CLASSIQUES
GARNIER

BOUCHARD (Kevin), « Table des matières », *Constitutionnalisme et common law dans la pensée juridique anglo-américaine*, p. 447-452

DOI : 10.48611/isbn.978-2-406-10988-4.p.0447

La diffusion ou la divulgation de ce document et de son contenu via Internet ou tout autre moyen de communication ne sont pas autorisées hormis dans un cadre privé.

© 2021. Classiques Garnier, Paris.
Reproduction et traduction, même partielles, interdites.
Tous droits réservés pour tous les pays.

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE 9

INTRODUCTION 11

PREMIÈRE PARTIE

LA CONCEPTION CLASSIQUE
DE LA COMMON LAW
ET SA CRITIQUE HOBBESIENNE

INTRODUCTION DE LA PREMIÈRE PARTIE 29

LA CONCEPTION CLASSIQUE DE LA COMMON LAW 33

Coutume et raison dans la common law classique 35

La fondation coutumière du droit 36

La raison artificielle du droit 45

Rapport avec la loi naturelle 50

La portée constitutionnelle de la common law classique 60

La common law et la prérogative royale 62

La place de la législation 65

Le rôle spécial des juges 67

La crise de la common law classique 72

© 2021. Classiques Garnier. Reproduction et diffusion interdites.

LA CRITIQUE HOBBESIENNE DE LA COMMON LAW CLASSIQUE . . . 75
Les droits des individus et la loi du souverain roi 76
La critique de la raison artificielle 79
Le rôle subordonné des juges 83

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE 87

DEUXIÈME PARTIE

LES ORIGINES DU CONSTITUTIONNALISME DE COMMON LAW CONTEMPORAIN

L'INFLUENCE DE LA CONCEPTION CLASSIQUE DE LA COMMON LAW SUR LE POSITIVISME JURIDIQUE ET SES CRITIQUES

INTRODUCTION DE LA DEUXIÈME PARTIE 97

POSITIVISME JURIDIQUE ET COMMON LAW DE AUSTIN À HART . . . 99
Positivisme juridique et common law avant Hart 100
Souveraineté et common law chez Austin 101
Dicey et la constitution créée par les juges 106
La rationalité particulière des tribunaux chez Salmond . . . 111
Un disciple critique d'Austin 112
Les règles de l'administration de la justice et le souverain 115
La cohérence des pratiques des tribunaux et la raison artificielle du droit 119
Hart et la pratique des juges 124
Les limites de la théorie austinienne et les règles secondaires 125
La critique de la théorie du droit comme commandement 126
La théorie de la règle sociale de reconnaissance 130
Les règles secondaires et la souveraineté 134
La résolution judiciaire de l'indétermination du droit 137

© 2021. Classiques Garnier. Reproduction et diffusion interdites.

Le rôle déterminant des juges 137
La nature mixte des règles de droit 141
La découverte et la création judiciaires 143
Le cas de la règle fondamentale de reconnaissance 148
Les relations entre le droit et la morale 153
Le droit comme pratique sociale
entre les faits et la morale 153
Une théorie à visée démystificatrice 158
Conclusion de la sous-partie 162

CRITIQUE DU POSITIVISME JURIDIQUE
ET COMMON LAW CHEZ FULLER ET DWORKIN 165
Le fondement interactionnel du droit
et la common law chez Fuller 166
Critique du positivisme juridique
et théorie interactionnelle 167
L'étroitesse du positivisme juridique 168
L'assise interactionnelle ou coutumière du droit 169
Critique de la séparation du droit et de la morale 172
La cohérence particulière du droit 176
Les visées morales du droit 177
La recherche judiciaire de la justice
dans le droit établi 180
Reprises de la common law classique 183
La supériorité de la common law 184
La moralité interne du droit 190
L'antipositivisme de Dworkin et la common law 196
La critique dworkinienne
du positivisme juridique hartien 198
Les règles et les principes 199
La discrétion forte 201
Les problèmes de la règle de reconnaissance 204
Les désaccords théoriques 206
Le droit comme concept contesté et interprétatif 208
L'attitude interprétative 209
Les étapes de l'interprétation
et la question du consensus 213

© 2021. Classiques Garnier. Reproduction et diffusion interdites.

La vérité des interprétations 218
Le droit comme intégrité 220
Le concept général de droit 221
La vertu d'intégrité 222
L'intégrité et le droit 226
La chaîne du droit 231
L'intégrité inclusive et l'intégrité pure 234
L'ascendant de l'intégrité pure 237
L'exemple de la démocratie constitutionnelle américaine 241
Le sens de la constitution 242
La démocratie et le rôle des tribunaux 249
Reprises et transformations de la conception classique de la common law 255
L'intégrité et la raison artificielle du droit 256
Pratiques partagées et vérité 262
Conclusion de la sous-partie 270

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE 275

TROISIÈME PARTIE

LE CONSTITUTIONNALISME DE COMMON LAW DE WILFRID WALUCHOW ET LA CONCEPTION CLASSIQUE DE LA COMMON LAW

INTRODUCTION DE LA TROISIÈME PARTIE 281

LE POSITIVISME JURIDIQUE INCLUSIF ET LA COMMON LAW 283
Désamorcer la critique de Dworkin 285
La règle de reconnaissance et les principes 286
L'exercice de la discrétion forte 289
La force institutionnelle du droit 292
La possibilité d'une perspective descriptive 294

© 2021. Classiques Garnier. Reproduction et diffusion interdites.

L'infériorité descriptive du positivisme juridique exclusif 299
Joseph Raz et les fonctions du droit 300
L'autorité complexe du droit 303
L'exemple de la Charte canadienne 307
Le versant normatif du positivisme juridique inclusif 311
Le rapport entre les théories du droit et les théories de la décision judiciaire 313
Une théorie de l'interprétation élargie 316
Conclusion de la sous-partie 319

LA CONCEPTION DE COMMON LAW DU CONTRÔLE JUDICIAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ 325
Une vision de la constitution inspirée par Hart 330
La constitution et le souverain 331
Une conception sociale et coutumière des limites constitutionnelles 333
La nécessité de la protection judiciaire des droits 338
La méthode de la common law en réponse à Waldron 345
Jeremy Waldron et le désaccord à propos des droits 346
Les affinités coutumières de la législation 347
La critique du contrôle judiciaire de constitutionnalité 351
La méthode de la common law 356
Les limites de la loi 358
Les vertus de la common law au service des droits 359
Les avantages et la supériorité des juges par rapport aux législateurs 366
La notion de moralité constitutionnelle 371
Une rationalité coutumière inscrite dans le droit 371
La réflexion des consensus sociaux 375
L'apport de la moralité idéale 378
Affinités avec la moralité libérale 382
La discrétion et la démocratie 386
Se limiter aux raisons publiques 387
L'interprétation constructive détachée 389
La constitution écrite et le sens courant des mots 391

© 2021. Classiques Garnier. Reproduction et diffusion interdites.

REPRISES ET TRANSFORMATIONS
DE LA CONCEPTION CLASSIQUE DE LA COMMON LAW 395
Reprises 396
Transformations 400
La common law au service
de la souveraineté populaire et des droits 401
La rationalité de la moralité constitutionnelle 403
Une moralité démocratique ? 408

CONCLUSION
La coutume dans le problème juridique 419

BIBLIOGRAPHIE 429

INDEX DES NOMS 445

© 2021. Classiques Garnier. Reproduction et diffusion interdites.