

*Image(s) et Droit(s) constitutionnel(s). Le comparatiste face aux paradigmes du Droit constitutionnel**

Nicolas BLANC
Allocataire de recherche
C.E.R.C.C.L.E. (Bordeaux IV) – C.R.D.P. (Université de Montréal)

Le Droit constitutionnel peut-être construit selon plusieurs paradigmes, qui sont en concurrence : le phénomène constitutionnel est images constitutionnelles et le contentieux constitutionnel, concurrence d'images. Le pluralisme épistémologique permet de prendre conscience des cadres de construction du discours constitutionnel. Si l'épistémologie ne peut trancher en faveur du meilleur paradigme, cette question relève du domaine de l'ontologie constitutionnelle, définie comme narration identitaire. Afin de définir et discuter de leurs positions fondamentales, il devient nécessaire pour les juristes, positivistes comme pluralistes, de concevoir leur pratique quotidienne comme une activité généralisée de comparaison des droits en tant que critique épistémologique.

The construction of Constitutional law may rely on several paradigms, concurring each other: it becomes necessary to define constitutional phenomenology as constitutional images and constitutional disputes as a competition between these images. Epistemological pluralism highlights the way constitutional frameworks are working. If we keep in mind that epistemology cannot discriminate between paradigms, hence, this answer is obviously one of constitutional ontology, defined as a narrative of identities. So for positivists and pluralists to define and discuss their fundamental convictions, they ought to think of their daily activities as a generalized activity of comparison of rights conceived of as an epistemological critic.

- I- Le *droit constitutionnel* comme **image(s)**
 - 1- *L'image constitutionnelle* comme *phénomène constitutionnel*
 - a) *La notion d'image* chez Conklin
 - b) Les perspectives ouvertes par *l'image gadamérienne*
 - 2- Le *contentieux constitutionnel* comme *concurrence d'images constitutionnelles*
 - a) La notion de *concurrence d'images* chez Conklin
 - b) *Image positiviste v. Image pluraliste* pour penser le Droit constitutionnel

- II- Le *discours constitutionnel* comme **cadre(s)**
 - 1- *Cadrer* une réalité constitutionnelle *plurielle*
 - a) La *réalité* constitutionnelle est *plurielle*
 - b) La *connaissance* constitutionnelle est nécessairement *cadrée*
 - 2- *Focales* : Paradigmes, pluralisme épistémologique et Droit constitutionnel
 - a) Obstacles épistémologiques et paradigmes incommensurables
 - b) Vers un Pluralisme épistémologique

- III- Dans la **chambre noire** du *comparatiste*
 - 1- *Construire* et *imaginer* l'incomparable
 - a) Le *piège épistémologique* de l'incommensurabilité
 - b) L'incomparabilité comme *imagination* et *projet*
 - 2- L'incomparabilité comme *révéléateur*
 - a) L'argument d'incomparabilité dans le discours du comparatiste
 - b) Peut-on encore juger ? (penser avec Boudon et Taylor)

* Nous tenons à remercier tout particulièrement Louise Rolland, Professeure à l'Université de Montréal, pour avoir bien voulu relire une version précédente de ce travail, pour ses conseils, et avoir éveillé notre réflexion aux boucles de l'objectivité, de la rationalité et de la rhétorique dans le discours juridique. Nous tenons aussi à remercier Marion Blondel, doctorante au C.R.D.E.I. (Bordeaux IV), qui a eu la gentillesse et nous a fait l'amitié de relire une version précédente de ce travail.

« *Cela a-t-il, somme toute, un sens sérieux de poser de pareilles questions ? Nous le savons bien : l'éclaircissement de telles questions ne mène à rien. Il revient au même de ne pas poser la question et de lui faire la sourde oreille.* »¹

Selon Raymond Boudon², le défi actuel que doivent relever les sciences humaines est celui du **pluralisme**. Le Droit constitutionnel qui est un discours, un construit, une intellection, n'y échappe pas. Le *défi du pluralisme* se décline pour le constitutionnaliste à différents niveaux : épistémologique, méthodologique, ontologique et axiologique. Si ces différents niveaux sont interdépendants, nous concentrerons nos propos sur le défi représenté par le *pluralisme épistémologique*. Jean-Guy Belley a tout à fait raison lorsqu'il insiste sur le fait que la science constitutionnelle n'a pas besoin d'hypothèses *ad hoc*, mais bien d'une réelle réflexion sur un *paradigme* pluraliste, le positivisme inhiberait la capacité d'innovation du juriste, *a fortiori*, constitutionnaliste³. Nous organiserons notre réflexion à partir d'une *grille d'analyse constructiviste*. Nous défendrons *la thèse* qu'en re-conceptualisant la pratique quotidienne du juriste comme une activité généralisée de comparaison des droits, le juriste en Droit constitutionnel sera à même d'atteindre le stade de la rupture épistémologique et se confronter aux défis représentés par le pluralisme. Notre *postulat*⁴ de recherche principal sera celui de **la rationalité** : le Droit constitutionnel répond à une rationalité particulière que le chercheur doit prendre en compte ; et, réhabiliter la rationalité axiologique et l'objectivité dans le travail scientifique. Notre *hypothèse* est que seule, en l'état, une structure rationnelle est en mesure d'apporter l'assentiment des juristes au paradigme pluraliste. Insister sur la rationalité axiologique permettra de souligner **trois éléments** : *le premier*, explicite, est qu'il est possible d'évaluer rationnellement des discours de valeurs ; *le deuxième*, implicite, est que derrière toute activité sociale (ou sociétale) il y a la production d'un discours de valeurs (qui demande à être reconstruit) ; *le troisième*, structurel est que le pluralisme n'équivaut en rien à un relativisme. Notre dernière *hypothèse* sera en effet que : seule une double ouverture cognitive et axiologique permet d'obvier les boucles de rétroaction des systèmes juridiques, encore connues en logique sous le terme de paradoxe de la réflexivité de Russell.

Selon Susan Sontag, « *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.* »⁵ Si *l'image photographique* n'est jamais une reproduction fidèle d'une réalité donnée, *l'image* est pourtant bien *la seule réalité signifiante*⁶. L'herméneutique insiste d'ailleurs avec justesse sur l'idée qu'il s'agit d'un *arrêt sur image*, et non un *cliché* ; l'interprétation et la compréhension

¹ HEIDEGGER (M.) *Qu'est-ce qu'une chose ?*, Tel Gallimard, 1971, p. 63.

² BOUDON (R.) *L'art de se persuader des idées fausses, fragiles ou douteuses*, Fayard, 1990. BOUDON (R.) *Le juste et le vrai. Études sur l'objectivité des valeurs et de la connaissance*, Fayard, Pluriel, 1995.

³ BELLEY (J.-G.) *Le Droit comme terra Incognita : conquérir et construire le pluralisme juridique* (1997) 12 :2 Can. J. of Law and Soc. 1. BELLEY (J.-G.) *Paradigmes et innovations : les professeurs de droit et l'avenir des professions juridiques* (1994) 9 :2 Can. J. of Law and Soc. 163.

⁴ BOUDON (R.) *op. cit.* 1990 p. 229 : « *De façon générale, lorsque nous produisons une théorie, nous introduisons sans nous en rendre compte toutes sortes d'a priori sur les relations entre la théorie en question et le monde, sur les mots qu'elle contient, sur la notion de vérité et sur bien d'autres points d'épistémologie, de linguistique ou de « méthodologie.* » »

⁵ SONTAG (S.) *Sur la Photographie, Dans la caverne de Platon*, Œuvres complètes – I, p. 16, Titres 88, 2008. Pour une approche critique, voir BUTLER (J.) *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*.

⁶ GADAMER (H.-G.) *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.* » Trad. GADAMER (H.-G.) *Vérité et Méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, Seuil, L'ordre philosophique, 1996.

sont une re-construction d'un sens en tant que processus dynamique et non une fixation d'un sens objectivement vrai et valide. En conservant cette métaphore filée de la photographie, nous rappellerons alors 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.

Raymond Boudon souleva la notion d'« *effet de Gré* »⁷ : dans tout raisonnement même présentant des prémisses valides et logiques, il y a toujours intégration de présupposés, conscients ou inconscients, crus comme *allant de soi*⁸. Ainsi, il proposait la notion de « *pyramide de Gré*, » rappelant cet enseignement de base en épistémologie : il est nécessaire de multiplier des regards pluriels sur son objet de recherche afin de se réapproprier cet objet de recherche⁹. La notion d'objectivité étant polythétique, il serait possible de réhabiliter une rationalité objective (cognitive comme axiologique) distincte de ce qui est objectivement valide¹⁰ dans le positivisme. 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 ans¹¹, laisser aux juristes la mainmise sur la réalité juridique, c'est entraîner ces derniers sur le chemin de *la dérive mytho-logique* de la rationalité juridique et s'éloigner conséquemment de cet idéal de *l'objectivité scientifique* : la science du droit doit être *interdisciplinaire* et *critique*. Nous qualifierons cette dérive, en suivant Judith Butler, de *dérive tropologique du discours juridique*. Les *tropes* du discours juridique sont donnés comme tels *par* et *aux* juristes ; ils sont implicites parce qu'impensés, voire crus : des *arrêts-de-culture*¹². Le trope clôt doublement : *l'ontologie juridique*, i.e. ce qu'est le droit, et *l'épistémologie juridique*, i.e. comment penser le droit¹³.

Nous adopterons ici ce que l'on qualifie depuis les travaux de Hart¹⁴, *un point de vue externe modéré*¹⁵. 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 paradigme¹⁶ pour les sciences sociales : *le paradigme pluraliste*. Il sera intéressant de voir que le juriste français faisant face à des

⁷ BOUDON (R.) *Le juste et le vrai*, op. cit. p. 102 : « les mécanismes de production des croyances non fondées ne sont autres, dans bien des cas, que les mécanismes ordinaires de la pensée. » Il s'agit d'une confiance accordée de façon métaconsciente.

⁸ *Ibid.* p. 94 : « Il est vrai que certains « cadres de pensée » ne sont pas remis en question par le sujet tant qu'il font sens pour lui. » Cela se rapproche de l'analyse thématique proposée par l'historien des sciences HOLDON (G.) and MORISON (R. S.) (eds.) *Limits of Scientific Inquiry*, Norton and Company, 1979. Et HOLTON (G.) *The Scientific Imagination. Case Studies*, Cambridge University Press, 1978, voir p. VIII : « The extent to which, on certain crucial occasions, the imagination of a scientist may be guided by his, perhaps implicit, fidelity to one or more themata. »

⁹ BACHELARD (G.) *Le nouvel esprit scientifique*, P.U.F., 7^{ème} Éd., 2008, p. 14, « une méthode même excellente finit pas perdre sa fécondité si on ne renouvelle pas son objet. »

¹⁰ *Ibid.* p. 91 : « le positivisme a conduit à donner le statut de l'évidence à l'idée que seules les raisons objectivement valides peuvent avoir une influence causale sur les convictions du sujet social. »

¹¹ LENOBLE (J.) & OST (F.) *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*, P.F.U.S.L., Bruxelles, 1980.

¹² BACHELARD (G.) *Épistémologie. Textes Choisis*, P.U.F., 8^{ème} Éd., 2010, p. 59.

¹³ PONTHOREAU (M.-Cl.) *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. » Voir BACHELARD (G.) op. cit., p. 12 : « La connaissance scientifique est toujours la réforme d'une illusion. » Il précise, p. 15 : « L'être pensant pense une pensée connaissante. Il ne pense pas une existence. »

¹⁴ LOISELLE (M.) *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.

¹⁵ OST (F.) & Van DE KERCHOVE (M.) op. cit. p. 29.

¹⁶ GUBA (E.) *The Alternative Paradigm Dialog*, in GUBA (E.) (ed.) *The Paradigm Dialog*, Sage Publ., 1990, spéc. pp. 17 et s.

obstacles épistémologiques refuse cette transition paradigmatique¹⁷. 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. Nous adopterons cette définition de la réalité (juridique) proposée par Bachelard, « *le réel n'est jamais « ce qu'on pourrait croire » mais il est toujours ce qu'on aurait dû penser.* »¹⁸ Il poursuit, « *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.* »¹⁹

Le choix a été fait ici d'adopter *une grille d'analyse constructiviste*, à partir des travaux fondateurs de Peter Berger et Thomas Luckmann²⁰. Ce choix, illustré par la notion *d'images*, permettra de mieux saisir les liens entre le juriste et son objet : en s'inspirant de leur grille, voici comment fonctionne selon nous le *champ constitutionnel*, la *cartographie constitutionnelle*²¹. Cet ouvrage²², ainsi qu'un suivant²³, démontre bien les difficultés des sciences sociales face à la question du pluralisme. Cette approche met l'accent sur le rôle joué par les institutions chargées de communiquer des univers de sens. L'identité du sujet est une constellation d'identités subjectives qui marquent la pluralité des réseaux de socialisation de l'individu. La pluralité des mondes, des valeurs, des univers symboliques est en conflit permanent et dynamique, voire structurant, entre sujets, mais aussi au sein du sujet lui-même. Ces auteurs partent de l'idée première que la réalité est construite socialement. Cette construction est *ternaire* : d'abord, la réalité se construit dans l'intersubjectivité et la typification sociale ; ensuite, la société est vécue comme une réalité objective ; enfin, la société est vécue comme une réalité subjective²⁴. Ainsi, « *la société possède une facticité objective. Et est construite grâce à une activité qui exprime un sens subjectif.* »²⁵ Ces auteurs rappellent bien (p. 72) que le sujet peut se mouvoir, à travers ses choix, entre plusieurs mondes de sens. Certaines de ces réalités sont des méta-réalités qui organisent précisément notre perception unifiée et cohérente du réel²⁶. Ces méta-réalités sont intersubjectives, par le

¹⁷ CHALMERS (A. F.) *Qu'est-ce que la science ?* POPPER, KUHN, LAKATOS, FEYERABEND, Biblio essais, le Livre de poche, 1987, p. 17.

¹⁸ BACHELARD (G.) *Épistémologie. Textes Choisis*, P.U.F., 8^{ème} Éd., 2010, p. 9 : « *À la fin du siècle dernier, on croyait encore au caractère empiriquement unifié de notre connaissance du réel* » et p. 158. Voir aussi, BACHELARD (G.) *Le nouvel esprit scientifique*, P.U.F., 7^{ème} Éd., 2008, p. 9, « *alors que la chose en soi est un noumène par exclusion des valeurs phénoménales, il nous semble bien que le réel scientifique est fait d'une contexture nouménale propre à indiquer les axes de l'expérimentation. L'expérience scientifique est ainsi une raison confirmée.* »

¹⁹ *Ibid.* p. 159.

²⁰ VILLA (V.) *La science juridique entre descriptivisme et constructivisme*, in AMSELEK (P.) (dir.) *Théorie du droit et science*, P.U.F., 1994, p. 288. WATZLAWICK (P.) *La réalité de la réalité. Confusion, désinformation, communication*, Essais, Points, 1978. WATZLAWICK (P.) (dir.) *L'invention de la réalité. Contributions au constructivisme*, Essais, Points, 1988.

²¹ Nous empruntons cette métaphore de la carte à ZIMAN (J.) *Reliable knowledge. An exploration of the grounds for belief in science*, Cambridge University Press, 1978, pp. 77 et s. Cette métaphore a d'importantes conséquences, p. 82 : « *the way we try to improve or correct a map, we note that it is multiply-connected : it cannot be significantly altered at one point without repercussions in the neighbourhood. The surveyor deliberately collects redundant data so that the locations of the main features of the map are over-determined* » (nous doublignons). Plus important encore, p. 85 : « *the map metaphor for science preserves us from a vulgar fallacy – the tendency to conflate scientific knowledge with the material reality that it purports to describe. No sane person would suppose a map to be identical with the land that it represents.* »

²² BERGER (P.) et LUCKMANN (T.) *La construction sociale de la réalité*, Armand Colin, 2010.

²³ BERGER (P.) et LUCKMANN (T.) *Modernity, Pluralism and the crisis of meaning. The orientation of modern man*, Gütersloh : Bertelsmann Foundation, 1995.

²⁴ *Id.*, 2010, p. 128 : « *L'extériorisation et l'objectivation sont des moments dans un processus dialectique continu. Le troisième moment, dans ce processus, est l'intériorisation.* »

²⁵ *Id.*, 2010, p. 66.

²⁶ Voir ces propos (p. 77) : « *Comparées à la réalité de la vie quotidienne, les autres réalités apparaissent comme des domaines finis de sens, inscrits à l'intérieur d'une réalité souveraine marquée par des significations restreintes et par des modalités spécifiques d'expérience. La réalité souveraine les enveloppe de tous côtés, et la conscience revient toujours à la réalité souveraine, comme si celle-ci était le point de départ d'une excursion.* » De même, voir p. 147 : « *quand les individus*

truchement notamment du langage. Le sujet appréhende la réalité sociale à partir d'un certain nombre de typifications (cf. JELLINEK), d'images intégrées. Au travers des interactions sociales, le sujet reconstruit sa réalité grâce à des schémas typificateurs, hiérarchisés en fonction d'une certaine structure de pertinence. La réalité sociale n'existe non comme quelque chose *en-soi*, mais elle est construite et vécue sur le mode de l'image, qui échappe en quelque sorte à la communauté qui l'a construite pour acquérir une réalité *per se*.

Les institutions produisent deux types de schémas : des schémas cognitifs et des schémas normatifs. L'institution est une habitude qui se prolonge dans le temps et sur le mode de l'oubli : l'historicité permet l'objectivité²⁷. Étant vécue comme objective, la réalité sociale se doit d'être transmise aux générations suivantes. Leurs propositions permettent de soulever des zones d'ombres des schémas typificateurs : la relation d'intersubjectivité, la reproduction typificatoire, la transmission aux générations. Le monde institutionnel doit alors être légitimé, *i.e.* produire des modes d'explication et de justification. Ces modes de justification peuvent être mythologiques, scientifiques ou philosophiques. Le positivisme a fait le choix par exemple d'une légitimation scientifique²⁸. Ils sont assortis de procédures de contrôles sociaux et de sanctions. Le cas échéant, toute *déviance* est caractérisée comme une *déviante* par rapport à la réalité.

La création et l'objectivation de cette réalité sont en production continue. La partie qui nous intéressera encore davantage sera ce qu'ils appellent *la sédimentation, la réification et la tradition*²⁹ et qui permettra de comprendre comment le positivisme formaliste s'est imposé. La « *recette de base* » de cet oubli est la production d'une réalité ontologique indépendante³⁰.

La difficulté inhérente au Sujet juridique est : *comment fait-il pour agencer entre elles les différentes institutions auxquelles il est partie ? Comment comprendre la fragmentation des institutions entre deux idéaux-types : une institution totale (positivisme radical) et une fragmentation totale des espaces sociaux (pluralisme radical) ?* Lorsque l'on pose la question de la relation entre les différentes institutions entre elles, à la manière de Gunther Teubner par exemple, l'on évoque un côté pathologique de la construction sociale de la réalité qui est la sédimentation et l'on passe sous silence le troisième moment qui est l'intériorisation³¹. L'individu fait face « *à une compétition pluraliste entre les sous-univers de signification.* » Ainsi, « *il va sans dire que cette multiplication des perspectives accroît grandement le problème de l'établissement d'une enveloppe symbolique stable pour la société entière.* »³² Une réalité construite est vécue comme une réalité *out there*, et ce processus est oublié. La rationalité permet d'expliquer les créations objectivées, et les valeurs permettent de justifier ces créations en leur offrant une « *dignité normative.* » Les auteurs présentent quatre niveaux de légitimation (cognitive et normative) : le premier vient avec la transmission d'un système d'objectivations linguistiques ; le deuxième est rudimentaire, proposant différents schémas

commencent à réfléchir à ces matières, ils affrontent le problème de lier entre elles ces différentes représentations dans un tout cohérent et porteur de sens. »

²⁷ Voir (p. 124) : « *les institutions sont maintenant vécues en tant que détentrices d'une réalité propre, une réalité qui affronte l'individu comme un fait extérieur et coercitif.* »

²⁸ BOUDON (R.) *Le juste et le vrai*, op. cit. p. 184 : « *Pour le positivisme, la seule forme valide d'argumentation est celle de la démonstration scientifique. Les autres sont tenues pour incapables de créer la conviction.* »

²⁹ Voir (p. 166) : « *la réification implique que l'homme est capable d'oublier sa propre création du monde humain, et même davantage, que la dialectique entre l'homme, la production, et son produit, est perdue pour la conscience.* »

³⁰ FEYERABEND (P.) *Contre la méthode*, Essais, Sciences, 1979, p.43 : « *Si la décision initiale est maintenant oubliée ou entendue implicitement* » (...) « *Elle renforcera la décision, ou la transformera en une décision explicite, et ainsi, le cercle sera refermé. Voilà comment des évidences empiriques peuvent être créées par un procédé qui fait appel, pour se justifier aux évidences mêmes qu'il a produites.* »

³¹ Voici ce qu'oublie TEUBNER dans sa démonstration, p. 167 : « *c'est-à-dire que l'homme, paradoxalement, est capable de produire une réalité qui le nie.* »

³² Voir sur cette question le très intéressant : MACLURE (J.) *Récits identitaires. Le Québec à l'épreuve du pluralisme*, TAYLOR (C.) (préf.), Éd. Québec Amérique, 2000, p. 184 et s.

d'explication reliant des ensembles de significations objectives. Le troisième est explicite, un secteur institutionnel est légitimé en termes de corps différencié de connaissance. Le quatrième est de l'ordre des univers symboliques, l'ordre institutionnel est présenté comme une totalité symbolique : (p. 176) « *l'univers symbolique est conçu comme la matrice de toutes les significations socialement objectivées et subjectivement réelles.* » Cette évolution décrit parfaitement, à notre sens, la légitimation du positivisme. Le stade suivant est donc celui de la cristallisation de l'univers symbolique, ce dernier exerçant **une fonction nomique** dans le monde ainsi créé. Cet univers est maintenu grâce à ce qu'ils appellent des « *machineries conceptuelles* » : jusqu'à quel point l'univers est compris comme allant de soi. Le lieu de compétition entre ces différents univers sociaux est l'individu. Voici le problème qui nous intéresse (p. 217) : « *quoi que les experts fassent, la situation pluraliste transforme non seulement la position sociale des définitions traditionnelles de la réalité, mais également la façon dont celles-ci sont maintenues dans les consciences des individus.* » Ils poursuivent (p. 218) : « *le pluralisme encourage à la fois le scepticisme et l'innovation et il est donc naturellement subversif vis-à-vis de la réalité allant de soi du statu quo traditionnel.* »

Cette présentation schématique recouvre en réalité **deux situations**. **La première situation** peut être qualifiée d'ontologique : soit on a une institution *politique* centrale qui produit un Droit constitutionnel (monisme constitutionnel, souveraineté), soit on a une multitude d'institutions *politiques* productrices de Droit constitutionnel (pluralisme constitutionnel), soit on a une multitude d'institutions *sociales* productrices de Droit constitutionnel (*societal constitutionalism*). En adoptant l'idée que le Droit constitutionnel est une notion polythétique, soit la production du Droit constitutionnel est descendante (*up-down*), soit au niveau de l'intériorisation, l'individu produit sa propre structure constitutionnelle identitaire (*bottom-up*). Il va sans dire qu'entre les deux positions les présupposés sont modifiés : la première insiste sur l'origine de la norme, sa validité formelle et sa sanction ; la seconde insiste sur l'effectivité et les représentations des normes, et les identités juridiques multiples. **La seconde situation** peut être qualifiée d'épistémologique et illustre la configuration du champ disciplinaire : soit on a une institution doctrinale centrale qui impose un paradigme dominant du Droit constitutionnel (positivisme ou pluralisme), soit on a une fragmentation des paradigmes de construction du Droit constitutionnel, donc des discours de légitimation et des univers symboliques. La seconde question déterminera la première. Il nous apparaît que la dernière solution est la plus pertinente sur le plan scientifique, que nous caractériserons de *pluralisme épistémologique*. En ce sens, nous nous prononçons pour une généralisation de la comparaison des droits conçus comme *critique épistémologique*. **Face à cette situation**, plusieurs solutions sont envisageables et rétroagiront sur la construction de la comparaison des droits comme critique épistémologique : Soit, l'on juge un paradigme meilleur qu'un autre en fonction de *causes implicites* (positivisme par rapport au pluralisme notamment) ; Soit, l'on juge un paradigme meilleur qu'un autre en fonction de *raisons objectives* (position de Raymond Boudon ou de Charles Taylor) ; Soit, l'on ne conclut pas, en jugeant que les paradigmes sont *incommensurables* (*relativisme relatif* de Kuhn ou *anarchisme scientifique* de Feyerabend). En regard de notre postulat de départ, seule la seconde option nous apparaît comme rationnelle. Nous dirons qu'en lui-même, le projet pluraliste est porteur de l'idée d'une *horizontalisation* du discours constitutionnel³³.

Le choix d'un paradigme peut être objectif, valide et *vrai*, voire un *progrès* (ces notions étant polythétiques) dès l'instant où il est compris comme un exercice de persuasion³⁴. *Dès lors, si le Droit constitutionnel est un discours, une structure identitaire et une science,*

³³ ANDERSON (G.) *Constitutional Rights after Globalization*, Hart Publishing, 2005. TUSHNET (M.) *The inevitable Globalization of Constitutional Law* (2009) 49:4 Virg. J. of Int'l. L. 985.

³⁴ BOUDON (R.) *op. cit.* 1990, spéc. pp. 225-228.

faut-il voir le Droit constitutionnel comme une méta-institution ? Faut-il voir les Droit(s) constitutionnel(s) comme des institutions concurrentes ? Faut-il voir le Droit constitutionnel comme ce qui est intériorisé par l'individu ? Ces questions font en réalité face à trois manifestations de ce que Raymond Boudon appelle des « *effets de Simmel* »³⁵ : l'essentialisme linguistique, la dialectique hégélienne et la connaissance unitaire (une cristallisation de croyances). Ces *a priori épistémologiques* sont de complexité variable. Ainsi, en admettant que le dogme de la vérité unique est ébranlée à partir du moment où un paradigme concurrent est institutionnalisé, on admettra avec Raymond Boudon que le discours constitutionnel est en situation de « *vérités multiples* » : « *soit lorsque le même sujet peut être traité dans des langages différents et intraduisibles l'un dans l'autre, soit lorsque sa complexité oblige au choix.* »³⁶

En simplifiant, le paradigme pluraliste serait alors 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.* »³⁷ 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 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 droit, ou plus simplement, une *pré-science* au sens kuhnien. Thomas Kuhn 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*.

Le comparatiste est donc ce photographe, muni de son appareil photo, choisissant le cadre. Il est 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. Si l'activité épistémologique de comparaison est *une mise en évidence*, elle est aussi *une prise de conscience*. 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, si la comparaison des droits est pensée comme critique épistémologique, comment comparer des incomparables ?** 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*

³⁵ BOUDON (R.) *op. cit.*, 1990, spéc. p. 13 : « *Ce que Simmel suggère c'est que toute argumentation est plongée dans un cadre implicite, en l'occurrence dans un système de propositions considérées avec de bonnes raisons par le sujet connaissant comme allant de soi. Or, ce cadre peut affecter ses conclusions et, partant, ses croyances exactement comme les cadres perceptifs qu'il met en œuvre affectent ses perceptions.* »

³⁶ *Ibid.* 1990, p. 286.

³⁷ *Ibid.* p. 54.

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 ? »³⁸ 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. »³⁹ Qu'est-ce que cet horizon de jugement comparatif, sinon un pluralisme épistémologique ?

I- Le Droit constitutionnel comme image(s)

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, l'éponge⁴⁰ : « ces phénomènes, on les exprime : on croit donc les expliquer. On les reconnaît : on croit donc les connaître. » C'est ce qu'il appelle un obstacle verbal ou nominaliste⁴¹. Cette confiance dans la clarté d'une image empêche selon lui de désarticuler le réel et obère toute entreprise scientifique. Il qualifie cela de *privilège* ou de *valorisation épistémologique*⁴². S'agissant du Droit constitutionnel, l'on croit connaître le Droit constitutionnel, car on le nomme comme étant le droit de l'État souverain, et plus précisément dans sa version de positivisme formaliste. 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 constitutionnel par son *sujet*, mais bien par son *objet*⁴³, 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 paradigmatique. 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*. S'il est trop tôt ou trop exagéré de considérer que la doctrine constitutionnelle canadienne a adopté un nouveau paradigme de construction du Droit constitutionnel faisant du pluralisme une *science normale*, il nous semble plus correcte d'évoquer un discours en transition⁴⁴.

1- L'image constitutionnelle comme phénomène constitutionnel

Si la notion d'*image* est relativement courante et ancienne au sein des théories épistémologiques, les juristes ne s'y sont intéressés que récemment⁴⁵. Les épistémologues⁴⁶ s'y sont intéressés d'abord pour justifier que seule la science était en mesure de produire des *images* objectivement valides duréel (positivisme) ; ils s'y sont intéressés ensuite pour

³⁸ BUTLER (J.) *op. cit.*, p. 145.

³⁹ *Ibid.* p. 156.

⁴⁰ BACHELARD (G.) *op. cit.*, 2010, p. 174.

⁴¹ BACHELARD (G.) *La formation de l'esprit scientifique*, Vrin, 2004, pp. 89 et s : « Nous voulons dans ce court chapitre être encore plus précis et considérer un cas où **une seule image**, ou même un seul mot, constitue toute l'explication » (nous soulignons).

⁴² *Ibid.* p. 100.

⁴³ PONTTHOREAU (M.-Cl.) *op. cit.*, 2010.

⁴⁴ COUTU (M.) *Crise du droit du travail, pluralisme juridique et souveraineté* (2007) 12 :1 Lex Electronica spéc. p. 11.

⁴⁵ Voir le très intéressant ouvrage : LAJOIE (A.) *Jugements de valeurs*, P.U.F., 1997, p. 132 qui aborde la notion d'*image* dans une perspective herméneutique : « un filtre personnel à chacun, à travers lequel la réalité est perçue. » Cela fait référence à la seconde partie du travail de GADAMER et perd une partie de la richesse du mot *image*. Dans le même ordre d'idée nous renvoyons aux très intéressants travaux de Marie-Claude GERVAIS : *Le rôle de l'interprétation judiciaire : une critique herméneutique de la théorie positiviste*, Mémoire (LL.M.) Université de Montréal, 1995. Et, *Conjoncture et historicité de l'accession de la norme à sa juridicité : les droits linguistiques au Canada*, Doctorat (LL.D.) 2005.

⁴⁶ Voir pour une perspective intéressante : FEYERABEND (P.) *op. cit.*, pp. 251 et s.

dénoncer, l'imposition d'une image scientifique au détriment d'autres possibles ; ils s'y sont intéressés enfin pour avouer que les seuls phénomènes que travaille le scientifique sont des images, et que la réalité *est* images⁴⁷. C'est surtout ce dernier point que nous relèverons.

(a) Dans un ouvrage majeur publié en 1989, *Images of a Constitution*⁴⁸, William Conklin a approfondi cette problématique. Le cadre théorique de son ouvrage est la théorie de l'interprétation proposée par le cercle herméneutique de Gadamer⁴⁹. 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'interprétation⁵⁰. Cela démontre que malgré l'ensemble des querelles de méthodes, l'interprète ne se détache jamais (et heureusement) de l'objet à interpréter. Ce qui fait la grande originalité de l'ouvrage de Conklin est de montrer la profondeur heuristique de la notion *d'image*, de même que de s'intéresser à une partie de l'œuvre moins connue de Gadamer, pourtant essentielle.

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 *scientificiser* cette connaissance. Ainsi le comparatiste doit bien prendre conscience qu'il fait face à des images, d'où la nécessité de la rupture épistémologique, il ne doit reproduire ni les préjugés traduisant son intégration (perspectivisme), ni les préjugés de la communauté comparée (point de vue interne a-critique). Le Droit constitutionnel est donc bien selon Conklin un discours constitué par des *images partagées* de la Constitution, qui se sont imposées comme telles ; chaque question sociale, contextuée est l'occasion de réaffirmer cette prégnance imaginaire du discours constitutionnel (le Droit constitutionnel *fondationnel*). *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 cadre. Thomas Kuhn utilise la métaphore du *joueur d'échec* : la stratégie juridique dans le cadre des règles imposées du jeu et dans l'espace du plateau de jeu⁵¹. **(2) Une question constitutionnelle**, lorsqu'un opérateur du système en vient à interroger les limites de ce cadre. L'on peut alors faire face à une concurrence d'images. *L'image constitutionnelle* reproduit donc l'idéologie constitutionnelle dominante. 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*. *L'image* est un réseau structurant de préjugés.

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

⁴⁷ Voir le très intéressant : ZIMAN (J.) *op. cit.* p. 86 : « *it is clear that a picture is designed to give the semblance of reality, as experienced by the individual observer. At its best, it tells us about the world of our conscious experiences, from which, eventually, scientific knowledge is to be derived* » (nous soulignons).

⁴⁸ CONKLIN (W. E.) *Images of a constitution*, University of Toronto Press, 1989.

⁴⁹ Dans une littérature plus qu'abondante, nous renverrons aux deux ouvrages belges précités : OST (F.) & LENOBLE (J.) *op. cit.*, 1980, et OST (F.) & Van DE KERCHOVE (M.) *op. cit.*, 1988.

⁵⁰ Voir PONTTHOREAU (M.-Cl.) *op. cit.*, 2010, spéc. p. 68.

⁵¹ KUHN (T. S.) *La structure des Révolutions Scientifiques*, Flammarion, 2008, p. 200; la notion du *jeu* a aussi été plus récemment utilisé par le juriste belge François OST.

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 du 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). Plusieurs éléments démontrent que la lecture constitutionnelle française de la réalité constitutionnelle canadienne fait apparaître des points de tension. D'une part, le Canada n'est devenu juridiquement souverain que lors du rapatriement de sa Constitution en 1982 (même si à partir de la Conférence de Westminster de 1931 l'on accordait une souveraineté internationale au *Dominion*), ce qui n'empêchait pas la doctrine de parler d'une Constitution et d'un Droit constitutionnel dès la conclusion de la Confédération de 1867. Ensuite l'élément *fédéralisme* interroge aussi les liens établis entre un État souverain et une Constitution : *comment rendre cohérent théoriquement une théorie constitutionnelle de la Fédération ?* S'agissant encore de l'histoire constitutionnelle canadienne, la *Déclaration Royale* de 1763 qualifie de *constitutionnels* certains traités conclus avec des communautés autochtones (sans que ces dernières ne soient reconnues comme disposant de la personnalité internationale). S'agissant plus spécifiquement de la Constitution formelle, avant 1982, le Canada ne présentait pas de Code constitutionnel : il y avait la *Loi Constitutionnelle, 1867*, qui fait référence dans son préambule à la tradition constitutionnelle (surtout non écrite) britannique. Il y a donc des dispositions écrites et des conventions de la Constitution. Même depuis l'enchâssement en 1982 d'une clause de suprématie d'une Constitution formelle à la section 52 de la *Loi Constitutionnelle, 1982*, la liste ne semble pas exhaustive puisque la Cour Suprême est venue ajouter des textes de forme constitutionnelle par une interprétation systémique. Ainsi, la Cour suprême distingue une Constitution *formelle* et une Constitution *matérielle*, *i.e.* des textes qui n'appartiennent pas à la Constitution formelle, mais qui sont de *saveur constitutionnelle*. La Cour suprême et la doctrine ont d'ailleurs pu développer une catégorie intermédiaire de normes *quasi-constitutionnelles*. Les difficultés deviennent même plus importantes lorsque l'on prend en considération l'enchâssement de la *Charte des Droits et Libertés* de 1982. Outre le fait que la garantie des droits et la souveraineté parlementaire sont difficilement conciliables, les dispositions de la *Charte* et la jurisprudence de la Cour suprême viennent interroger clairement une lecture en termes de hiérarchie des normes. D'abord, une norme infra-constitutionnelle peut servir de support définitoire à une norme constitutionnelle. Ensuite, des valeurs infra-constitutionnelles ou étrangères peuvent aider à l'interprétation de la *Charte*. Enfin, et surtout, les *sections 1 et 33* de la *Charte*, clause dérogatoire judiciaire pour la première, et législative pour la seconde, viennent permettre à ce qu'une norme de degré inférieur prévoit elle-même explicitement sa non conformité à une disposition constitutionnelle. Ceci démontre à notre sens clairement les difficultés auxquelles fait face le comparatiste française s'il cherche à décrire le Droit constitutionnel canadien en des catégories forgées au sein de sa tradition constitutionnelle.

Il ressort de tout ceci, et très schématiquement, que ce qui fait la spécificité de la dimension constitutionnelle au Canada est d'abord, d'être *une structure identitaire*, libérale et multiculturelle, qui ne se confond ni avec un État souverain, ni une Nation, ni une République. La Constitution ne fournissant pas de règles d'interprétations formelles, cette dimension identitaire se retrouvera lorsque la Cour interprétera les valeurs irriguant le Fédéralisme Canadien, et les valeurs irriguant la *Charte des Droits*. Ensuite, l'on s'intéresse à *l'objet* constitutionnel avant une certaine *forme* constitutionnelle. *L'Ordre constitutionnel* canadien n'a rien d'une hiérarchie des normes.

(b) L'on pourrait aisément s'en tenir ici. Cependant, nous souhaiterions aller plus loin en réexaminant les perspectives ouvertes par l'herméneutique gadamérienne pour démontrer que *les images constitutionnelles* sont le *phénomène constitutionnel*, au sens de la phénoménologie du droit. Nous souhaitons démontrer que les objets du constitutionnaliste sont des *images constitutionnelles*. La notion d'*Image (Bild)* chez Gadamer n'est pas la notion qui est la plus étudiée par les juristes, voire pas du tout. Elle appartient à la première partie complexe de *Vérité et Méthode* où ce dernier tente de proposer une nouvelle herméneutique à partir de l'exemple artistique. Ainsi, *l'image* n'est pas que textuelle ; bien que médiatisée par le langage. Il faut noter que ce dernier écrit dans la perspective ouverte par Heidegger dans *Être et Temps*, avec sa distinction de *l'être* et de *l'étant*. Gadamer tente de cerner l'essence de l'image en la distinguant de la copie (*Abbild*) ou de reproduction (*Abbildung*)⁵². La copie supprime son « *être-pour-soi*, » elle est au service total du modèle, à la différence de *l'image* qui n'a pas pour finalité de se supprimer elle-même (p. 156). Ce qui est important avec *l'image*, ce n'est pas qu'elle est une copie fidèle du représenté, mais *la manière avec laquelle* le représenté s'y représente. La représentation, *l'image*, fait alors partie de la chose représentée. La démonstration se complique car pour assurer *l'être* du représenté, l'image fait valoir son *être propre*. L'image *dit* donc quelque chose sur le modèle, sans en être la copie. *L'image* a une réalité autonome. Gadamer va alors retourner la situation et aller plus en avant : « *le fait que l'image ait une réalité propre implique en retour pour le modèle que ce soit dans la représentation qu'il se présente. Il s'y représente en personne. Ce qui ne signifie pas nécessairement que sa manifestation soit liée à telle ou telle représentation. Il a d'autres façons de se représenter comme ce qu'il est* » (p. 158). Cela signifie au moins deux choses. **Tout d'abord**, le modèle dispose d'un *surcroît d'être* dans sa représentation, le statut ontologique de l'image se réfléchit sur le statut ontologique du modèle. L'image est alors la seule à permettre au représenté de prendre corps en image. Il ne s'appartient plus, puisque son être implique essentiellement qu'il se montre en images à l'endroit desquelles l'on formule des attentes. L'on arrive ainsi au très beau paradoxe (p. 160) : « *aussi paradoxal que cela puisse sembler, ce n'est qu'à l'image que le modèle se doit de devenir image ... et pourtant l'image n'est rien d'autre que la manifestation du modèle.* » On doit alors comprendre l'image comme une manifestation ontologique, c'est-à-dire le processus par lequel l'être arrive à une forme sensée et intelligible. *L'image* a donc part à *l'être* de ce qu'elle représente. **Ensuite**, cela signifie que l'être se manifeste sous différentes images : une image n'épuise pas l'être du modèle, bien qu'elle y participe.

Que peut-on en retirer pour notre sujet ? Nous partons de l'idée que l'on ne peut avoir la prétention de définir ce qu'est l'essence du Droit constitutionnel qui est un terme *polythétique* : c'est-à-dire que sa signification dépend des différents contextes dans lequel l'expression est employée sachant que nous l'employons dans un horizon de sens commun, de parenté. On peut en retirer l'idée que le Droit constitutionnel se manifeste sous forme *d'images* qui sont dépendantes de la relation entre l'observateur et le supposé modèle. Tout autant qu'elle se donne à voir, l'image est construite par des présupposés implicites de celui qui observe l'image. Il est important de garder en tête que ces présupposés sont épistémologiques, méthodologiques et axiologiques. Ainsi, une *image* n'épuise pas le Droit constitutionnel, en regard de ce que Gadamer a appelé la valence ontologique de *l'image*. Lorsque le comparatiste étudie un Droit constitutionnel étranger, il serait alors en attente d'image, auquel doit (ou non) se conformer le modèle. Le Droit constitutionnel n'existerait alors que dans la pluralité des images le représentant. Chaque image est, on l'a vu

⁵² *Op. cit.* spéc. p. 152 et s.

précédemment, un réseau structurant de préjugés. Ainsi, il faut bien conclure que *les images constitutionnelles* doivent être comprises comme **la phénoménologie constitutionnelle**.

Cette conclusion a plusieurs conséquences. **Tout d'abord**, ces images sont intériorisées et la notion de Droit constitutionnel est polythétique. Ainsi, pour le sujet qui intériorise ces images, ce qui fait le lien entre ces définitions, c'est le caractère identitaire du Droit constitutionnel. Le Droit constitutionnel est une structure identitaire, une narration identitaire. Elle ne se confond plus avec l'identité nationale, mais au contraire elle est pensée dans la pluralité des horizons identitaires du sujet. **Ensuite**, même si le Droit constitutionnel fait sens dans la pluralité des images le représentant, souvent une image est imposée comme seule représentation possible du Droit constitutionnel. L'on fait alors face à ce que l'on pourrait appeler une phénoménologie moniste du Droit constitutionnel. **Enfin**, les images constitutionnelles sont médiatisées par le langage. C'est ainsi que l'on peut étudier *les dérives tropologiques* du discours juridique. Dans un très bel ouvrage, Marie-Claude Prémont⁵³ démontre que l'idéologie du droit se révèle dans l'utilisation du langage juridique. Étudiant l'image positiviste dominante du Droit (et constitutionnel en particulier), elle démontre que le fonctionnement de la logique juridique produit des opérateurs *méta* au sein du discours juridique qui viennent organiser ce droit. Ces opérateurs *méta*, d'organisation et d'application se manifestent respectivement sous la forme de métaphores et de métonymies : « *Métaphore et métonymie, entendues non pas comme figures de style mais comme processus élémentaires de la pensée, nous apparaissent donc comme les mécanismes fondamentaux de la logique juridique* » (p. 15). Ainsi, nous pouvons succinctement rappeler que la métaphore structurante du Droit constitutionnel est ... la hiérarchie des normes. Cette dernière ne répond pas à une réalité *out there* du Droit constitutionnel, elle est une image constitutionnelle et même un aspect pathologique car elle est caractéristique de ce que l'on appelle en linguistique une **dérive catachrétique** : la métaphore remplace ce qu'elle est censée illustrer.

En disposant des images constitutionnelles comme phénomène constitutionnel, l'objet du juriste s'est densifié et complexifié. Il participe de cette généralisation du modèle comparatiste comme critique épistémologique à l'activité quotidienne du juriste.

2- Le contentieux constitutionnel comme concurrence d'images constitutionnelles

Après avoir démontré que les images constitutionnelles sont les *phénomènes constitutionnels* du juriste, nous souhaitons démontrer que la concurrence des images constitutionnelles est *le contentieux constitutionnel*.

(a) 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 mélangent. 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

⁵³ PRÉMONT (M.-C.) *Tropismes du droit. Logique métaphorique et logique métonymique du langage juridique*, Le droit aussi..., Liber / Thémis, 2003.

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*. La distinction entre une *image* et un *paradigme* est alors évidente : deux paradigmes sont incommensurables, l'on voit que ce n'est pas le cas des images de Conklin. 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.

Au contraire, en envisageant le *contentieux constitutionnel* comme concurrence entre images constitutionnelles, il est possible d'élargir et d'enrichir l'approche traditionnelle des constitutionnalistes. **Tout d'abord**, la notion de contentieux constitutionnel ne serait pas alors organisée autour d'un juge constitutionnel, ce qui permettrait de rappeler que la jurisprudence constitutionnelle n'épuise pas l'ensemble du Droit constitutionnel. **Ensuite**, cela permettrait d'horizontaliser le contentieux : d'une part, un contentieux constitutionnel identitaire peut naître au sein du sujet juridique connaissant, et d'autre part, un contentieux constitutionnel peut naître entre deux sujets juridiques, et non plus entre l'État et un sujet juridique. **Enfin et particulièrement**, le contentieux constitutionnel pourrait prendre acte de la complexité identitaire et axiologique qui forme l'horizon identitaire du sujet juridique. L'on a vu que la notion d'image implique des présupposés, notamment axiologiques. Ainsi, une telle perspective permettrait de voir l'Autre bien comme un Autre et non comme le Même. Les valeurs inhérentes seraient distinctes⁵⁴, de même que les procédures de légitimation, comme les structures mythiques et mythologiques du discours juridique⁵⁵. Il permettrait de reconsidérer ce que les anthropologues du droit ont caractérisé de balance entre la rationalité du *logos* et le *mythos*. Le *contentieux constitutionnel* ne serait plus alors un discours de souveraineté, mais un arbitrage, une structure dialogale, un discours de persuasion. Il s'agit de prendre acte de la pluralité des mondes constitutionnels dans lesquels évolue le sujet juridique, liée à la pluralité de ses identités juridiques.

(b) En regard de ce que nous avons précisé en introduction sur la cartographie du champ constitutionnel, nous distinguerons **une image positiviste** et **une image pluraliste** comme images concurrentes pour le Droit constitutionnel. Dans un cas comme dans l'autre il est illusoire de croire les enfermer dans une définition unique⁵⁶.

L'image positiviste⁵⁷, 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 morale⁵⁸. La science du Droit se contente de

⁵⁴ Voir à ce titre le très intéressant ouvrage interdisciplinaire qui affronte la question du pluralisme axiologique et identitaire en contexte normatif, de SCHAHAR (A.) *Multicultural Jurisdictions. Cultural differences and Women's rights*, Cambridge University Press, 2001, spéc. p. 86 : « we should adopt a wider perspective that permits a more respectful understanding of individuals in their multiple, complex and potentially conflicting facets of identity. »

⁵⁵ FITZPATRICK (P.) *The mythology of modern law*, Routledge, 2002 spéc. p. 42 : « Narrative becomes inextricably the form of that mythic ordering constructed or discovered in progression. » Il poursuit, « through narrative, in mythic style, order is created and sustained in tightly linear and irreversible sequences flowing from an origin or an original transition. Through narrative, progressive domination and hierarchy integrally correspond to the sequence's forward thrust. »

⁵⁶ WALINE (M.) *Positivism philosophique, juridique et sociologique*, Mélanges Carré de Malberg, 1933, p. 517.

⁵⁷ SCARPELLI (U.) *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, L.G.D.J., 1996, spéc. p. 13 et s.

⁵⁸ Sur ce point, voir PONTTHOREAU (M.-Cl.) *op. cit.*, 2010, p. 4. Voir WALINE (M.) *op. cit.*, 1933, p. 524 : « le positivisme juridique consiste à n'admettre, comme critérium de la valeur juridique d'une norme, que sa conformité – formelle et

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 Kelsen⁵⁹ 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. 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. La norme fondamentale chez Kelsen marque la nécessité logique de l'ouverture cognitive du système sous peine de tomber dans le paradoxe de la réflexivité de Russell. De nombreuses études ont démontré le caractère prescriptif de l'épistémologie kelsénienne, les croyances, voire les idéologies d'une théorie qui se veut *pure* ; plus largement des théoriciens ont critiqué ce réductionnisme du positivisme⁶⁰. 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 critiquée⁶¹, tant sur le point de la légitimité du droit, de son efficacité que de son caractère formel et désincarné. En général, les critiques ont été formulées par cette doctrine qui permettra l'émergence de la question pluraliste. L'image positiviste est comme l'a montré Nberto Bobbio, une théorie du droit, une méthode et une idéologie. Le positivisme présente de nombreuses variantes, qu'il s'agisse de la tradition anglaise de Austin, avec la notion de sanction, que l'on retrouvera implicitement chez Hart⁶², le réalisme de Dworkin, ou encore le positivisme de Kelsen.

L'image pluraliste, au contraire, s'intéresse à l'aspect matériel du Droit, au Droit légitime⁶³ et au Droit appliqué. Avec une approche interdisciplinaire, l'on peut dire que le pluralisme a été conçu de différentes manières. Elle est née d'abord dans les travaux d'anthropologues⁶⁴ du droit pour démontrer que le Droit suivi par les communautés autochtones n'était pas le Droit étatique, mais le Droit coutumier. Ils s'intéressaient alors à la notion de culture juridique, de pluralité axiologique et les limites de la rationalité juridique occidentale. Les sociologues du droit ont eu recours au pluralisme juridique afin de s'intéresser à la notion d'effectivité de la règle de Droit et de la pluralité des foyers de production normatifs. Il s'agissait de savoir quel Droit était effectivement produit et suivi dans les organisations ou institutions. Les politologues se sont intéressés au pluralisme juridique afin de démontrer la pluralité des centres de pouvoir politique au sein de la société, en concurrence de l'autorité étatique. S'agissant des juristes, dans un versant faible, il reste du positivisme et s'intéresse aux phénomènes de délégation administrative par l'ordre étatique (par exemple chez Santi Romano). Dans un versant fort, il met au même niveau dans le

matérielle – avec une norme prise comme étalon des valeurs juridiques, dans un système juridique donné et que l'on appelle norme juridique fondamentale. »

⁵⁹ KELSEN (H.) *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1962, pp. 118 et s. Voir aussi KELSEN (H.) *Théorie Générale des normes*, Léviathan. KELSEN (H.) *Théorie générale du droit et de l'État*, Dalloz, 2010.

⁶⁰ RENARD (G.) *Qu'est-ce que le droit constitutionnel ? Le droit constitutionnel et la théorie de l'institution*, Mélanges Carré de Malberg, 1933 p. 483, spéc. p. 487.

⁶¹ MILLARD (É.) *Hauriou et la théorie de l'institution* (1995) 30 *Droit et Société* 381, spéc. p. 398.

⁶² FITZPATRICK (P.) *op. cit.* p. 3.

⁶³ WALINE (M.) *op. cit.*, 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. »

⁶⁴ GEERTZ (C.) *Savoir local, Savoir global. Les lieux du savoir*, P.U.F., Sociologie d'aujourd'hui, 3^{ème} Éd., 2002, p. 8. Voir aussi p. 268 : « Exactement comme cela se passe pour toute autre institution établie de longue date, le droit est en train d'apprendre à survivre sans les certitudes qui l'ont mis en action » Voir ROULAND (N.) *L'anthropologie Juridique*, P.U.F., 2^{ème} Éd., 1995.

raisonnement le droit étatique et les autres rationalités juridiques. Cette position s'est développée en contexte canadien surtout après l'adoption de la *Charte Canadienne des droits et libertés* de 1982 et une pluralisation subséquente du discours constitutionnel. Dans le cadre constructiviste que nous avons présenté et s'agissant du cadre théorique pluraliste que nous proposons, il nous semble pertinent de combiner plusieurs auteurs : R. Macdonald, G. Teubner et N. Walker. Nous tentons de prendre acte de la pluralité identitaire du sujet juridique contemporain⁶⁵, la pluralité des discours produits par des institutions normatives, et les spécificités de rationalité constitutionnelle. Une perspective particulièrement féconde serait de partir de la notion de *Legal community* proposée par Cotterrell⁶⁶. Il distingue plusieurs communautés identitaires pour le sujet, certaines étant institutionnellement en mesure de proposer des normes constitutionnelles, d'autres étant plutôt des lectures identitaires de norme constitutionnelle. Seule une telle approche permet de faire droit aux différences qualitatives entre les afférences identitaires variées du sujet. L'image constitutionnelle du sujet est projetée dans l'intériorisation d'un horizon identitaire multiple : les différents discours constitutionnels, de même que les usages identitaires des discours constitutionnels. La grande limite dans le constructivisme de G. TEUBNER est que ce dernier ne prend pas en compte l'intériorisation de la réalité sociale par l'individu.

Ces images sont irréductibles : elles présentent des ontologies, des structures axiologiques et des épistémologies incommensurables, incomparables. Le comparatiste, s'il veut élever son activité au niveau de la rupture épistémologique doit être conscient de la pluralité de ces images du droit constitutionnel, les mettre en évidence et les évaluer de manière critique.

II- Le discours constitutionnel comme *cadre*⁶⁷

L'on a vu précédemment que le phénomène constitutionnel doit être entendu comme des images constitutionnelles. Ces images sont cadrées par le discours juridique dominant. 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 construites⁶⁸. Cette transformation implique dès lors deux choses : mettre fin à la croyance scientifique en une unité du réel juridique et une unité de la connaissance de ce réel juridique. Ces *effets de Simmel* au sein du discours juridique positiviste ne trouvent pas meilleure illustration que les travaux du jeune Professeur Eisenmann, recevant un adoubement implicite de Hans Kelsen lui-même : « *la réalité juridique existe en dehors et indépendamment de lui, et elle seule peut être objet de science.* » Il poursuit, « *la science juridique, comme toute autre, ne saurait avoir qu'un objet, un objet un* » ; il conclut, « *le monde du juriste est nécessairement un et homogène, comme le monde du physicien, comme toute objet de connaissance*

⁶⁵ MACLURE (J.) *Récits identitaires. Le Québec à l'épreuve du pluralisme*, TAYLOR (C.) (préf.), Éd. Québec Amérique, 2000. TAYLOR (C.) *Grandeur et misère de la modernité*, Bellarmin, 2008. MACLURE (J.) et TAYLOR (C.) *Laïcité et liberté de conscience*, Boréal, 2010. TAYLOR (C.) *Les sources du Moi*, Boréal Compact, 2011. TAYLOR (C.) *Multiculturalisme et Démocratie*, Champs Essais, 2009.

⁶⁶ COTTERRELL (R.) *Law's community. Legal Theory in Sociological Perspective*, Clarendon Press, 1995. COTTERRELL (R.) *A legal Concept of Community* (1997) 12:2 Can. J. of L. & S. 75. COTTERRELL (R.) *Law, Culture and Society. Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*, Ashgate, 2006.

⁶⁷ KUHN (T. S.) *op. cit.*, 2008, p. 280 : « *Il n'existe, me semble-t-il, aucune possibilité d'explicitier le sens d'une expression comme « ce qui s'y trouve réellement, » en dehors d'une théorie particulière ; la notion d'une adéquation entre l'ontologie d'une théorie et sa contrepartie réelle dans la nature me semble par principe une illusion* » (nous soulignons).

⁶⁸ HOLDON (G.) *op. cit.* 1978, spéc. p. 135 : « *from the beginning, the process of Analysis and Synthesis forces us to assume a priori the existence of some unitary in nature and in knowing, a unity that is penetrable, fragmentable or made otherwise manageable by the analysis of cognate pieces, and reestablishable by synthesis.* »

scientifique. »⁶⁹ Outre l'imposition aveugle du modèle des sciences de la nature, son raisonnement marque bien trois croyances qui traversent la science juridique française au XXI^{ème} siècle : la réalité juridique existant *out there*, une réalité juridique une, et une science juridique une.

1- *Cadrer une réalité constitutionnelle plurielle*

(a) Comme le démontre le Professeur Atias, le savoir juridique ne peut être présupposé unitaire⁷⁰, 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 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. En ce sens, nous évoquerons *l'appareil photographique* du comparatiste comme *cette double activité de cadrage*. La connaissance unitaire est le premier des obstacles épistémologiques pour Bachelard. François Ost et Michel Van de Kerchove concluent à juste titre que « *l'unification postulée de l'expérience finit par déboucher, de quelque façon, sur un savoir de type théologique.* »⁷¹ La difficulté est ici double : la croyance en une réalité unitaire et en une connaissance unitaire de la réalité unitaire⁷². Selon le philosophe pragmatiste William James cette *dispute* entre le monisme et le pluralisme est le problème central de la philosophie et n'admet surement pas de réponse⁷³.

*Quid de l'applicabilité de la théorie de la connaissance ou de la philosophie des sciences à la science du droit*⁷⁴, à la réalité juridique ? Il est admis relativement aujourd'hui dans le champ de la recherche juridique 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 Professeur Atias rejette par exemple l'applicabilité de la théorie de la falsifiabilité⁷⁵ de Karl Popper en raison de la spécificité discursive et intellectuelle de la réalité juridique. De même, Raymond Boudon démontre que la falsifiabilité n'est pas adaptée lorsque l'on s'intéresse aux théories de théories. Il n'y aurait jamais, dans le champ du droit, de falsification possible que dans le cadre du paradigme qui le construit ; l'on voit rapidement les limites d'une telle assertion. Le praticien comme le théoricien ne pourraient *in fine* adopter de démarche scientifique dans la mesure où il s'agit d'une construction purement intellectuelle. Cela étant cette démarche est critiquable dans la mesure où l'on y retrouve ce postulat que la réalité scientifique *est*, alors que la réalité juridique n'est que construite idéalement à partir

⁶⁹ EISENMANN (C.) *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, KELSEN (H.) (préf.), VEDEL (G.) (forw.), Economica, P.U.A.-M., 1986, p. 41.

⁷⁰ ATIAS (C.) *op. cit.*, 2002, p. 13.

⁷¹ OST (F.) & Van DE KERCHOVE (M.) *op. cit.*, 1988, p. 123.

⁷² OST (F.) & LENOBLE (J.) *op. cit.*, 1980, p. 158.

⁷³ HOLDON (G.) *op. cit.* 1978, p. 139. Il précise : « *we noted that it may be a mark of or time – one that tends to espouse pluralism and to frown on monism – that there is an asymmetry between analysis and synthesis.* »

⁷⁴ HAQUET (A.) *Existe-t-il des critères scientifiques d'évaluation des théories du droit ?* (2000) 30 Droits 163 spéc. p. 168 et s. Il s'agit d'une question qui est idéologique pour un épistémologue comme FEYERABEND. CHALMERS critique avec véhémence une position telle que défendue par HAQUET, *op. cit.* p. 262 : « *je ne sais comment une telle caractérisation générale de la science peut-être établie ou défendue. Les philosophes ne possèdent pas le moyen de légiférer sur le critère à satisfaire pour juger acceptable ou scientifique un domaine du savoir. Chaque domaine de savoir peut être analysé pour ce qu'il est.* »

⁷⁵ CHALMERS (A. F.) *op. cit.*, 1987, pp. 73 et s.

d'une réalité qui *est* : la distinction est faite entre des sciences exactes et des sciences humaines. Il ne pourrait y avoir d'objectivité scientifique puisque la vérification de théories se ferait à partir d'un objet lui-même posé par la théorie à vérifier. En ce sens, certaines critiques épistémologiques françaises reproduisent inconsciemment **les croyances du positivisme sur le caractère unitaire du réel**⁷⁶. Nous voyons qu'un tel présupposé ne serait pas envisageable si nous adoptons les images constitutionnelles comme phénomène constitutionnel.

Le positivisme croit en l'unité du réel et donc de la science le prenant pour objet et champ de vérification⁷⁷. Ainsi, dans ce cadre il est possible pour le juriste de décrire les réalités juridiques de la même manière que l'on décrit les objets sensibles, et surtout les décrire avec la même neutralité qu'un scientifique décrirait une réalité donnée comme telle⁷⁸. 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. Ainsi, se présenter comme positiviste c'est accepter la méthode, la théorie, les valeurs et l'épistémologie positivistes⁷⁹.

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 Amselek, qui « se déploie dans une double direction, en vue de fonder à la fois le statut de l'objet de recherche et le statut de l'activité de recherche tournée vers cet objet. »⁸⁰ 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 unifiée 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. Ce caractère construit des règles de droit est oublié. Carl Schmitt en ce sens évoque l'idée de *métaphysique moniste*⁸¹ : la pureté d'un objet que l'on veut *un* se traduit par *l'unité* du point de vue permettant sa connaissance, et *in fine* par une vision moniste généralisée. Ainsi, même si le positiviste admet que ses objets sont construits, cette construction reçoit *l'onction légitimante* d'un recours à un argument scientifique, qui revient en définitive à une *croyance* en *l'unité* de l'objet et l'unité du réel. Ces *croyances* valent tout autant pour des positivistes étatiques que pour des positivistes formalistes. Le complexe ramené à l'unité logique est *une théologie* pour Schmitt, et nous le suivons en ce sens. 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* »⁸², il s'agit de refuser cette construction idéaliste⁸³ du Droit, qui fait de l'État un axiome, et de prendre acte de la complexité et le caractère pluriel du sujet photographié, donc des images. 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 constitutionnel⁸⁴. Toujours

⁷⁶ Voir HAQUET (A.) *op. cit.* (2000) spéc. p. 163 : « *la science implique en effet l'existence d'une réalité observable ainsi que l'expérimentation de la théorie qui a pour objectif d'expliquer cette réalité.* » Voir OST (F.) & LENOBLE (J.) *op. cit.*, 1980, p. 300.

⁷⁷ Sur cette croyance, voir AMSELEK (P.) *La part des sciences dans les activités des juristes* D. 1997 chr. 337, p. 338 : « *en tant qu'outils construits par l'homme une loi scientifique est aussi peu susceptible d'être dite vraie ou fausse qu'une règle de conduite.* »

⁷⁸ OST (F.) & Van de KERCHOVE (M.) *op. cit.*, 1988, p. 55.

⁷⁹ WALINE (M.) *op. cit.*, 1933, « *en somme, le positivisme est moins un corps de doctrine qu'une méthode* » ; il poursuit, « *il n'est de science que du relatif, parce que là seulement la vérification expérimentale est possible.* »

⁸⁰ AMSELEK (P.) *Éléments pour une définition de la recherche juridique* (1979) 24 A.P.D. 297, p. 298.

⁸¹ SCHMITT (C.) *Théologie Politique (1922-1968)*, nrf, Éd. Gallimard, spéc. p. 30.

⁸² MILLARD (É.) *Famille et Droit Public. Recherches sur la construction d'un objet juridique*, COHENDET (M.-A.) (dir.) 1994, version électronique, p. 20.

⁸³ Sur le rejet de l'idéalisme en épistémologie, voir VIALA (A.) *Philosophie du droit*, Cours Magistral, 2010.

⁸⁴ SCELLE (G.) *Le droit constitutionnel international*, Mélanges Carré de Malberg, 1933, p. 501, spéc. p. 505.

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 épistémologique⁸⁵. François Ost et Michel Van De Kerchove évoquent une science du droit entraînée dans une boucle à l'égard de son objet⁸⁶. La *rupture épistémologique* est le passage de l'axiome de l'unité du réel à la reconnaissance de la complexité des images.

(b) 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 et que l'on ne peut plus recourir à la souveraineté de l'argument de l'unité du réel juridique positiviste, mais bien admettre le pluralisme des 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 l'épistémologie juridique*⁸⁷. Admettre que cet objet est pluriel c'est admettre aussi que l'on ne peut le penser que de manière critique et plurielle : là est pour François Ost LA véritable rupture épistémologique⁸⁸ : certes l'ontologie juridique est plurielle, mais la véritable rupture est de démontrer que cette activité est **cadrée**. « *Ainsi s'élaborent des conceptions du monde, qui ont vocation à résoudre, selon un principe unique, tous les problèmes que pose l'existence.* »⁸⁹

La philosophie de Judith Butler⁹⁰ 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*, cette difficulté se retrouve dans l'activité de comparaison. 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 imparfaite du cadre dans l'activité de comparaison. La violence de ces cadres est bien structurale en imposant ce qu'est la réalité et comment il faut penser cette réalité⁹¹. Cette tension subversive de la comparaison des droits dans la reproduction des cadres est marquée chez Jacques Lenoble⁹². Il s'agit donc **d'un triple cadrage** : ontologique, épistémologique et axiologique. Le discours d'un juriste sur ce qu'est le droit ou sur ce qu'est une question qui s'y pose est guidée par ces cadres implicites de compréhension du monde juridique. La comparaison des droits comme critique épistémologique doit être généralisée comme pratique quotidienne du juriste : la reproduction des cadres est imparfaite et permet ce retour réflexif.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 508.

⁸⁶ OST (F.) & Van DE KERCHOVE (M.) *op. cit.*, 1988, p. 249.

⁸⁷ GEERTZ (C.) *op. cit.*, 2002, p. 8 : « *Elle devient certainement plus pluraliste.* » (...) « *Elle s'éparpille en cadres.* »

⁸⁸ *Ibid.*, p. 171.

⁸⁹ OST (F.) & LENOBLE (J.) *op. cit.*, 1980, p. 344.

⁹⁰ BUTLER (J.) *op. cit.*, 2010.

⁹¹ *Ibid.*, p. 73 : « *Cette opération de « cadrage » obligatoire et dramaturgique devient rarement un élément de ce qui est vu et plus rarement encore de ce qui est dit.* »

⁹² LENOBLE (J.) *L'efficience de la gouvernance par le droit – pour une procéduralisation contextuelle du droit* (2002-2003) 33 R. D. U. S. 13. En étudiant le contexte social, Jacques LENOBLE propose de ne pas le réduire à l'arrière-plan, mais de le considérer comme une fonction logique de l'opération de raison, comme un opérateur réflexif. L'arrière plan et le cadre doivent être compris comme des structures réflexives.

La démonstration réside ici dans le fait que si la réalité constitutionnelle est plurielle, les images constitutionnelles étant le phénomène constitutionnel du juriste, et que cette réalité est cadrée de façon plurielle, il faut voir que **ces cadres sont indépassables**. Nous verrons cela tout d'abord en épistémologie des sciences, puis avec Raymond Boudon s'agissant du jugement rationnel et enfin avec Charles Taylor s'agissant du jugement moral.

Tout d'abord, Paul Feyerabend⁹³ reconnaît que la connaissance scientifique a besoin de cadres : « *il nous faut un monde onirique pour découvrir les caractéristiques du monde réel que nous croyons habiter* » (p. 29). Il précise bien qu'il n'entend pas rejeter tout cadre, mais montrer que tout cadre a ses limites, qu'elles soient épistémologiques, méthodologiques ou axiologiques (p. 30). Un tel théoricien a une croyance profonde en l'idée de progrès (même plus explicite que Kuhn) puisque ce n'est qu'en réalisant les limites de ces cadres que l'on fournira aux scientifiques les conditions du progrès. En ce sens, il se prononce bien plutôt pour une *méthodologie pluraliste* qui est en définitive une pratique de comparaison des paradigmes⁹⁴ (p. 48) : « *la connaissance s'acquiert à travers une multiplicité de conceptions, plutôt que par l'application déterminée d'une idéologie donnée, choisie* » (p. 52). Il précise, « *le pluralisme des théories et des conceptions métaphysiques n'est pas seulement important pour la méthodologie, c'est aussi un élément essentiel dans une perspective humaine* » (p. 53). Arrêtons nous, sur l'historien des sciences Holdon⁹⁵ et sa notion de « *themata*. » Il s'agit de ce qui guide de façon implicite le travail du scientifique. Cela n'a pas ici la connotation négative de *l'obstacle épistémologique* chez Bachelard : « *in many (perhaps most) past and present concepts, methods, and propositions or hypothesis of science, there are elements that function as themata, constraining or motivating the individual and sometimes guiding (normalizing) or polarizing the scientific community* » (p. 8). Il s'agit selon ses termes du troisième axe z, qui vient modifier les coordonnées x-y. Ainsi, même avec les mêmes coordonnées, la représentation spatiale sera différente en raison de ces *themata*. Il en distingue de plusieurs types (p. 9) : (1) *The thematic concept / or the thematic component of a concept* ; (2) *The methodological themata* ; (3) *the thematic proposition of thematic hypothesis*. Nous retrouvons bien ce qui fait un cadre, il faudrait y ajouter en sus les *themata* axiologiques. Il démontre bien que ces *themata* sont toujours à l'œuvre dans le travail scientifique, ce qu'il ne faut pas déplorer, mais au contraire considérer comme une force épistémologique (p. 24). Ces *themata* appartiennent à *l'imagination scientifique*. Il s'agit donc de *cadres analytiques indépassables*, qui permettent une certaine *réflexivité* : « *the scientific picture presented by this sort of theory is inevitably schematic and over-simplified. The danger is that its limitations will not be adequately recognized and that it will be extrapolated recklessly into an all-embracing dogma.* »⁹⁶

Plus rapidement, toute l'argumentation de Raymond Boudon vise à réhabiliter la notion de *rationalité cognitive*. En rappelant que des notions comme l'objectivité, la vérité ou le progrès sont des termes polythétiques, il vise à démontrer que prendre conscience du fait que notre connaissance s'organise et est construite par des cadres n'implique pas un relativisme⁹⁷, ou ce qu'on appelait de façon performative *l'irrationalité*. Bien au contraire, la qualité du travail scientifique vise, comme chez Holdon, à prendre conscience de ces cadres et de ces « *effets de Simmel* » qui innervent notre raisonnement. Ces cadres sont mêmes les conditions premières à toute connaissance⁹⁸. C'est d'ailleurs cette position qui lui permettra d'évaluer deux

⁹³ FEYERABEND (P.) *Contre la méthode. Esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*, Points, Sciences, 1979.

⁹⁴ *Ibid.* p. 80 : « *il n'y a qu'un moyen de sortir du cercle, c'est d'utiliser une mesure de comparaison externe incluant de nouvelles façons de relier concepts et percepts.* »

⁹⁵ HOLDON (G.) *op. cit.* 1978.

⁹⁶ ZIMAN (J.) *op. cit.* p. 92, nous soulignons.

⁹⁷ BOUDON (R.) *Le juste et le vrai, op. cit.* p. 459 et s.

⁹⁸ BOUDON (R.) *L'art de..., op. cit.* 1990, p. 119 : « *Il n'y a pas de raisonnements sans ce qu'il appelle des a priori ou des hypothèses générales. Ce sont des conditions mêmes de possibilité de la connaissance qui font aussi le lit de l'erreur et qui*

paradigmes en fonction de raisons objectives. Cela étant, comme chez Holdon, la reconnaissance de la nécessité de ces cadres n'empêche pas, au contraire, tout retour réflexif⁹⁹. Il parle donc du caractère circulaire de la connaissance : « *il n'est pas de connaissance sans cadres, mais pas de cadre qui soit à l'abri de la critique.* »¹⁰⁰ C'est ce que nous retiendrons : il s'agit toujours de cadres fragiles et partant, révocables¹⁰¹ (*Ibid.* p. 124), susceptibles d'une évaluation rationnelle : *une rationalité cognitive*. Ainsi, chaque individu a des raisons d'adopter, consciemment ou non, tel ou tel cadre de pensée ; ces raisons (cognitives ou normatives) peuvent être reconstruites et évaluées. Ainsi, le pluralisme des images comme le pluralisme des cadres n'implique en rien un relativisme et est compatible avec une analyse rationnelle. Tout cadre vise au contraire à emporter la conviction¹⁰², il est communicable et discutable : « *la force des raisons détermine l'intensité de la conviction* » (p. 337). C'est donc l'existence même de ces cadres de pensée qui permettent la discussion rationnelle.

Enfin, arrêtons nous quelques instants sur la problématique du cadre dans l'horizon du jugement moral chez Charles Taylor¹⁰³. Dans sa clarification de la notion d'identité, la notion de cadre est la première que le philosophe rencontre sur son chemin, et ces cadres de référence sont selon ses termes, *inévitables*. Ainsi, « *toute notre façon de penser, de raisonner, de discuter et de nous interroger sur la morale suppose que nos réactions morales comportent deux aspects : qu'elles ne sont pas seulement des mouvements instinctifs mais des reconnaissances implicites d'assertions concernant leur objets.* » Il poursuit, « *la tentation de les nier, qui procède de l'épistémologie moderne, se trouve renforcée par l'acceptation courante d'un modèle profondément erroné de raisonnement pratique, qui se fonde sur une extrapolation illégitime du raisonnement tel qu'il se pratique dans les sciences de la nature.* »¹⁰⁴ Et en effet, à l'image de Raymond Boudon, il critique ce lieu moderne que serait le caractère problématique des cadres de référence (p. 32). L'absence de cadre serait alors le seul cadre véritable, ce qui n'a aucun sens pour Taylor (p. 33). Ainsi, « *penser, sentir, juger à l'intérieur d'un tel cadre, c'est agir avec l'idée que certaines actions, certains modes de vie ou certains sentiments sont incomparablement supérieurs à d'autres qui nous sont plus aisément accessibles* » (p. 36). Le relativisme selon Taylor se coupe l'herbe sous le pied, c'est un non sens. En matière de philosophie morale, définir un cadre, c'est expliciter ce qui donne un sens à nos réactions morales (p. 44). Nous retrouvons ici la notion de rationalité axiologique proposée par Raymond Boudon. La boucle est bouclée, au sens de l'ontologie morale, lorsqu'il écrit : « *mon identité est l'horizon à l'intérieur duquel je peux prendre position* » (p. 46), ce qui n'évacue aucunement toute possibilité de conscience réflexive (p.

permettent que des croyances fausses soient fondées sur des démarches mentales irréprochables tant du point de vue de l'observation que de celui de la logique. »

⁹⁹ *Ibid.* p. 233 : « *Le fait qu'ils soient perçus comme allant de soi n'incite guère le chercheur à les remettre en question, même dans le cas où ils contribuent à conférer à une argumentation parfaitement acceptable par ailleurs des conclusions fragiles ou fausses.* » BOUDON (R.) *Le juste et le vrai*, op. cit., p. 510 : « *Admettre qu'une théorie se développe dans un cadre est une chose, admettre que ce cadre ne puisse être critiqué en est une autre. Les cadres, les paradigmes, les hypothèses implicites sont simplement des conjonctures : comme n'importe quel type de conjecture, on peut les tester, les réfuter ou les accepter. En conséquence, on ne peut affirmer qu'une théorie repose sur des croyances non fondées sous prétexte que ses prémisses ne sont pas empiriques.* »

¹⁰⁰ BOUDON (R.) *Le juste et le vrai*, op. cit. note 23 p. 117.

¹⁰¹ Sur la très intéressante critique des universaux kantien, voir HEIDEGGER (M.) op. cit. 2^{ème} partie : *la manière kantienne d'interroger en direction de la chose*, pp. 65 et s.

¹⁰² *Ibid.* p. 313 : « *C'est d'autre part qu'un système de raisons apparaît comme solide ou non par **comparaison** avec les systèmes de raisons concurrents présents sur le marché. C'est enfin que toute **argumentation** vise idéalement à **s'imposer*** » (nous soulignons).

¹⁰³ Principalement : TAYLOR (C.) *Les sources du moi*, op. cit. et *Multiculturalisme*, op. cit.

¹⁰⁴ TAYLOR (C.) *Les sources du moi*, op. cit., pp. 20-21. Spéc. p. 29 : « *Pour comprendre notre univers moral, nous devons comprendre non seulement **quelles idées et quelles images fondent** notre sens du respect d'autrui, mais aussi **quelles idées et quelles images sous-tendent** nos conceptions d'une vie pleine* » (nous soulignons).

53). S'agissant de la définition de notre identité, nous sommes loin d'un monologisme identitaire puisque nous sommes entraînés dans des « réseaux d'interlocution »¹⁰⁵ (p. 61). Dès lors, face à plusieurs métaconceptions du Bien il est d'autant plus important de formuler notre horizon moral afin d'ouvrir la discussion sur ce qui fait sens moralement (p. 139). Il est important de rappeler que chez Charles Taylor la définition de l'identité n'est pas individuelle au sens où l'a présenté la modernité avec la conception des droits individuels ; elle est individuelle et interindividuelle. Il faut donc reconnaître la pluralité des biens envisagés dans des cadres, sans pour autant écarter la notion de cadre moral de référence, ce qui serait un non sens (p. 647).

Ainsi, **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 cadres¹⁰⁶. **Le second moment** de la rupture épistémologique est la mise en évidence des croyances, mythes, tropes, obstacles épistémologiques et axiologiques cadrant ces discours.

2- Paradigmes, Pluralisme épistémologique et Droit constitutionnel

(a) Dans un très intéressant article paru en 1933, Georges Renard précise bien que le juriste 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. »¹⁰⁷ Georg Jellinek a mené une importante réflexion épistémologique sur l'objet de la science juridique telle que l'a mise en évidence le Professeur Jouanjan. Jellinek avait bien démontré que « l'objet de la connaissance n'est pas purement et simplement donné, il doit être construit. »¹⁰⁸ Le Professeur Jouanjan précisant la pensée de Jellinek : « il est d'abord nécessaire que le sujet de la connaissance détermine aussi précisément que possible son point de vue, sa perspective sur l'objet qui n'est pas purement et simplement donné mais qui doit être construit et nécessairement construit **d'après une perspective.** »¹⁰⁹ Selon Jellinek, 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* : partant, l'existence de l'État n'est inscrite dans la pensée de Jellinek que dans le cadre préconstitué de la pensée qui l'appréhende¹¹⁰. Ce choix du 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 dominant¹¹¹. Ce réductionnisme a été critiqué par de nombreux juristes au cours du XXI^{ème} siècle marquant les interrogations sur le cadre : 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

¹⁰⁵ *Ibid.* p. 77 : « parce que nous devons déterminer notre situation par rapport au bien, nous ne pouvons nous passer d'une orientation vers lui et nous devons donc embrasser notre vie dans un récit, » sous une forme narrative.

¹⁰⁶ GEERTZ (C.) *op. cit.*, 2002, p. 278 évoque une « herméneutique du pluralisme légal. » Il précise que « ce que cela implique, qui est assez révolutionnaire pour la plupart des universitaires, est **une expansion des modes établis du discours**, dans le cas présent ceux de l'anthropologie et du droit comparé, de façon à rendre possibles des remarques pertinentes sur des questions qui leur sont habituellement étrangères, dans le cas présent **l'hétérogénéité culturelle et le dissentiment normatif.** »

¹⁰⁷ RENARD (G.) *op. cit.*, 1933, p. 489.

¹⁰⁸ JELLINEK (G.) *L'État Moderne et son Droit, Tome II : Théorie Juridique de l'État*, JOUANJAN (O.) (Préf.), Éd. Panthéon Assas, 2005, p. 44.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 45.

¹¹⁰ MAULIN (É.) *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Léviathan, P.U.F., 2003, p. 178.

¹¹¹ JOUANJAN (O.) *Avant propos à Une Histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, P.U.F. Léviathan, 2005, pp. 3-5.

émerger **un véritable problème scientifique**, et donc de véritable science, si l'on suit les enseignements de Karl Popper, la science étant le moment où « *les mythes explicatifs s'ouvrent à la critique consciente et consistante,* »¹¹² la science « *commence par des problèmes, et progresse à partir de là vers des théories concurrentes qu'elle évalue de manière critique.* »¹¹³

Selon Gaston Bachelard, la connaissance scientifique est bloquée par des *arrêts-de-culture*, ou encore ce qu'il appelle des *obstacles épistémologiques*. Le réel est bien un « *prétexte de pensée plutôt qu'un monde à explorer.* »¹¹⁴ Il soulève 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 zones d'ombres projetées par la lumière de la connaissance du réel. Il s'agit des préjugés, des opinions, des croyances de celui qui pense le réel : « *un obstacle épistémologique s'incruste sur la connaissance non questionnée.* »¹¹⁵ Il s'agit souvent d'une idée dominante qui polarise le reste de la pensée scientifique ; Bachelard rapproche ces obstacles d'un *instinct conservatif* de la part des *écoles de pensée*. L'épistémologie est là pour mettre en évidence leur caractère de croyance, évoquant le terme *d'efficacité épistémologique*. La réponse à un *obstacle épistémologique (versant négatif)* est un *acte épistémologique*¹¹⁶ (**versant positif**). Il définit plusieurs types d'obstacle épistémologique¹¹⁷ : l'expérience première, la connaissance générale, le nominalisme verbal, la connaissance unitaire, l'obstacle substantialiste, l'obstacle animiste etc.

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 un *Droit constitutionnel européen* aujourd'hui. Le trope de la souveraineté est aussi cet obstacle qui empêche de penser la nature *constitutionnelle* du fédéralisme. Ces questions sont alors soit évacuées comme non juridiques, soit traitées comme des énigmes, soit non évoquées, plus simplement. 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 Mairet¹¹⁸. Cela étant, la notion de *souveraineté* telle que la définit Jean Bodin dans les *VI Livres de la République*¹¹⁹, ou telle que l'avait préfigurée Machiavel, est le critère définitionnel indépassable de l'État¹²⁰. Le Droit

¹¹² POPPER (K.) *La connaissance objective*, Champs essais, Flammarion, 1998, la science, p. 151.

¹¹³ *Ibid.*, p. 230. Voir BACHELARD (G.) *op. cit.*, 2010, p. 124 : « *La recherche scientifique réclame, au lieu de la parade du doute universel, la constitution d'une problématique. Elle prend son départ réel dans un problème, ce problème fût-il mal posé. Le moi scientifique est alors un programme d'expériences, tandis que le non-moi scientifique est déjà problématique constituée.* »

¹¹⁴ BACHELARD (G.) *op. cit.*, 2010, p. 10.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 159.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 198.

¹¹⁷ BACHELARD (G.) *La formation de l'esprit scientifique*, Vrin, 2004, spéc. pp. 15 et . Pour une application dans un travail de juriste : GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.) *La critique identitaire, la liberté d'expression ou la pensée juridique à l'ère de l'angoisse. Un essai critique d'épistémologie de la pensée juridique*, thèse de doctorat (LL.D.), Ottawa, 1997, pp. 67 et s.

¹¹⁸ MAIRET (G.) *Le principe de souveraineté. Histoires et fondements du pouvoir moderne*, Folio Essais, 1997.

¹¹⁹ GIL (F.) *op. cit.*, 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.* »

¹²⁰ BEAUD (O.) *La puissance de l'État*, P.U.F., Léviathan, 1994.

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.* »¹²¹ Ainsi, « *la croyance s'avère une structure transcendantale de la souveraineté.* »¹²² Jean Bodin a bien démontré que la souveraineté n'a pas d'ouverture, « *clôture veut aussi dire qu'elle ne reconnaît pas son origine* »¹²³, il s'agit donc 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.* »¹²⁴ Comme le démontre Jellinek, il n'est possible de penser juridiquement la souveraineté qu'encadrée, bien qu'illimitée. L'on voit donc les deux dimensions typiques du Droit constitutionnel : le droit des institutions publiques, le droit des libertés, limitations de la souveraineté accordée par l'État. *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 **inenvisageable** 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. *Comment faire, dès lors ?* 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'imaginaire¹²⁵ 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.

Le point de départ de l'épistémologie kuhnienne¹²⁶ est de savoir pourquoi certains problèmes sont considérés comme légitimes par certaines sciences. Il propose alors ce qu'il appelle un paradigme : « *les découvertes scientifiques universellement reconnues qui, pour un temps, fournissent à une communauté de chercheurs des problèmes types et des solutions.* »¹²⁷ 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. C'est ainsi que l'on peut expliquer certaines *questions pluralistes* qui ont été posées dans la doctrine française entre 1900 et 1930 notamment¹²⁸. Comment distinguer deux paradigmes ? « *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.* »¹²⁹ 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. Un paradigme donne naissance à une tradition scientifique. Le paradigme est un cadre **accepté**, ce qui implique **un accord** au sein de la communauté scientifique. Dans le cadre d'une science normale, le paradigme offre des

¹²¹ GIL (F.) *op. cit.*, 2000, p. 158.

¹²² *Ibid.*, p. 160.

¹²³ *Ibid.* p. 168.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 169.

¹²⁵ ZIMAN (J.) *op. cit.* . 90 : « *mental imagery : the capacity to think out the conséquences of this or that action without laborious calculation.* »

¹²⁶ KUHN (T. S.) *La structure des révolutions scientifiques*, Champs, Sciences, 2008, p. 10.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 11 (nous soulignons).

¹²⁸ CHALMERS (A. S.) *op. cit.*, 1987, p. 100 : « *une conjecture audacieuse à une certaine époque de l'histoire des sciences peut perdre ce caractère à une époque ultérieure.* »

¹²⁹ *Ibid.*, p. 21 (nous soulignons).

problèmes légitimes ainsi qu'un ensemble de réponses scientifiques, en ce sens, les problèmes seront qualifiés d'*énigmes*¹³⁰. 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.** »¹³¹ 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** : « Comme le choix entre des institutions politiques concurrentes, celui qui doit s'effectuer entre des paradigmes concurrents s'avère être **un choix entre des modes de vie de la communauté qui sont incompatibles.** »¹³² Le seul argument est celui de la **persuasion** : « Poser comme prémisses un paradigme dans une discussion destinée à le défendre n'empêche pas de présenter une vision claire de ce que sera le travail scientifique pour ceux qui adopteront cette nouvelle manière de considérer la nature. **Et cette image peut avoir un grand pouvoir de persuasion, au point même d'être contraignante.** »¹³³

Le paradigme est donc négocié, il est légitimé et il doit être accepté¹³⁴, 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 paradigme¹³⁵. Ainsi, lorsqu'un juriste français positiviste comparatiste discrédite la transition paradigmatique opérée semble-t-il dans la science constitutionnelle canadienne, il ne peut le faire au moyen de questions qu'il se pose, lui, au sein de son propre paradigme, sinon il ne fait plus œuvre d'épistémologie¹³⁶. *Comment ne pas voir que la question d'une transition de paradigme pour penser le Droit constitutionnel s'y pose avec d'autant plus d'acuité que le Droit constitutionnel fondationnel est lié à une identité nationale, une identité constitutionnelle ?* 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. Chalmers évoque à ce titre des théories comme des *globalités structurées*¹³⁷.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 63. Notons que dans l'épistémologie poppérienne, il est possible de faire le lien avec ce qu'il appelle une « modification ad hoc » : une modification dans les postulats d'une théorie qui ne nécessite pas d'autres tests. Voir sur cette notion CHALMERS (A. S.) *op. cit.*, 1987, pp. 93 et s.

¹³¹ *Ibid.*, p. 115 (nous soulignons).

¹³² *Ibid.*, p. 135 (nous soulignons).

¹³³ *Ibid.*, p. 136 (nous soulignons).

¹³⁴ ZIMAN (J.) *Reliable knowledge. An exploration of the ground for belief in science*, Cambridge University Press, 1978, p. 6 : « when we talk of scientific knowledge we refer to the content of the messages that accumulate and are available in the public domain. » (...) « The goal of science, moreover, is to achieve the maximum degree of consensuality. »

¹³⁵ FEYERABEND (P.) *op. cit.* p. 41 : « L'engagement envers la théorie sera alors renforcé. L'attitude envers d'autres conceptions deviendra moins tolérante. Or, s'il est vrai que beaucoup d'erreurs ne peuvent se révéler qu'avec l'aide de conceptions différentes, alors le refus de les considérer aura pour effet d'éliminer en même temps des faits capables d'apporter des réfutations. Seront plus particulièrement éliminés des faits dont la découverte démontrerait la totale et irrémédiable insuffisance de la théorie. »

¹³⁶ CHALMERS (A. S.) *op. cit.*, 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 »

¹³⁷ CHALMERS (A. S.) *op. cit.*, 1987, p. 131.

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**. À ceux qui pensent que la réflexion épistémologique est vaine en droit, comme en science, voici la réponse apportée par Kuhn sous la forme d'une manifeste : « *Bref, si un candidat paradigme devait être jugé dès l'origine par des gens à l'esprit positif, examinant seulement son aptitude à résoudre les problèmes, les sciences connaîtraient très peu de révolutions majeures. Ajoutons à ceci les contre-arguments fournis par ce que nous avons appelé l'incommensurabilité des paradigmes, et il se pourrait que les sciences ne connaissent jamais aucune révolution.* »¹³⁸ Il n'existe donc pas de critère de jugement pour Thomas Kuhn hormis l'assentiment de la communauté scientifique. 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 suspens¹³⁹. 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*.

(b) Le **pluralisme épistémologique**¹⁴⁰ est une réponse qui a été donnée à cette question de comparer l'incomparable, avec beaucoup de conviction récemment par l'historien – anthropologue Marcel Détiéne¹⁴¹. Il s'agit de savoir comment comparer le savoir sur un objet entre plusieurs disciplines. En effet, la connaissance de l'objet Droit constitutionnel pour le comparatiste épistémologue passe par la rupture épistémologique du perspectivisme. Ainsi, 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 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 ?* »¹⁴². Notre hypothèse sera ici que : l'interdisciplinarité est la lumière inactinique du comparatiste : celle qui lui fait voir, mais celle qui n'impressionne pas le papier. Nous réintroduisons la notion de « *pyramide de Gré* » développée par Raymond Boudon : l'épistémologie pluraliste, permet de prendre conscience du perspectivisme, de la pluralité des images et de la nécessité d'observer son objet sous chaque face de la pyramide.

Est-il dès lors possible d'envisager les apports d'autres sciences humaines à la connaissance de l'objet Droit constitutionnel sans pour autant oblitérer la nature proprement normative de la rationalité juridique ? L'on peut très clairement souligner que l'interdisciplinarité ne fait plus débat au sein de la communauté scientifique canadienne, elle appartient à la science normale. Une réponse positive à cette question est possible dans la mesure où cette interdisciplinarité est questionnée au niveau de l'épistémologie. La nécessité d'une connaissance interdisciplinaire pour le Droit constitutionnel a été plus que démontrée

¹³⁸ *Ibid.*, p. 216 (nous soulignons).

¹³⁹ OUELLET (R.) *C'est une révolte ? Non, Sire, c'est une Révolution. Tentative de métaphore sur la transition paradigmatique du droit* (1999) 30 R.D.U.S. 205.

¹⁴⁰ JEWSIEWIKI (B.) *Pour un pluralisme épistémologique en sciences sociales* (2001) 56 : 3 *Annales, Histoire, Sciences Sociales* 625. En droit constitutionnel, voir la notion de *comparatisme pluraliste* proposé par le Professeur PONTTHOREAU (M.-Cl.) *Droit(s) Constitutionnel(s) Comparé(s)*, Economica, 2010.

¹⁴¹ DETIENNE (M.) *Comparer l'incomparable*, Essais, Points, Éd. Du Seuil, 2^{ème} Éd., 2009.

¹⁴² JEWSIEWIKI (B.) *op. cit.*, 2001, p. 626 (nous soulignons).

par les juristes belges François Ost et Michel Van De Kerchove, et plus récemment par Marie-Claire Ponthoreau.

Si l'on peut admettre assez aisément que l'interdisciplinarité soit devenue une nécessité pour le travail scientifique du juriste de Droit constitutionnel, **plusieurs questions néanmoins vont se poser**. Tout d'abord, qui l'interdisciplinarité concerne-t-elle ? Ensuite, quels sont les espaces partagés entre le juriste et les autres sciences sociales ? Enfin, quelles sont les difficultés scientifiques à l'interdisciplinarité ?

Tout d'abord, cette première question a intéressé la doctrine américaine il y a quelques années ; la question qui s'y posait était de savoir si l'interdisciplinarité était *normative*¹⁴³. Il s'agissait de savoir d'une part, qui était concerné par l'interdisciplinarité, et d'autre part, comment et dans quelle mesure : quelle science sociale privilégier, quel courant, quel scientifique, et est-ce que ces informations devaient être normatives. La question est envisagée au Canada aux deux niveaux suivants : l'interdisciplinarité DOIT concerner le juge constitutionnel et le dogmaticien, et elle DOIT concerner le juriste épistémologue. Elle doit concerner le juge : prenons l'exemple du contentieux autochtone. Le juge constitutionnel n'est vraisemblablement pas compétent pour comprendre la nature des traditions ancestrales autochtones. Dans un cas comme dans l'autre, si l'interdisciplinarité doit être considérée comme une obligation scientifique, elle n'est pas normative, et protège la rationalité prescriptive du discours juridique.

Ensuite, un premier élément de réponse réside dans la détermination de ce que le Professeur Pierre Noreau a qualifié d'*espaces partagés*¹⁴⁴. Il faut voir que l'interdisciplinarité fait face aux *obstacles épistémologiques* de la science juridique positiviste. Les deux difficultés qu'il souligne dans la pratique de l'interdisciplinarité sont d'une part, la question de la scientificité d'une discipline, et d'autre part, la question du statut du droit. La première ne pose à notre sens pas de problème, les épistémologues ont depuis longtemps démontré que le caractère scientifique passe par l'objectivité de la mise en évidence de la pluralité des cadres de construction de son objet. Le second est en réalité liée à ce que Raymond Boudon appelle des « *effets de Gré* » : des implicites qui s'insinuent lorsque l'on tente de considérer l'objet Droit. La grande difficulté tient selon nous à l'importance qu'a eu la *loi de Hume* sur le travail du juriste : la distinction de *l'être* et du *devoir être*. Il est *intéressant* de voir que le juriste d'arc bouté sur cette distinction structurante de son discours, alors que les épistémologues ont démontré que cette distinction était construite, Raymond Boudon a démontré qu'il n'y avait pas de différence entre une rationalité cognitive et une rationalité normative. L'interdisciplinarité interroge directement le cœur des croyances du juriste sur son objet, en cela elle est subversive et conduit le juriste vers la rupture épistémologique. Selon Pierre Noreau les conditions d'une cohabitation interdisciplinaire sont : repenser la notion de regard externe sur le droit, des compromis disciplinaires et des repositionnements nécessaires au sein des disciplines qui prennent un objet Droit comme champ. Le Professeur souligne un élément essentiel : trouver des « *espaces partagés* » capables d'intégrer la perspective de chaque discipline¹⁴⁵, ce qui s'impose à la science juridique, à la sociologie, à l'anthropologie, à la science politique ou à la philosophie.

Enfin, et la question n'est pas assez posée : quelles sont les conditions scientifiques pour une pratique de l'interdisciplinarité ? En effet, si l'on comprend que l'interdisciplinarité est une nécessité scientifique, peut-elle se faire dans n'importe quelle condition, ce que nous

¹⁴³ NOWLIN (C.) *Should any court accept the « Social Authority » Paradigm ?* (2001) 14:1 Can. Journal of Law and Jurisprudence 55.

¹⁴⁴ NOREAU (P.) *La norme, le commandement et la loi : le droit comme objet d'analyse interdisciplinaire* (2000) 19:2/3 Politique et Sociétés 153.

¹⁴⁵ *Ibid.* p. 170 : « *la théorie du droit cesse dès lors d'être le devoir être d'un devoir être pour poser les problèmes de la légitimité et de l'effectivité.* »

appellerons *une interdisciplinarité sauvage*. Cette difficulté se décline en réalité sur deux plans : l'interdisciplinarité comme *coquetterie de façade* (on y fait référence car ce serait *bien* sans faire naître de questions scientifiques) et ce que Jean Leclair a appelé *les périls du totalisme conceptuel*¹⁴⁶. *Selon quelles méthodes le juriste produit-il son savoir et ces méthodes sont-elles compatibles avec les méthodes des sciences humaines auxquelles il ferait référence le cas échéant ? C'est ce qu'il appelle : « le problème posé par la récupération, à des fins normatives, du savoir produit par des disciplines à vocation descriptive. »* Le *totalisme* serait la tentation de faire entrer la totalité du réel dans un seul concept. Le juriste doit alors réfléchir aux conditions de production de son propre objet de recherche ainsi que sur les modes de production de leurs objets par les sciences humaines exogènes au droit. Chaque champ disciplinaire produit des méthodes, des effets de Gré et des valeurs qui demandent à être exposés et évalués rationnellement. L'objectivité n'est alors pas ce qui est objectivement valide, mais ce qui a conscience des limites de ses cadres et qui les expose avec toute *l'honnêteté épistémologique* possible.

Cette nécessité d'une épistémologie pluraliste est considérée comme une nécessité scientifique pour les épistémologues tels que Bachelard, Kuhn, Popper, Feyerabend 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. Intéressons nous à la relation entre le comparatisme en tant que critique épistémologique et ce qui est la question épistémologique *par excellence* : la transition paradigmatique et l'évolution de la connaissance.

III- Dans la *chambre noire* du comparatiste

*« L'œil du comparatiste est primesautier, qualité dont on fera son premier défaut. Peu importe : son regard doit être vif et surtout amusé. »*¹⁴⁷

Quelle est la question qui se pose ici ? L'épistémologie est une évaluation critique de la connaissance produite par une communauté scientifique donnée ou comparée ; ce que l'épistémologue Ziman caractérise de *« theory of the grounds of knowledge. »* Or comment le comparatiste pourrait-il évaluer deux paradigmes qui sont incommensurables, dès lors que l'on veut échapper au paradoxe de la réflexivité de Russell et que l'on sait depuis Wittgenstein qu'il n'y a plus d'étalon mètre souverain de mesure et d'évaluation ?

1- *Construire l'incomparable : construction et l'imagination du juriste comparatiste*

(a) Cette question de comparer des incomparables est posée de telle façon par Thomas Kuhn¹⁴⁸ 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 *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

¹⁴⁶ LECLAIR (J.) *Les périls du totalisme conceptuel en droit et en sciences sociales* (2009) 14:1 Lex electronica.

¹⁴⁷ DETIENNE (M.) *op. cit.*, 2009, p. 17.

¹⁴⁸ KUHN (T. S.) *op. cit.*, 1990, pp. 304 et s. : *la tension essentielle, tradition et innovation dans la recherche scientifique*.

scientifique, enfin que la science juridique est orientée vers la recherche du progrès scientifique. De deux choses l'une, selon Raymond Boudon, cette perspective de Thomas Kuhn impliquerait d'abord un relativisme épistémologique et un relativisme axiologique, qui sont inacceptables ; et ensuite, Kuhn formulerait une proposition acceptable QUE SI l'on tient compte des prémisses implicites de son raisonnement. Il semblerait que sur ce point la critique de Raymond Boudon soit tout à fait fondée (voir *supra*). Insister sur le fait que la question n'est pas épistémologique n'implique pas que l'on ne puisse y apporter une réponse (*supra*). Il s'agit de ce que nous appellerons un *piège épistémologique*.

Pour un épistémologue comme Feyerabend¹⁴⁹, la science ne possède aucune caractéristique intrinsèque qui la rendrait supérieure aux autres branches du savoir, et le « *choix entre des théories se réduit à des choix déterminés par les valeurs subjectives et les souhaits des individus.* »¹⁵⁰ Il relie la question de l'incommensurabilité à celle de la rationalité de la science et partant d'une critique de Lakatos démontre que ce dernier ne parvient pas à démontrer que le changement soit rationnel comme irrationnel. Il se prononce en dernier lieu pour *un jugement de valeur raisonnable* en faveur de telle ou telle théorie (p. 225). Comme le montre Raymond Boudon, chez Feyerabend le choix d'une théorie n'est plus de l'ordre de la rationalité. Nous retiendrons sur cette question l'idée pertinente à notre sens soulevée par Feyerabend : si l'on souhaite se saisir de la question que nous posons dans cette partie, il faut accepter de se dessaisir de nos « *lunettes poppériennes* » (p. 254)¹⁵¹. La « *période de transition* » est une « *période d'irrationalité* » (p. 304). 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.* »¹⁵² En définitive, « *du point de vue de Lakatos, donc, on ne peut jamais énoncer sans preuves à l'appui qu'un programme de recherche est « meilleur » qu'un rival. Lakatos lui-même admet que les mérites relatifs de deux programmes ne peuvent être jugés qu'« avec du recul.* »¹⁵³ 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 nuit¹⁵⁴.

Alors la question est posée avec honnêteté par l'épistémologue Chalmers : « *à quoi bon se casser la tête ?* »¹⁵⁵ En effet, l'idéologie de la science « *utilise le concept douteux de science et ce concept également douteux de vérité qui lui est souvent associé, en général, à l'appui d'une position conservatrice.* »¹⁵⁶ Il précise, « *il n'existe pas de conception éternelle et universelle de la science ou de la méthode scientifique.* »¹⁵⁷ Ainsi, « *rien ne nous autorise à intégrer ou à rejeter des connaissances en raison d'une conformité avec un quelconque critère donné de scientificité.* »¹⁵⁸

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

¹⁴⁹ FEYERABEND (P.) *op. cit.*, spéc. pp. 186 et s. et pp. 304 et s. MILLARD (É.) *op. cit.* (1995) p. 405.

¹⁵⁰ CHALMERS (A. F.) *op. cit.*, 1987, p. 16-17 et la *théorie anarchiste de la connaissance de FEYERABEND*, pp. 215 et s.

¹⁵¹ BOUDON (R.) *Le juste et le vrai, op. cit.* p. 308 : « *un poppérien arguerait sans doute qu'une hypothèse irréfutable n'est pas scientifique. Mais qu'est-ce qui m'impose d'être poppérien ?* »

¹⁵² *Ibid.*, p. 145.

¹⁵³ *Ibid.* p. 147.

¹⁵⁴ CHALMERS (A. S.) *op. cit.*, 1987, pP. 158-159.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 266.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 266.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 267.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 267.

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*, cette position n'implique en rien qu'une épistémologie prescriptive dû 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 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 *néгатif* et un versant *positif*. Le perspectivisme *néгатif 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 néгатif** 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 apportent 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 indument 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, les enjeux du regard français sur le savoir constitutionnel canadien, est bien de considérer qu'il s'agit d'images distinctes, de considérer scientifiquement ce que produisent les discours canadiens et les évaluer de manière critique à l'intérieur de leur paradigme. Il n'y a donc pas de critères de scientificité comme critères de souveraineté, il n'y a que des objectivités et des discours de conviction / persuasion.

(b) Ainsi, la question de *l'incomparabilité* ou de la *comparabilité* est **un projet**, il est surtout **une construction**. La question de l'incomparabilité fait droit à **l'imagination**¹⁵⁹ du comparatiste. Marcel Détiennie s'est récemment interrogé sur la question de comparer l'incomparable. 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 stricte cadre de la comparaison comme activité épistémologique, et notamment le sous-titre de son ouvrage : *Oser expérimenter et construire*. Son interrogation concerne la comparabilité des savoirs historiques et anthropologiques et leur comparaison dans le savoir relatif à un objet de recherche déterminé. Un élément de réponse se retrouve dans les premières lignes de l'ouvrage que nous citons *in extenso* : « Une appréciation, une estimation, un jugement d'allure, très vite **un premier jugement de valeur** comme celui qui se loge dans la formule

¹⁵⁹ DETIENNE (M.) *Comparer l'incomparable*, Essais, Éd. Du Seuil, 2^{ème} Éd., 2009, p. 20 : « de l'imagination pour architecturer la comparaison des civilisations, il est un grand besoin. »

*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 sinon par un jugement de valeur implicite qui semble déjà écarter la possibilité de construire ce qui peut être « comparable » ? »¹⁶⁰ La comparatibilité est donc une construction discursive traduisant la prégnance de préjugés et surtout d'un projet : « Je pense aussi, sans illusions, qu'il est temps de plaider, d'écrire un manifeste, de montrer concrètement comment l'exercice comparatiste exige de travailler ensemble : qu'il invite à monnayer les catégories de sens commun, à construire des comparables qui ne sont jamais immédiatement donnés et qui ne visent nullement à établir des typologies non plus qu'à dresser des morphologies. »¹⁶¹ Marcel Détienne précise que ce projet est d'autant plus nécessaire lorsqu'il s'agit de comparer ce qui fait la construction de l'identité nationale, de comparer l'incomparable des nations¹⁶² : cette comparatibilité participerait de la construction d'une identité nationale ouverte. Le comparatisme pluriel permettrait d'interroger et d'expliquer ce qui signifie le fait de fonder, et d'oublier l'acte de fondation. Il est ironique que celui qui fut l'inventeur de la transcendance de la souveraineté qui a clôt le discours juridique, Jean Bodin, fut aussi celui qui exhortait au comparatiste d'« *expliquer l'homme en ses coutumes, en ses civilités successives, en sa capacité de produire des univers culturels.* »¹⁶³*

Marcel Détienne se prononce donc en faveur d'un comparatisme constructif, qui construit des comparables. La limite de cette comparatibilité est ce qu'il appelle *le choc de l'incomparable*¹⁶⁴. **C'est ici que débute l'activité épistémologique** dans la mesure « *de la violence heuristique de ce qui surgit de l'incomparable.* » En construisant le comparable, le comparatiste a alors « *le sentiment de découvrir des possibles.* »¹⁶⁵ Ainsi, les comparables (comme les incomparables) sont des « *plaques d'enchaînement décidées par un choix, un choix initial.* »¹⁶⁶ Ainsi, les comparables (comme les incomparables) sont des « *plaques d'enchaînement décidées par un choix, un choix initial.* »¹⁶⁷ Cette dimension de projet construit est évident lorsqu'est posée la question : « *à quoi bon comparer ?* »¹⁶⁸ De même que la question que nous posions précédemment sur un choix entre paradigmes, cette question est extérieure à l'analyse épistémologique et dépendra tant de l'imagination du comparatiste que la construction de ses possibles. Il faut alors distinguer **le comparatisme des comparables**, du **comparatisme des incomparables** selon la fonction jouée par l'argument d'incomparatibilité dans le discours du comparatiste. Le projet de Marcel Détienne est de construire des comparables, pour apprendre des autres, et apprendre à vivre parmi les autres, en déconstruisant les présupposés constitués par l'écheveau de l'identité nationale.

Nous pourrions donc conclure que la question de la comparatibilité se pose au comparatiste au terme de sa rupture épistémologique, dans la mesure où cette question de la comparatibilité n'est pas épistémologique. En Droit constitutionnel comparé, nous pouvons souligner que très souvent l'utilisation de la comparatibilité dans le discours juridique est opérée avec le projet de rapprocher les nations, les constitutions, dans la construction d'un Droit constitutionnel commun, d'un sens commun, d'un *Droit mondial*. L'analyse épistémologique du discours sur la comparatibilité ou non des Droits constitutionnels permet de conclure que **deux pièges** doivent être soulignés : **le piège du perspectivisme** et **le piège**

¹⁶⁰ *Ibid.* p. 9 (nous soulignons).

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 11 (nous soulignons).

¹⁶² *Ibid.*, p. 15.

¹⁶³ *Ibid.* p. 19 (nous soulignons).

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 46.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 52.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 54.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 54.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 59.

téléologique. Ainsi, le choix d'un paradigme, comme le choix d'un projet pour la comparaison des droits doivent être compris non comme des discours de souveraineté, mais des discours de justification et de conviction / persuasion. En ce sens, ils doivent être analysés et compris par l'analyse épistémologique pour ce qu'ils sont : des **fonctions** dans le discours juridique, des **arguments**. Si une réponse épistémologique ne nous semble pouvoir être apportée à la question de comparer l'incomparable, il est incorrect d'extrapoler en disant qu'aucune réponse du tout ne peut y être apportée.

2- L'incomparabilité comme révélateur

Si l'on souhaite poursuivre cette question de l'incomparabilité de paradigmes pour le Droit constitutionnel, il nous semble que deux types distincts de réponse peuvent être apportées. Ailleurs, nous avons tenté de démontrer comment par exemple l'Analyse Économique du Droit pouvait participer de cette transition de paradigme¹⁶⁹. La première **(a)** est d'ordre épistémologique et vise à analyser l'utilisation de l'argument d'incomparabilité dans le discours du juriste en tant que discours argumentatif. La seconde **(b)**, n'en déplaie à Raymond Boudon ou Charles Taylor n'est pas épistémologique, mais vise au contraire à penser avec ces penseurs et approfondir la question du jugement : dire que ce n'est pas épistémologique n'implique pas d'écarter le jugement.

(a) Ces quelques réflexions auront comme cadre de présentation la *Nouvelle Rhétorique* et les travaux de Chaïm Perelman sur le discours argumentatif¹⁷⁰. 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. 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'incomparabilité dans le discours juridique comparatiste. Nous dirons donc que lorsque l'argument d'incomparabilité, 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'incomparabilité 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'incomparabilité a donc une double fonction de révélateur dans le discours du comparatiste. Auparavant, il convient de préciser les implicites de notre raisonnement en nous appuyant sur la défense de la *Nouvelle Rhétorique* par Raymond Boudon. En effet, ce dernier visant à réhabiliter la notion de rationalité (axiologique comme cognitive), démontre qu'il est possible de faire naître la conviction, sans s'appuyer sur des preuves positivistes. En effet, selon ce paradigme, seules

¹⁶⁹ Nous permettons de renvoyer à BLANC (N.) *Pluralisme et Analyse Économique du Droit*, workingpaper 1, sélectionné et évalué par le Professeur E. MacKaay, www.analyseeconomiquedudroit.com.

¹⁷⁰ PERELMAN (C.) & OLBRECHTS-TYTECA (L.) *Traité de l'argumentation*, Éd. de l'Université de Bruxelles, 6^{ème} Éd., 2008. ROLLAND (L.) *Le statut juridique du fœtus : Analyse rhétorique*, LL.M., Université de Montréal, 1992. ROLLAND (L.) *Les faits dans les jugements de valeurs – L'homme qui a vu l'homme qui a vu l'ours*, Mélanges Andrée Lajoie, 2008, p. 381. LAJOIE (A.) *op. cit.*, 1997.

des preuves scientifiques au sens d'objectivement valides, sont en mesure d'emporter la conviction du scientifique ou du juriste. Seules importent les causes et non les raisons que le sujet se donne. Or, les travaux de Perelman ou de Toulmin s'agissant du discours juridique ont démontré que la rhétorique pouvait faire naître la conviction sans s'appuyer sur ce qui est objectivement valide. Ainsi, la force de conviction est proportionnelle à la force des raisons qui alimentent cette conviction, et plus les raisons sont simples plus elles présentent de force persuasive. Boudon va même plus loin, cette conviction est fondée sur des raisons, donc sur une rationalité : il est donc possible de reconstruire les raisons qui ont mené à la conviction, et les évaluer. Il ne s'agit pas d'irrationalité. Le sujet a donc des raisons d'être convaincu par tel ou tel paradigme, il conviendra alors de reconstruire ces raisons et partant, de les évaluer (*supra*) : ces raisons peuvent être bonnes, vraies, mauvaises ou fausses. La démonstration de Boudon est intéressante, mais il s'agit pour nous davantage de l'ordre de la persuasion que de l'ordre de la conviction, nous maintenons la distinction ci-après.

Convaincre ou l'argument d'incomparabilité comme révélateur de l'état d'un paradigme. Thomas Kuhn décrit l'évolution de la science par une succession de paradigmes dont la transition se déroule telle que : pré-science – science normale – crise – révolution scientifique – nouveau paradigme etc. Ainsi, l'argument d'incomparabilité permet de mettre en perspective et d'expliquer le stade de développement d'un paradigme. L'activité est bien épistémologique dans la mesure où il s'agit d'évaluer de manière critique l'état du savoir, qu'il s'agisse 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. Il s'agit de démontrer ici qu'un paradigme est *meilleur* qu'un autre ; il s'agit donc de persuader. Cet argument fait appel à des préjugés comme le progrès de la science et la possibilité d'un jugement. 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 de protection de l'identité autochtone est mieux traitée dans un paradigme pluraliste. 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 comparabilité 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.

(b) Nous nous intéresserons ici à deux chercheurs qui, quoi que distincts, réhabilitent chacun la possibilité d'un jugement normatif rationnel : Raymond Boudon¹⁷¹ et Charles Taylor¹⁷². Ces derniers peuvent nous aider à conclure sur la question qui nous intéresse : le comparatiste face aux paradigmes du Droit constitutionnel. Rappelons que, selon nous, ces démonstrations de Boudon et Taylor sont de l'ordre de la persuasion et non de la conviction, la question demeure selon nous, une question qui n'est pas d'ordre épistémologique. Il faut noter en guise de prémisse que, l'un comme l'autre, admettent l'hypothèse d'une situation rationnellement incommensurable, soit entre des paradigmes, soit entre des jugements moraux. Ils l'admettent comme une hypothèse d'école, mais doutent de la perspicacité pratique d'une telle hypothèse.

Selon Raymond Boudon, le relativisme kuhnien, de même que l'irrationalisme dans lequel Feyerabend renvoie la transition de paradigme, ne sont pas acceptables. Kuhn ne se prononce pas sur les raisons ou les causes qui font choisir tel ou tel paradigme, processus qui relève de la conversion quasi-mystique, et l'on comprend en lisant Feyerabend, que cette question est de l'ordre de l'irrationalité. Kuhn ferait alors preuve d'un hyperempirisme ; au contraire, il est possible de faire un choix entre des paradigmes pour des raisons qui seraient objectives. Le fait que l'on ne détermine pas la vérité tout de suite, n'implique pas que la vérité, ou l'objectivité du choix entre des paradigmes, ne se manifeste pas un jour. Il critique donc soit l'extrapolation, soit le sophisme de composition de Kuhn. Il y a des raisons objectives, plus ou moins fortes, de se prononcer pour un paradigme, et ces raisons peuvent être évaluées. Il souligne ainsi que les notions telles que l'objectivité, la vérité ou le progrès sont polythétiques ; Kuhn réintroduirait, ce faisant, le dogme de la vérité unique. La transition ou le progrès entre deux paradigmes doit s'envisager de façon diachronique, sur le temps long et non pas s'intéresser à l'intersection entre les deux paradigmes. Il va même plus loin, le fait que l'on ne puisse choisir entre deux paradigmes, dans un régime de vérités multiples, même pour des raisons objectives, n'implique pas d'écarter la notion même de progrès. Une analyse rationnelle doit au contraire reconstruire ces raisons et les évaluer. L'on ne peut écarter la notion de jugement par pur relativisme. L'on a des raisons objectives de choisir tel ou tel paradigme, et l'on doit admettre la possibilité de fausses raisons qui sont produites par le fonctionnement même de la connaissance. Ainsi, avec Boudon, l'on peut conclure qu'il est possible de réhabiliter la problématique du jugement entre plusieurs paradigmes : la possibilité de bonnes raisons et objectives, évaluables ; ces raisons sont à évaluer sur le temps long. Cette conclusion est recevable, mais il ne s'agit pas selon nous d'une conclusion épistémologique, et elle est la manifestation d'un *effet de Simmel* dans le raisonnement même de Boudon.

Enfin, il nous semble pertinent d'évoquer la très intéressante position de Charles Taylor. Lui aussi pense qu'une situation de vérités multiples est possible, mais peu envisageable ; il réhabilite aussi les notions de raisons objectives et de jugement. L'incommensurabilité est une possibilité et non un *a priori* : « cela ne signifie pas, bien entendu, que tous nos prétendus biens, ou les leurs, s'avèreront au bout du compte défendables comme tels ; seulement que nous ne trouvons pas notre point de départ dans un univers moral d'avance rétréci et dans lequel nous tiendrons pour acquis que leurs biens n'ont rien à nous dire ou peut-être les nôtres, rien à leur dire » (p. 91). À l'image de Boudon,

¹⁷¹ Ces éléments se retrouvent dans les deux ouvrages précités.

¹⁷² TAYLOR (C.) *Les sources du moi*, op. cit., 2011.

Charles Taylor évoque une autre tentation, une autre extrapolation : l'hyperempirisme dans lequel est enfermé l'épistémologie moderne, qui reproduit ce faisant des prémisses des sciences de la nature, n'implique pas que le juste et le bien ne soient pas réels. Au contraire, ils existent bien réellement en tant que construit subjectif et intersubjectif et susceptibles de jugements (moraux ou autres)¹⁷³. Selon lui, le relativisme même, qu'il soit épistémologique, ontologique ou axiologique sape la position du relativiste. Il doit y avoir un horizon en regard duquel l'on formule des jugements, notamment moraux. L'incomparabilité est déjà en elle-même un jugement car elle dépend de notre position fondamentale, de ce qu'il appelle une « *évaluation forte*. » C'est un élément important, qui va dans le sens de ce que nous disions précédemment, l'incomparabilité est un jugement. Il propose de s'interroger sur notre ontologie morale et distinguer entre ce qui est variable et ce qui fait notre position ontologique fondamentale ; une telle mise en évidence permet d'entrer en dialogue en soulignant nos critères de jugement. Charles Taylor parle de conviction, nous parlerons plutôt de persuasion, pour les raisons évoquées précédemment. En réalité, Charles Taylor évoque un argument essentiel, que l'on retrouve en filigrane derrière la position de Raymond Boudon : s'interroger sur l'incommensurabilité des paradigmes à partir de la notion de transition de paradigme, c'est en réalité chercher les raisons à cette transition, et reproduire l'effet de Simmel qu'est le raisonnement pratique. L'argument est très important : à partir du moment où l'on accepte de s'interroger sur notre ontologie morale, il ne s'agit plus de trouver des raisons au processus même du changement en tant que processus, des raisons qui seraient extérieures à nos discriminations ontologiques fondamentales. L'argument soulevé par Taylor est qu'avec un tel raisonnement nous tentons d'attribuer un gain épistémique externe au passage en tant que passage entre deux paradigmes ou positions ontologiques. L'on tente alors, à partir de raisonnements calqués sur les sciences de la nature, de réduire les marges d'erreur dans le processus, à partir d'interprétations concurrentes et externes des passages entre les deux positions. *Où sont alors le dialogue et la persuasion ?* L'argument de Charles Taylor est donc tout à fait pertinent. La persuasion est conséquemment de l'ordre de l'illusion (épistémologique ou axiologique) : il s'agit d'une persuasion précaire sur le passage lui-même, et non une persuasion sur la position épistémologique ou morale elle-même. Ainsi, en formulant nos « *hyperbiens* » ou nos critères de jugements internes, nous nous autorisons à envisager un processus de conversion. Si Taylor envisage cette question s'agissant de l'ontologie morale, ces enseignements peuvent être récupérés tant pour l'épistémologie que l'ontologie juridique. Et l'enseignement est d'importance capitale : le jugement est possible à partir de critères formulés non extérieurs aux perspectives en litige. L'on est plus, clairement, dans l'ordre de l'épistémologie, mais bien de l'ontologie. CQFD.

Taylor et Boudon nous invitent à redécouvrir nos positions ontologiques fondamentales sur le Droit constitutionnel ; cette redécouverte de l'ontologie constitutionnelle n'a, cependant, été possible qu'après avoir démontré que la question épistémologique précédait cette question ontologique. Dès lors, nous invitons positivistes et pluralistes à présenter leurs positions fondamentales et ainsi, entrer en dialogue : le modèle généralisé de la comparaison des droits comme critique épistémologique, dans l'activité quotidienne du juriste est ce qui doit permettre d'engager un dialogue de persuasion sur les paradigmes du Droit constitutionnel...

¹⁷³ TAYLOR (C.) *Grandeur et misère de la modernité*, Bellarmin, 2008, p. 31 : « *L'un d'eux est la domination du subjectivisme moral dans notre culture. J'entends par là cette façon de voir qui veut que les positions morales ne soient pas du tout fondées sur la raison ou la nature des choses mais que chacun de nous les adopte pour des motifs purement subjectifs. Dans cette façon de voir, la raison perd son rôle d'arbitre des débats moraux.* »