l'imagination scientifique, donc de leur conception du monde; l'on voit donc bien les imbrications des dimensions épistémologiques et axiologiques dans le paradigme kuhnien. Un paradigme donne naissance à une tradition scientifique. Dans le cadre d'une science normale, le paradigme offre des problèmes légitimes ainsi qu'un ensemble de réponses scientifiques, en ce sens, les problèmes seront qualifiés *d'énigmes*⁴⁷. Une transition paradigmatique vient d'abord de la reconnaissance d'un problème scientifique insoluble, dépassant cet horizon normatif, donc de *l'énigme* ou de *l'anomalie*. « Décider de rejeter un paradigme est toujours simultanément décider d'en accepter un autre, et le jugement qui aboutit à cette décision implique une comparaison des deux paradigmes de l'un par rapport à l'autre. »⁴⁸ Aucune discussion n'est possible sur un socle commun puisqu'aucun paradigme n'admet les postulats de l'autre; aucun argument d'autorité ou de souveraineté n'est possible, surtout sachant qu'un paradigme traduit *une vision du monde*. Toute crise commence par un obscurcissement du paradigme de la science normale; et le passage d'un paradigme à un autre implique une reconstruction totale de cette vision du monde, et elle implique, dans ce nouvel univers discursif un accord général. Le seul argument est celui de la persuasion.

Le paradigme est donc négocié, il est légitimé et il doit être accepté, jusqu'au moment où cette image devient contraignante et s'impose de manière implicite et oubliée. Les paradigmes *façonnent* la vie scientifique en cela qu'ils ont d'abord une fonction *normative* avant d'être *cognitive*. Certaines questions se posent dans certains paradigmes qui vont y apporter une solution cadrée, ces questions peuvent ne pas se poser en ces termes dans un autre paradigme. Ainsi, lorsqu'un juriste français positiviste comparatiste discrédite la transition paradigmatique opérée semble-t-il dans la science constitutionnelle canadienne, il ne peut le

45. Thomas S. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Champs, Sciences, 2008, p. 11 (nous soulignons).

46. *Ibid.*, p. 21 (nous soulignons).

47. *Ibid.*, p. 63.

48. *Ibid.*, p. 115 (nous soulignons).

faire au moyen de questions qu'il se pose, lui, au sein de son propre paradigme, sinon il ne fait plus œuvre d'épistémologie⁴⁹. Thomas Kuhn démontre qu'il y a toujours des critères extérieurs qui permettent de faire un choix entre deux paradigmes lorsque la question est posée : quel problème scientifique est-il plus important d'avoir résolu ?⁵⁰ Certains obstacles axiologiques sont plus ancrés que des obstacles épistémologiques dans la mesure où ils participent de la *structure identitaire* de communautés juridiques données.

Des traditions de science normale sont **incommensurables** : incommensurables, d'abord, par les problèmes et solutions considérés comme légitimes ; incommensurables, ensuite par les termes, les concepts, les expériences ; incommensurables, enfin, par les visions du monde impliquées. Alors, à partir du moment où un paradigme traduit une vision du monde et des choix de valeurs, souvent des convictions, des croyances, la transition entre deux paradigmes est *une conversion*, passant par *la certitude*. Il n'existe donc pas de critère de jugement pour Thomas Kuhn hormis l'assentiment de la communauté scientifique⁵¹. Ce dernier n'apporte donc pas de réponse (convaincante) à la question de la comparaison des incomparables, et de celui de critères pour juger d'un meilleur paradigme. La question de la transition reste en suspens⁵². Sa question est *mal posée* car il implique qu'un paradigme est meilleur que l'autre, il ne souligne pas que les critères de la comparaison ou de la non-comparaison sont construits, néglige les effets de l'in-comparaison sur la communauté scientifique de départ, enfin il se méprend sur les enjeux de l'épistémologie, comme s'il revenait à cette dernière de faire un choix, *in fine*.

Le *pluralisme épistémologique*⁵³ est une réponse qui a été donnée à cette question de comparer l'incomparable, avec beaucoup de conviction récemment par l'historien – anthropologue Marcel Détienné⁵⁴. Il s'agit de savoir comment comparer le savoir sur un objet entre plusieurs disciplines. Il s'agit de comprendre et d'expliquer l'objet Droit constitutionnel dans le cadre de la communauté juridique comparée. Cette compréhension n'est possible

49. Adam F. Chalmers, *Qu'est-ce que la science ? Popper, Kuhn, Lakatos, Feyerabend*, Biblio essais, le Livre de poche, 1987, p. 85 : « la science commence par des problèmes », « les observations citées ci-dessus comme des problèmes constitutifs sont problématiques seulement à la lumière d'une théorie ».

50. *Ibid.*, p. 156.

51. Thomas S. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Champs, Sciences, 2008, p. 232 et 238 et s.

52. Richard Ouellet, « C'est une révolte ? Non, Sire, c'est une Révolution. Tentative de métaphore sur la transition paradigmatique du droit », 30, R.D.U.S., 1999, 205.

53. Bogumil Jewsiewicki, « Pour un pluralisme épistémologique en sciences sociales », 56 : 3, *Annales, Histoire, Sciences Sociales*, 2001, 625.

54. Marcel Détienné, *Comparer l'incomparable*, Essais, Points, Éd. Du Seuil, 2^e Éd., 2009.

qu'en faisant appel à une interdisciplinarité, dans la mesure où le droit est un construit culturel ayant donc une large part d'implicite. La question posée est donc : « Est-il possible de concevoir une épistémologie analytique de la comparaison et de l'explicitation qui permette le déplacement d'un cadre à l'autre, sans l'obligation de réduire l'un à l'autre? »⁵⁵ Une réponse positive à cette question est possible dans la mesure où cette interdisciplinarité est questionnée au niveau de l'épistémologie : rien n'interdit à une science du droit qui veut faire œuvre de science et de connaissance d'apprendre des sciences humaines connexes, dans la mesure où le contenu de ces sciences connexes n'est pas lui-même normatif. La nécessité d'une connaissance interdisciplinaire pour le droit constitutionnel a été plus que démontrée par les juristes belges François Ost, Michel Van De Kerchove, et plus récemment par Marie-Claire Ponthoreau. Il s'agit d'une question qui fait partie du paradigme en transition dans la science constitutionnelle canadienne, une question de la pré-science normale. La question de l'incomparabilité porte ici sur une comparaison entre sciences constitutionnelles. Le pluralisme épistémologique sera considéré comme notre cadre de recherche dans la mesure où il refuse le caractère unitaire du réel et du savoir l'appréhendant, écarte les arguments de souveraineté (conviction/persuasion) ; en ce sens nous parlerons de la lumière inactinique du comparatiste : les sciences humaines lui font voir, mais ne sont pas elles-mêmes normatives. Cette nécessité d'une épistémologie pluraliste est considérée comme une nécessité scientifique pour les épistémologues tels que Bachelard, Kuhn, Popper ou Lakatos ; elle permet d'obvier la croyance en un réel unitaire et une connaissance unitaire de ce réel unitaire. L'épistémologie pluraliste permet de pallier la *grande erreur* de la science contemporaine et de son discours afférent. Une interdisciplinarité est nécessaire dans le cadre d'un questionnement épistémologique qui se place à un point de vue externe modéré.

III – Dans la *chambre noire* du comparatiste : *traduire*⁵⁶ l'incomparable

Cette question de comparer des incomparables est posée de telle façon par Thomas Kuhn⁵⁷ que l'on ne peut y répondre, d'abord et très majoritairement parce que cette question est mal posée : cette question sur un choix d'un

55. Bogumil Jewsiewicki, « Pour un pluralisme épistémologique en sciences sociales », 56 : 3, *Annales, Histoire, Sciences Sociales*, 2001, p. 626 (nous soulignons).

56. Cleeford Geertz, *Savoir local, Savoir global. Les lieux du savoir*, P.U.F., Sociologie d'aujourd'hui, 3e Éd., 2002, p. 270, l'étude comparée de la loi est une « traduction culturelle ». L'on retrouve ce même rôle de traducteur chez Thomas Kuhn.

57. Thomas S. Kuhn, *La tension essentielle. Tradition et changement dans les sciences*, nrf, Éd. Gallimard, 1990, p. 304 et s. : la tension essentielle, tradition et innovation dans la recherche scientifique.

meilleur paradigme n'est pas une question épistémologique. La question de l'incommensurabilité des paradigmes est guidée par trois idéologies : qu'un paradigme est meilleur que l'autre, que ce choix traduit un progrès scientifique, enfin que la science juridique est orientée vers la recherche du progrès scientifique. Pour un épistémologue comme Feyerabend⁵⁸, la science ne possède aucune caractéristique intrinsèque qui la rendrait supérieure aux autres branches du savoir. Cette question n'aurait donc pas de sens à ses yeux ; mais cette position est plus que problématique lorsque l'objet de notre recherche est le droit constitutionnel. Imré Lakatos n'apporte pas non plus de réponse qui nous soit opératoire dans la comparaison de *programmes de recherche*. Il précise que les « mérites relatifs des programmes de recherche doivent être jugés par le degré auquel ils progressent ou ils dégèrent »⁵⁹. De même chez Kuhn, la transition de paradigme relève très largement du hasard ou de la circonstance historique ; l'homme de science se réveillant en pleine nuit⁶⁰. Alors la question est posée avec honnêteté par l'épistémologue Chalmers : « À quoi bon se casser la tête ? »⁶¹

1 - Construire l'incomparable : de la construction à l'imagination du juriste comparatiste

En effet, pourquoi ces épistémologues se sentent dans l'obligation d'apporter une réponse à la question d'un choix entre plusieurs paradigmes dont l'un serait meilleur qu'un autre, sachant qu'une évaluation n'est possible qu'en les comparant, sachant qu'ils sont incomparables, notamment car il s'agit de visions du monde distinctes et que les problèmes ne s'y posent pas dans les mêmes termes ? Cette question n'est tout simplement pas une question épistémologique. Nous voudrions évoquer rapidement trois points ici. L'épistémologie, tout d'abord, évalue de façon critique la production d'un savoir par une communauté scientifique donnée, en mettant en évidence les mythes et présupposés du discours scientifique. Cela étant, si une épistémologie peut être *prescriptive*, comme c'est le cas dans notre article, ou de notre *épistémologie pluraliste* qui enjoint d'adopter une épistémologie ouverte, cette position n'implique en rien qu'une épistémologie prescriptive dut faire un choix entre un paradigme qui serait *meilleur* qu'un autre. À notre sens, ces épistémologues ont cessé d'être des épistémologues dès lors qu'ils ont tenté d'y apporter

58. Éric Millard, « Hauriou et la théorie de l'institution », 30, *Droit et Société*, 1995, 381, p. 405.

59. Adam F. Chalmers, *Qu'est-ce que la science ? Popper, Kuhn, Lakatos, Feyerabend*, Biblio essais, le Livre de poche, 1987, p. 145.

60. Adam F. Chalmers, *Qu'est-ce que la science ? Popper, Kuhn, Lakatos, Feyerabend*, Biblio essais, le Livre de poche, 1987, p. 158-159.

61. *Ibid.*, p. 266.

une réponse, question à laquelle ils étaient conscients qu'aucune réponse ne pouvait y être apportée. Ensuite, si l'idéologie du progrès dans la connaissance scientifique est bien présente, il n'est aucune raison pour que le progrès soit la finalité de l'épistémologie. La croyance au progrès est ce qui guide cette question et donc la réponse. En cela il est erroné de présenter Thomas Kuhn comme un épistémologue pessimiste. Enfin, nous dirons que l'on fait face à une autre manifestation du perspectivisme lors de l'activité de comparaison constitutionnelle. De façon schématique nous pouvons distinguer deux versants du perspectivisme : un versant *négatif* et un versant *positif* (l'emploi des qualificatifs négatif et positif n'implique aucun jugement mélioratif). Le perspectivisme négatif *précède la rupture épistémologique*; le perspectivisme positif lui succède, donc lors de ce que Bachelard appelle *l'acte épistémologique*. Plusieurs réflexes s'agissant du perspectivisme négatif peuvent être mis en évidence : soit, le comparatiste rejette les évolutions paradigmatiques comme non scientifiques ou non juridiques ; soit, le comparatiste pose des questions et apporte des solutions de son paradigme d'origine, dans le cadre du paradigme comparé ; soit, enfin, il surimpose ses conceptions inconscientes du monde sur le paradigme comparé. Plusieurs réflexes s'agissant du perspectivisme positif peuvent être mis en évidence : soit, le comparatiste inconsciemment rapporte ce paradigme dans son paradigme de départ ; soit, le comparatiste a tendance à voir ce paradigme partout, dans la communauté comparée, ou dans sa communauté juridique d'origine ; soit, enfin, le comparatiste dépasse l'entreprise épistémologique et fait un choix qu'il qualifie indûment de scientifique entre ces paradigmes. Ce dernier réflexe est celui d'épistémologues comme Bachelard, Kuhn ou Lakatos : l'idéologie d'un progrès de la science par le truchement de l'entreprise épistémologique. S'agissant de nos recherches, l'enjeu du regard français sur le savoir constitutionnel canadien, est bien de considérer qu'il s'agit d'images distinctes.

Ainsi, la question de *l'incomparabilité* ou de la *comparatibilité* est un projet, il est surtout une construction⁶². Il ne s'agit pas d'une réflexion épistémologique, mais bien d'un projet, ce qui justifie bien que la réponse à la comparaison d'incomparable dépasse le strict cadre de la comparaison comme activité épistémologique. Un élément de réponse se retrouve dans les premières lignes de l'ouvrage de Marcel Détienné : « Une appréciation, une estimation, un jugement d'allure, très vite un premier jugement de valeur comme celui qui se loge dans la formule quasi-proverbiale « on ne peut comparer que ce qui est comparable ». N'implique-t-elle pas un premier choix dans l'esprit de l'observateur qui déclare « comparable » une chose, une situation, une personne tombant sous son regard ? Comment décider d'emblée ce qui est comparable

62. Marcel Détienné, *Comparer l'incomparable*, Essais, Éd. du Seuil, 2^e Éd., 2009, p. 20.

sinon par un jugement de valeur implicite qui semble déjà écarter la possibilité de construire ce qui peut être « comparable » ? »⁶³ La comparatibilité est donc une construction discursive traduisant la prégnance de préjugés et surtout d'un projet. Marcel Détienne se prononce en faveur d'un comparatisme constructif celui qui construit des comparables. Il faut alors distinguer *le comparatisme des comparables*, du *comparatisme des incomparables* selon la fonction jouée par l'argument d'incomparatibilité dans les discours du comparatiste.

2 - L'incomparatibilité comme révélateur : fonction(s) de l'argument d'incomparatibilité dans le discours juridique comparatiste

Ces quelques réflexions auront comme cadre de présentation les travaux de Chaïm Perelman sur le discours argumentatif⁶⁴. Le discours juridique dans le cadre d'une épistémologie pluraliste fonctionne sur le registre de l'argumentation et de la persuasion, et non sur le registre de la souveraineté. En ce sens, la structure de son argumentation est ouverte et pluraliste, recevant notamment les enseignements des autres sciences humaines, qui ne seront pas normatives en tant que telles, mais qui participeront à l'activité d'argumentation. Un discours juridique est construit par une communauté juridique, en fonction de certaines finalités et en fonction d'un certain auditoire. En ce sens, l'auditoire est autant construit par le discours qu'il reçoit, qu'il ne construit lui-même la structure de l'argumentation de l'orateur. Perelman distingue deux dimensions du discours argumentatif : le premier a pour finalité de persuader et s'intéresse au résultat ; le second a pour finalité de convaincre et s'intéresse donc au caractère rationnel. Ainsi, de façon relativement schématique nous reprendrons ces deux dimensions afin d'expliquer et de comprendre les fonctions de l'argument d'incomparatibilité dans le discours juridique comparatiste. Nous dirons donc que lorsque l'argument d'incomparatibilité, qui est bien construit par un discours en fonction de certaines finalités (perspectivisme et préjugés), est utilisé pour convaincre, il permet d'expliquer l'état d'avancement d'un paradigme, il est alors proprement épistémologique. Lorsque cet argument d'incomparatibilité est utilisé pour persuader, il permet de faire comprendre et d'évaluer de façon critique un paradigme de construction du droit constitutionnel. L'argument d'incomparatibilité a donc une double fonction de révélateur dans le discours du comparatiste.

Convaincre ou l'argument d'incomparatibilité comme révélateur de l'état d'un paradigme. Thomas Kuhn décrit l'évolution de la science par une succession de paradigmes tels que : pré-science – science normale – crise – révolution scientifique – nouveau paradigme etc. Ainsi, l'argument

63. *Ibid.*, p. 9 (nous soulignons).

64. Chaïm Perelman et Lucie Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, Éd. de l'Université de Bruxelles, 6e Éd., 2008.

d'incomparabilité permet de mettre en perspective et d'expliquer le stade de développement d'un paradigme. L'activité est bien épistémologique – évaluer de manière critique l'état du savoir, s'agit-il du savoir constitutionnel français, ou du savoir constitutionnel canadien, l'état d'avancement du paradigme, et la capacité de ce savoir à répondre aux énigmes et anomalies posées dans le cadre du paradigme, de même que la capacité de ce paradigme à soulever des questions et interroger son cadre de construction. Il met en comparaison la façon dont chacun des paradigmes répond à des questions que le comparatiste présente comme transversales, ou comment chacun des paradigmes pense une question ou un objet, tel le droit constitutionnel. Le point de vue est ici bien un point de vue externe modéré. La finalité de l'analyse épistémologique est donc moins la modification du droit considéré comme positif, que d'ouvrir l'horizon normatif du juriste.

Persuader ou l'argument d'incomparabilité comme évaluation critique d'un paradigme. L'argument est ici clairement un point de vue interne, et le comparatiste vise à la modification de l'état du droit, de la théorie du droit et de la dogmatique juridique. Un paradigme est *meilleur* qu'un autre; il s'agit de persuader. Cet argument fait appel à des préjugés comme le progrès de la science et la possibilité d'un jugement à ce que nous avons appelé le niveau épistémologique. Le comparatiste a opéré cette rupture épistémologique en dépassant le cadre de son éducation juridique, mais il tombe dans le perspectivisme que nous avons défini dans son versant positif: il fait alors œuvre de dogmatique. Le comparatiste, avec cet argument d'incomparabilité va tenter de persuader qu'une question est mieux traitée dans un paradigme que dans un autre. Par exemple un positiviste persuadé va tenter de faire comprendre que la question de la sécurité juridique, de stabilité des situations juridiques ou de prévisibilité du droit, est mieux traitée dans un paradigme positiviste. Au contraire, un pluraliste persuadé va tenter de faire comprendre que la notion d'identité autochtone ou de protection de l'identité autochtone est mieux comprise, traitée dans un paradigme pluraliste. Il tentera de persuader que le paradigme positiviste sur cette question implique des préjugés de soumission de l'autochtone, notamment avec la notion de souveraineté, et que seul un paradigme pluraliste est capable de gérer, d'encadrer juridiquement cette question. Ainsi, dans chacun des cas, l'argument d'incomparabilité sera utilisé comme un autre horizon de jugement normatif permettant de persuader de la supériorité d'un paradigme sur un autre.

Ainsi, s'il n'est pas possible de répondre à la question de *comment comparer l'incomparable*, dans la mesure où, si l'activité de comparaison est bien une analyse épistémologique, alors il n'existe plus de discours de souveraineté pour persuader de la supériorité d'un paradigme sur un autre, ces paradigmes étant incommensurables. La comparatibilité est alors construite et l'analyse

épistémologique nous permet d'expliquer comment est utilisé l'argument de la comparabilité dans le discours du juriste comparatiste, selon quel projet. Il permet d'une part de convaincre, et d'autre part de persuader. Une fois encore, le véritable travail scientifique pour le comparatiste est de faire apparaître objectivement le cadre de son discours comparatif, la rupture épistémologique étant l'équinoxe marquant le passage entre un perspectivisme négatif et un perspectivisme positif.

Bibliographie

Ouvrages

- Gaston Bachelard, *Le nouvel esprit scientifique*, P.U.F., 7^e Éd., 2008.
 —, *Épistémologie. Textes Choisis*, P.U.F., 8^e Éd., 2010.
 Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, P.U.F., Léviathan, 1994.
 Judith Butler, *Ce qui fait une vie. Essai sur la violence, la guerre et le deuil*, Zones, 2010.
 Adam F. Chalmers, *Qu'est-ce que la science? Popper, Kuhn, Lakatos, Feyerabend*, Biblio essais, le Livre de poche, 1987.
 William E. Conklin, *Images of a constitution*, University of Toronto Press, 1989.
 Marcel Détéienne, *Comparer l'incomparable*, Essais, Points, Éd. du Seuil, 2^e Éd., 2009.
 Hans-Georg Gadamer, *Truth and Method*, New York, Crossroad, 1985.
 Cleeford Geertz, *Savoir local, Savoir global. Les lieux du savoir*, P.U.F., Sociologie d'aujourd'hui, 3^e Éd., 2002.
 Fernando Gil, *La Conviction*, Flammarion, 2000.
 Georg Jellinek, *L'État Moderne et son Droit, Tome II : Théorie Juridique de l'État*, Olivier Jouanjan (Préf.), Éd. Panthéon Assas, 2005.
 Olivier Jouanjan, *Avant propos à Une Histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, P.U.F. Léviathan, 2005.
 Thomas S. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Gallimard, 2008.
 —, *La tension essentielle. Tradition et changement dans les sciences*, nrf, Éd. Gallimard, 1990.
 Jacques Lenoble et François Ost, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, P.F.U.S.L., Bruxelles, 1980.
 Gérard Mairet, *Le principe de souveraineté. Histoires et fondements du pouvoir moderne*, Folio Essais, 1997.
 Éric Maulin, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Léviathan, P.U.F., 2003.
 Éric Millard, *Famille et Droit Public. Recherches sur la construction d'un objet juridique*, Marie-Anne Cohendet (sous la dir. de) 1994, version électronique.

François Ost et Michel Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, P.F.U.S.L., Bruxelles, 1988.

Chaïm Perelman et Lucie Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, Éd. de l'Université de Bruxelles, 6^e Éd., 2008.

Marie-Claire Ponthoreau, *Droit(s) Constitutionnel(s) Comparé(s)*, Economica, 2010.

Norbert Rouland, *L'anthropologie Juridique*, P.U.F., 2^e Éd., 1995.

Carl Schmitt, *Théologie Politique (1922-1968)*, nrf, Éd. Gallimard.

Susan Sontag, *Sur la Photographie, Dans la caverne de Platon*, Œuvres complètes – I, p. 16, Titres 88, 2008.

Alexandre Viala, *Philosophie du droit*, Cours Magistral, 2010.

Contributions à un ouvrage collectif

Marc Loisel, « L'analyse du discours de la doctrine juridique. L'articulation des perspectives internes et externes », CURAPP, *Les méthodes du droit au concret*, P.U.F. 2000.

Georges Renard, « Qu'est-ce que le droit constitutionnel? Le droit constitutionnel et la théorie de l'institution », in *Mélanges Carré de Malberg*, 1933 p. 483.

Georges Scelle, « Le droit constitutionnel international », in *Mélanges Carré de Malberg*, 1933, p. 501.

Marcel Waline, « Positivismes philosophique, juridique et sociologique », in *Mélanges Carré de Malberg*, 1933, p. 517.

Articles de revues ou de périodiques

Paul Amsselek, « Éléments pour une définition de la recherche juridique », 24, *A.P.D.*, 1979, 297.

—, « La part des sciences dans les activités des juristes », *D.* 1997 chr. 337.

Michel Coutu, « Crise du droit du travail, pluralisme juridique et souveraineté », 12 :1, *Lex Electronica*, 2007.

Arnaud Haquet, « Existe-t-il des critères scientifiques d'évaluation des théories du droit? », 30, *Droits*, 2000, 163.

Bogumil Jewsiewicki, « Pour un pluralisme épistémologique en sciences sociales », 56 : 3, *Annales, Histoire, Sciences Sociales*, 2001, 625.

Éric Millard, « Hauriou et la théorie de l'institution », 30, *Droit et Société*, 1995, 381.

Richard Ouellet, « C'est une révolte? Non, Sire, c'est une Révolution. Tentative de métaphore sur la transition paradigmatique du droit », 30, *R.D.U.S.*, 1999, 205.