HAL
open science

Examen sceptique de la distinction entre motifs juridiques et motifs non-juridiques

Pierre Brunet

To cite this version:

Pierre Brunet. Examen sceptique de la distinction entre motifs juridiques et motifs non-juridiques. Florian Couveinhes Matsumoto et Raphaëlle Nollez-Goldbach. Les motifs non-juridiques des jugements internationaux, Editions Pedone, pp.9-22, 2016, 978-2-233-00816-9. halshs-01429946

HAL Id: halshs-01429946

https://shs.hal.science/halshs-01429946v1

Submitted on 16 Dec 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

EXAMEN SCEPTIQUE DE LA DISTINCTION ENTRE MOTIFS JURIDIQUES ET NON JURIDIQUES

Pierre Brunet

Univ. Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Ecole de droit de la Sorbonne

Paru dans :

R. Nollez-Goldbach et F. Couveinhes-Matsumoto, *Les motifs non-juridiques des jugements internationaux*, Paris, Pedone, 2016, p. 9-23.

En arrière-plan de la distinction entre les motifs juridiques et non juridiques, on perçoit plusieurs questions : les unes, descriptives, concernent les critères d'identification des motifs juridiques et non juridiques, la pertinence même de cette distinction (par exemple : que recouvre-t-elle ? Les juges ont-ils effectivement recours à des motifs non juridiques ?) ; les autres, normatives, portent sur la légitimité des références à des motifs non juridiques, et celle de leur usage dans une argumentation juridique ou, inversement, à la légitimité d'une argumentation qui n'aurait recours qu'à des motifs juridiques (par exemple : une décision juridique doit-elle recourir à des motifs strictement juridiques ou peut-elle aussi utiliser des motifs non juridiques ?). On peut aussi remarquer en passant que la même question en apparence descriptive peut être posée avec une intention normative. Ainsi, se demander si une décision justifiée par des motifs « non juridiques » est encore « juridique » peut donner lieu à deux recherches très différentes selon le sens – descriptif ou normatif – que l'on confère à « juridique ».

Si l'on veut éviter les questions ontologiques sur la nature (juridique ou non) d'un motif pour s'en tenir à une approche descriptive, on mesure que la distinction entre les motifs juridiques et non juridiques mérite d'être discutée pour elle-même car elle éveille tout d'abord un soupçon de formalisme voire d'essentialisme. En effet, pour considérer que la distinction est elle-même pertinente il faut se fonder sur deux présupposés. Le premier veut que le droit soit « rationnellement » déterminé, c'est-à-dire qu'il existe objectivement une classe des motifs juridiques légitimes susceptibles de fournir au juge une motivation pour sa décision, autrement dit, que cette classe des motifs juridiques légitimes permet, soit dans tous les cas soit dans un grand nombre de cas, de justifier une et seulement une solution. Le second présupposé retient que le raisonnement judiciaire est autonome des autres formes de raisonnement et donc que les juges peuvent décider sans avoir recours à des considérations normatives non juridiques tirées de la morale ou de la philosophie politique[1].

Or, ces présupposés méritent d'être discutés.

1. Des présupposés discutables

[1] B. Leiter, « Legal Formalism and Legal Realism : What is the Issue? », *Legal Theory*, vol. 16, n° 2, 2010, p. 111-133.

D'une part, le droit est très largement indéterminé et on peut même dire qu'il est nécessairement indéterminé[2]. On peut identifier trois causes d'indétermination du droit.

L'une tient à l'ambiguïté des textes juridiques qui peuvent toujours donner lieu à – au moins – deux lectures différentes et contradictoires de sorte qu'on est bien en peine de savoir ce qu'ils « veulent dire ». Il faut donc, à chaque fois, identifier ou isoler tous les textes applicables, puis identifier les normes qu'ils expriment ; résoudre le cas échéant les conflits ou antinomies auxquels ces normes peuvent donner lieu ; se prononcer sur les éventuelles exceptions. On peut non seulement avoir un doute sur la norme qu'un même texte est censé contenir ; on peut aussi considérer qu'un même texte exprime deux normes plutôt qu'une seule ; on peut enfin aller jusqu'à se demander si un texte contient même une norme. Et quand bien même un texte applicable semblerait ne contenir qu'une norme, la question se posera de savoir si cette norme est sujette à une exception non explicitement prévue.

Une deuxième cause d'indétermination, sémantique, tient à la difficulté d'identifier la référence objective des catégories juridiques abstraites utilisées par les textes. Ces dernières ne renvoient pas toujours à des objets du monde extérieur et quand bien même elles le font se pose toujours la question de savoir si tel objet relevant de la catégorie désignée peut y être rangé sans discussion. C'est ce qui explique les raisonnements par analogie ou à l'inverse les raisonnements par différenciation auxquels sont contraints les juges.

Une troisième cause d'indétermination est liée enfin au fait que les techniques d'interprétation que les juges peuvent utiliser sont susceptibles d'entrer en conflit les unes avec les autres et conduire à des solutions opposées ; en outre aucune de ces techniques ne s'impose plus qu'une autre aux juges qui ont donc le choix entre toutes[3].

D'autre part, et par conséquent, il n'existe jamais une et une seule bonne solution – juridique s'entend – susceptible d'être juridiquement justifiée. Que certaines solutions paraissent juridiquement meilleures que d'autres est fort possible. Mais ces appréciations ne permettent pas de dire que telle solution jugée la meilleure – par qui ? – serait la seule possible ou que les autres, jugées moins bonnes seraient « non juridiques ». C'est aussi ce qui explique que telle jurisprudence puisse, des années durant, susciter la critique de la doctrine sans que pour autant cela ne prive cette même jurisprudence de son caractère juridique.

Enfin, le raisonnement juridique ou judiciaire ne peut guère se détacher de préoccupations tirées de la morale ou de la philosophie politique et sociale ou de considérations d'ordre sociologique.

Ce point mérite d'être examiné à part.

2. Raisonnement juridique et raisonnement pratique

On peut distinguer au moins deux conceptions très différentes – et d'ailleurs incompatibles – de la non-autonomie du raisonnement juridique.

---

[2] R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 39 s.

[3] K. N. Llewellyn, « Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules and Canons About How Statutes are to be Construed », *Vanderbilt Law Review,* vol. 3, 1950, p. 395-406 et H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, chap. VIII.

L'une revient à dire que le raisonnement juridique est un raisonnement pratique qui a besoin de la morale parce que le droit est conceptuellement lié à la morale. L'autre défend au contraire l'idée que le raisonnement juridique est un raisonnement pratique non parce que le droit est conceptuellement lié à la morale mais parce que les juges ne peuvent pas raisonner sur le seul fondement du droit de sorte que leur subjectivité est toujours présente.

2.1. Une conception non positiviste du raisonnement juridique comme raisonnement pratique

Selon la conception non positiviste, le raisonnement juridique pratique tend vers la justice car le droit et la morale sont conceptuellement liés l'un à l'autre. Le raisonnement juridique est donc pensé comme un cas particulier, un cas spécial, du raisonnement pratique général. L'argumentation juridique est vue comme présentant deux faces, l'une qui fait autorité, institutionnelle ou réelle ; l'autre, libre, discursive et idéale4. L'argumentation juridique est ouverte aux raisons morales, c'est-à-dire à ces raisons qui sont acceptables par tout un chacun parce qu'elles concernent notre auto-compréhension collective incarnée dans nos traditions et nos jugements les plus forts[5]. Mais cette argumentation est aussi systématiquement liée aux raisons éthico-politiques et pragmatiques lesquelles concernent aussi bien la pertinence des moyens pour réaliser certains buts que l'équilibre des intérêts et des compromis.

La thèse du « cas spécial » n'affirme pas qu'il y a effectivement une harmonie entre droit et morale mais elle soutient que la prétention à l'harmonie entre droit et morale est une revendication implicite du droit. Elle se manifeste par le fait que toute loi comme tout jugement prétend implicitement tendre vers la justice ou se conformer à un idéal de justice. Ainsi, on ne concevrait pas qu'une disposition constitutionnelle ou législative affirme, par exemple : « X est un État souverain et une République injuste »[6]. De même, une décision de justice prétend toujours être juridiquement valide mais aussi moralement correcte *en tant que* décision de justice. D'ailleurs, selon cette théorie, une décision de justice qui serait fondée sur une loi injuste ou déraisonnable mais juridiquement valide serait, elle aussi, juridiquement valide. Mais elle ne serait pas parfaite car elle demeurerait imprégnée de l'erreur qui entache la loi sur laquelle elle se fonde. Les décisions judiciaires injustes ne peuvent d'ailleurs pas être considérées comme discutables d'un point de vue moral mais néanmoins juridiquement parfaites une fois pour toutes. L'argumentation juridique est donc, tout comme l'argumentation du discours général, liée à des raisons morales, éthiques et pragmatiques.

Cette thèse se heurte à une première objection. En effet, si les juges peuvent ne pas s'en tenir aux raisons que les législateurs leur donnent au travers de la loi, le risque existe

---

[4] A. Peczenik, « Legal Reasoning as a Special Case of Moral Reasoning », *Ratio Juris*, vol. 1, 1988, p. 123-136 ; I. Dwars, « Application Discourse and the Special Case-Thesis », *Ratio* Juris, vol. 5, 1992, p. 67-78 ; G. Pavlakos, « The Special Case Thesis. An Assessment of R. Alexy's Discursive Theory of Law », *Ratio Juris*, vol. 11, 1998, p. 126-154 ; R. Alexy, « The Special Case Thesis », *Ratio Juris*, vol. 12, 1999, p. 374-384.

[5] J. Habermas, *Between Facts and Norms*, (1992) trad. angl. William Rehg, Cambridge, The MIT Press, 1996, p. 108.

[6] R. Alexy, « The Dual Nature of Law », *Ratio Juris*, vol. 23, 2010, p. 167-182, ici p. 169.

que les juges se transforment eux-mêmes en une autorité indépendante du législateur et perdent toute légitimité démocratique[7].

La réponse de la thèse du cas spécial à cette objection est la suivante : ce qui fait la spécificité de l'argumentation juridique et qui évite que les juges puissent se comporter en législateurs indépendants vient de ce que cette argumentation juridique dépend elle-même de raisons institutionnelles, des raisons qui font autorité. Cette dépendance est très importante car c'est précisément la priorité *prima facie* des raisons institutionnelles sur les raisons morales qui maintient le discours juridique dans les limites de la démocratie et lui confère sa légitimité démocratique. Ainsi la théorie du « cas spécial » fournit-elle quelques directives d'interprétation en prescrivant de donner la préséance ou la priorité ou encore la primauté à certains arguments interprétatifs au premier rang desquels on trouve la recherche du sens véritable des mots de la loi ou encore la recherche de la volonté du législateur historique8. Mais ces arguments ne doivent pas non plus servir à masquer l'intention du juge et plutôt que d'invoquer, comme le fait Habermas, une hypothétique intention du législateur qui servirait à déguiser celle du juge, mieux vaut préférer la référence à des arguments pratiques relevant du discours général[9].

Une autre objection adressée à la thèse du « cas spécial » est que l'intégration des arguments moraux dans le droit leur fait subir un changement de nature ; les exemples qui attesteraient de la moralité dans le droit ne montrent pas que le droit est subordonné à la morale mais seulement que les contenus moraux sont traduits dans le langage juridique pourvus d'un mode de validité différente[10]. Et si les discours moraux et juridiques ont en commun d'avoir à faire avec une logique d'application des normes, la dimension de validité des normes juridiques est plus complexe et prohibe qu'on assimile la légitimité des décisions juridiques à la validité des jugements moraux. On ne devrait donc pas concevoir le discours juridique comme un cas spécial, un cas particulier, des discours moraux[11].

La réponse que fournit Alexy consiste dans la thèse de l'unité de la raison pratique car un système démocratique et constitutionnel est une tentative d'institutionnaliser la

---

[7] J. Habermas, *op. cit.* ; et du même, « A Short Reply », *Ratio Juris*, vol. 12, 1999, p. 445-453, ici p. 447.

[8] R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, (1978), trad. angl. R. Adler and N. MacCormick, Oxford, Clarendon, 1989, p. 248 : « Arguments which give expression to a link with the actual words of the law, or the will of the historical legislator, take precedence over other arguments, unless rational grounds can be cited for granting precedence to the other arguments. »

[9] R. Alexy, 2010, *art. cit.*, ici, 179-180 : « The hypothetical intention of the legislator (...) is a highly problematic construction. It comes close to an invitation to mask the judge's intention as the hypothetical intention of the legislator. Here undisguised general practical argument seems to be preferable »

[10] J. Habermas, *Between...*, *op. cit.*, p. 204 : « moral contents, once translated into the legal code, undergo a change in meaning that is specific to the legal form » et p. 206 et « examples for morality in the law show only that moral contents are translated into the legal code and furnished with a different mode of validity. Overlapping contents do not blur the boundary between law and morality, which are irreversibly differentiated at the postconventional level of justification. As long as the difference between the languages of morality and law is maintained, the migration of moral contents into law does not signify any immediate moralization of law. »

[11] *ibid.* : « No doubt one can use moral discourses of application as a model for investigating legal discourses, for both have to do with the logic of applying norms. But the more complex validity dimension of legal norms prohibits one from assimilating the legitimacy of legal decisions to the validity of moral judgments. To this extent one should not conceive legal discourse as a special case of moral discourses. »

raison[12]. La raison pratique justifie l'existence d'un tel système et de ses structures fondamentales ; elle doit être utilisée dans l'argumentation juridique afin de lui permettre de satisfaire l'exigence de justesse morale qui lui est intrinsèque. Les arguments pratiques généraux ne sont pas institutionnels mais ils flottent tout autour et peuvent être incorporés, intégrés ou encore spécifiés autant qu'on veut. Autrement dit, pour Alexy, l'objection de Habermas ne porte pas puisque le droit et la morale ne sont pas deux sphères de légitimité extérieure l'une à l'autre mais sont intimement et conceptuellement liés.

Une troisième objection est développée par Bulygin qui conteste la connexion conceptuelle entre le droit et la morale sur laquelle cette thèse repose[13]. L'objection se fonde sur deux arguments. Le premier est que le droit ne prétend nullement à la justesse morale ou du moins qu'il n'y a aucun moyen de prouver que le droit tend à cette justesse morale et, par ailleurs, quand bien même on admettrait cette prétention, nous n'aurions aucune garantie que toutes les autorités juridiques susceptibles de poser des normes comprendront de façon identique la justesse morale ou plus simplement la justice. Qui peut en effet dire que le terme « justice » est à ce point univoque qu'il sera utilisé dans le même sens par tous ? Le second argument est que cette prétention à la justesse morale ne constitue nullement un trait caractéristique et définitoire des systèmes ou des normes ou encore des décisions juridiques : il ne le serait qu'à la condition que ces normes, décisions ou systèmes injustes cessent d'être considérés comme juridiques. Or, on l'a vu, même Robert Alexy ne va pas jusqu'à admettre que des normes juridiques injustes ne sont plus juridiques. Elles sont au mieux défectueuses.

La contre-objection d'Alexy est que les normes ou décisions juridiques prises par des individus agissant en tant qu'autorité juridique et non en tant que simple individu ne peuvent être et ne sont effectivement pas justifiées à l'aide d'un argument tiré du bon vouloir de l'auteur de la décision ou de son plaisir propre sans que cela paraisse scandaleux[14]. Et par ailleurs, ajoute Alexy, une décision individuelle ne cesse certes pas d'être juridique si son auteur n'érige aucune prétention à la justesse morale. Mais une décision individuelle est elle-même incorporée dans un système juridique qui, lui, érige cette prétention. Ces systèmes juridiques ne perdent pas leur caractère juridique si quelques décisions individuelles n'érigent pas cette prétention à la justesse mais ce serait le cas si le nombre de normes ou de décisions dépourvues de la prétention à la justesse était tel qu'on puisse dire que le système tout entier a abandonné cette prétention. Quant à l'argument de l'univocité de la justice, Alexy reconnaît volontiers que différents systèmes juridiques donnent lieu à des conceptions différentes de la justice ; tout comme il reconnaît que la connexion nécessaire entre droit et moral ne présuppose pas une morale réellement partagée par tous. Cette connexion est selon lui compatible avec des différends moraux car la prétention à la justesse en droit est plus complexe qu'en morale.

---

[12] v. M. Klatt (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

[13] E. Bulygin, « Alexy und das Richtigkeitsargument », *in Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*, ed. Aulis Aarnio, S. L. Paulson, O. Weinberger, G. H. von Wright and D. Wyduckel, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, 19-24 et E. Bulygin, « Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality », *Ratio Juris*, vol. 13, 2000, p. 133-137.

[14] R. Alexy, « On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality : Bulygin's Critique », *Ratio Juris,* vol. 13, 2000, p. 138-147.

La raison en est encore une fois l'incorporation des demandes juridiques dans le contexte institutionnel des systèmes juridiques : les décisions juridiques impliquent donc des arguments moraux au moins dans les cas difficiles tout comme la législation prétend être moralement justifiable même en cas de compromis politique. En d'autres termes, on peut dans les deux cas parler d'éléments moraux actifs en droit. Enfin, Alexy insiste sur le cadre moral du droit (« moral framework of law ») : la prétention du droit à la justesse ne concerne pas seulement la justesse morale de certaines décisions juridiques ou de certaines normes mais elle concerne aussi l'usage du droit pour résoudre des problèmes sociaux.

En dépit de sa grande sophistication, la thèse d'Alexy ne parvient pas à convaincre de cette prétention à la justesse morale. Un des problèmes persistants est que les normes pratiques demeurent des normes générales et ne fournissent pas par elles-mêmes de solutions à un cas particulier. Mieux, comme le dit Klaus Günther, même si le discours pratique permettait d'aboutir à des décisions définitives, ces décisions ne seraient que moralement contraignantes et ne le seraient pas factuellement ni même, peut-on ajouter, juridiquement[15]. À l'examen, la thèse du cas spécial repose sur une implication qui ne va pas de soi et que l'on peut formuler ainsi : parce qu'en droit, nombre de décisions ne sont pas justifiées uniquement à l'aide des seuls motifs juridiques disponibles, les critères d'évaluation des décisions juridiques devraient eux aussi être ou du moins prendre en compte des critères moraux. Or, ce sont deux choses très différentes : on peut très bien reconnaître que les motifs par lesquels les décisions juridiques sont justifiées font appel à des conceptions morales et pour autant évaluer telle décision à l'aide de critères purement juridiques. Autrement dit, on peut juger de la validité juridique d'une décision juridique elle-même imprégnée de morale sans avoir également besoin de juger de sa validité morale. Le fait est qu'il arrive bien souvent – et peut-être de plus en plus – que les normes juridiques fassent appel à des concepts moraux, comme le montre à l'envi le droit national et international des droits de l'homme. Pour autant, que les sources du droit empruntent leur vocabulaire à des concepts moraux ne nous contraint pas nécessairement à considérer qu'une évaluation juridique des décisions qui en font application doit elle aussi se référer à la morale. Bref, nous ne sommes pas encore tenus d'abandonner la séparation du droit et de la morale (ni, donc, de renoncer à une « approche positiviste » du droit qui entend distinguer la description du droit de son évaluation morale).

Mieux encore, face à cette introduction des concepts moraux dans les sources du droit, deux attitudes sont envisageables : l'une, qui considère que ces concepts cessent d'être moraux pour devenir des concepts juridiques fortement indéterminés ; l'autre, qui considère que le droit renvoie à la morale comme un système de normes renvoie à un autre sans que pour autant la morale devienne du droit[16]. Que l'on préfère l'une ou l'autre des deux interprétations ne change rien au fait que le droit et la morale restent deux systèmes normatifs séparés et rien ne permet de conclure que le droit doit être subordonné à la morale. Dans les deux cas, les autorités – les juges – qui doivent utiliser ces concepts moraux disposent d'un pouvoir discrétionnaire considérable étant donné la très grande indétermination des doctrines morales – qu'on les considère comme

[15] K. Günther, « Critical Remarks on Robert Alexy's "Special-Case Thesis" », *Ratio Juris*, vol. 6, 1993, p. 143-156.

[16] J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford, Oxford UP, 1983, p. 46 s.

incorporées au droit ou extérieures à lui. Mais cela ne conduit nullement à admettre que le droit est conceptuellement lié à la morale et que les décisions juridiques doivent nécessairement être motivées à l'aide de raisons morales pour être de « vraies » décisions juridiques ou être « vraiment » juridiques. Pour autant, devrions-nous exiger que les décisions juridiques soient justifiées par des motifs juridiques ? Non plus.

On peut donc proposer de voir les choses un peu autrement.

2.2. Une conception réaliste du raisonnement juridique comme raisonnement pratique

Une autre approche est envisageable qui tend à considérer que la raison pratique n'est incompatible ni avec le réalisme ni avec la subjectivité des juges.

Aussi paradoxal que cela puisse paraître, bien des théories du raisonnement pratique sont encore trop imprégnées de l'idée que les règles déterminent le comportement des juges[17]. Si le réalisme consiste à admettre que toute décision juridictionnelle est d'abord et avant tout un ensemble de décisions rendues nécessaires par l'indétermination du droit, ce réalisme ne conduit pas nécessairement à l'irrationalisme[18]. Les choix auxquels sont contraints les juges demeurent le reflet de leur subjectivité mais cette subjectivité ne les condamne pas à la tyrannie ou aux caprices. Le raisonnement juridique est d'ordre pratique en ce qu'il tend à satisfaire des fins pratiques – aussi diverses soient-elles – et donc à répondre à des besoins sociaux et des attentes individuelles susceptibles toutefois d'être universalisées et donc pensées comme celles d'une collectivité. Et parce qu'il est pratique et non déductif, ce raisonnement ne peut se passer d'une forme d'évaluation critique ou réflexive de la part des juges qui ont à appliquer les normes juridiques et à fournir des justifications aux normes qu'ils seront amenées à poser.

On ne peut donc qu'être assez sceptique envers les présentations du raisonnement juridique qui voudraient qu'après avoir qualifié les faits et identifié la question de droit, les juges trouvent sans la chercher la prémisse majeure qui, appliquée aux faits en question, conduira naturellement voire mécaniquement à la solution logique. Au contraire, quand bien même le raisonnement juridique commencerait par identifier les faits afin de retenir la qualification la plus pertinente, le choix de la prémisse majeure demeure un choix compte tenu de l'indétermination du droit. Il faut donc dans tous les cas attribuer une signification à un texte – la norme du texte –, activité que d'aucuns appellent « interprétation »[19]. Cette attribution ne peut se faire sans une certaine dose d'appréciation discrétionnaire. C'est là qu'interviennent des raisons d'ordre axiologique ou idéologique : car la signification ne sera pas attribuée sans que soit également aussi pris en compte tout un ensemble de considérations tenant à la pertinence de la norme, à son applicabilité, voire son efficacité…

---

[17] Comme le fait justement remarquer E. W. Thomas, *The Judicial Process: Realism, Pragmatism, Practical Reasoning and Principles*, Cambridge, Cambridge UP., 2005, p. 318.

[18] K. N. Llewellyn, « Some realism about realism. Responding to Dean Pound », *Harvard Law Review* vol. 44, 1931, p. 1222-1264, ici p. 1237.

[19] G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1974 : « Il "problema dell'interpretazione": una formulazione ambigua », p. 389-402, not. p. 394-395 : « une norme n'a pas de signification pour la bonne raison qu'elle n'est (rien d'autre) qu'une signification » ; T. Ascarelli, « Interpretazione e Giurisprudenza Costituzionale », *in Problemi giuridici*, Milan, Giuffrè, 1959, p. 140 ; R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, 1992, p. 109 ; M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994 et *Le droit, l'État et la théorie du droit*, Paris, PUF, 2001.

Dans la plupart des systèmes juridiques, ces choix sont justifiés – on appelle cela la justification externe – et quand ils le sont ils ne peuvent l'être à l'aide d'arguments déductifs. La justification externe n'est en effet pas syllogistique mais est une affaire de persuasion et d'argumentation : elle est convaincante ou non et il n'y a pas de critère exact sur le fondement duquel on peut considérer que tel argument est pertinent[20].

Ici cependant, intervient une question de style dont il faut dire un mot.

2.3. Formalisme stylistique et formalisme interprétatif

En effet, ces choix relevant de la justification externe peuvent aussi ne pas être explicitement justifiés ou du moins cette justification peut-elle ne pas figurer dans la décision elle-même et être réservée à d'autres lecteurs que les parties au litige[21]. C'est ce que pratique le système juridique français et qui fait dire à certains qu'il est empreint d'un formalisme glacé[22]. Il faut toutefois nuancer : s'il est incontestable que les décisions juridictionnelles sont très formalistes en ce qu'elles ne fournissent pas les justifications de choix interprétatifs des juges, les systèmes dans lesquels ces justifications sont fournies connaissent eux aussi des juges dits formalistes : c'est-à-dire, des juges qui tendent à considérer que les textes n'ont qu'un sens ou qu'il existe un sens littéral de ces textes ou encore qu'il existe un sens vrai qui s'impose de lui-même, de sorte qu'il n'est pas choisi et qu'il n'y a donc pas lieu de justifier cette évidence qui saute aux yeux.

On doit donc distinguer deux sortes de formalisme : l'un est stylistique, l'autre est interprétatif. Les deux peuvent se cumuler mais ce cumul n'est logiquement pas nécessaire. Ainsi, en France, les juridictions sont très formalistes par leur style de décision mais on peut arriver à savoir, plus ou moins, que les choix interprétatifs ne sont pas toujours formalistes loin de là. On pourrait multiplier les exemples mais il en est un qui ne manque jamais de surgir. C'est bien évidemment l'arrêt *Commune de Morsang-sur-Orge* du Conseil d'État dans lequel ce dernier affirme que « le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public » pour ensuite considérer que « l'attraction de « lancer de nain » consistant à faire lancer un nain par des spectateurs conduit à utiliser comme un projectile une personne affectée d'un handicap physique et présentée comme telle » et que « par son objet même, une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine » [23]. Or, aussi formaliste qu'elle paraisse, cette décision, comme toutes celles dans lesquelles le juge crée une norme générale nouvelle, doit être décomposée : si la norme individuelle qui constitue la solution est certes logiquement déduite de la norme générale, cette dernière, vient de

---

[20] A. Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable. La justification en* droit (1986), trad. G. Warland, Paris-Bruxelles, LGDJ-Story Scientia, 1992, p. 152.

[21] Sur la question du style, on se permet de renvoyer au dossier « "Les styles judiciaires" : diversité des approches, nécessité des évolutions » (dir. P. Brunet, J.-L. Halpérin, R. Nollez-Goldbach), *Droit et société*, vol. 3, n°91, 2015, p. 465-471.

[22] H. Kötz, « The Role of the Judge in the Court-Room : The Common Law and Civil Law Compared », *Journal of South African Law* (1), 1987, p. 35, ici p. 41, à propos de la Cour de cassation : « The style of French judicial opinions (…) are generally marked by polished elegance and formal clarity, but they also seem to be frozen in a pedantic ritual of empty formalism, inappropriate to the uniqueness of the concrete facts of life behind the case which can often only be guessed at. »

[23] Conseil d'État, Assemblée, 27 octobre 1995.

nulle part et personne ne pouvait prétendre la connaître avant qu'elle ne soit posée par le juge [24].

Le formalisme stylistique constitue bien souvent le meilleur moyen de présenter comme une évidence ce qui ne l'est pas du tout. On serait tenté de dire qu'il est au fond une stratégie argumentative au service de la neutralité et de l'impartialité[25]. C'est d'ailleurs là son principal mérite : ce formalisme donne aux décisions (i.e., à leur justification) une forme aussi logique et déductive que possible. Mais, à lui seul, ce style n'empêche nullement que le raisonnement pratique que suivent les juges soit aussi constitué de choix subjectifs. Et ces choix commencent avec la formulation de ce qui sera la prémisse majeure ou la norme que les juges appliqueront. Il ne faut donc pas exagérer la neutralité de ce style mais prendre en compte aussi sa raison d'être qui tient à ce que les juges doivent rendre leur décision en tenant compte des délais et des procédures qui s'imposent à eux ou qu'ils s'imposent de respecter… le style formaliste permet donc de gagner du temps, de s'épargner quelques discussions et de se conformer non pas tant au droit positif qu'à une certaine conception – positiviste ou légaliste – de la fonction (ou du pouvoir) judiciaire[26], laquelle reste perçue comme devant demeurer subordonnée, technique, et aussi prévisible que possible afin de garantir aux justiciables ce que l'on appelle la sécurité juridique et qui n'est au fond rien d'autre qu'un sentiment assez vague que l'affaire a été examinée attentivement et avec impartialité.

On peut toutefois ici songer à une objection assez fréquente – et que l'on a aperçue chez Alexy – tirée des cas difficiles, ceux pour lesquels les règles ne fournissent pas de

---

[24] Ou presque. Cf. P. Frydman, Conclusions sur CE, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, *RFDA*, 1995 p. 1204 s., qui invoque des arguments bien éloignés des textes ou des grands principes identifiés comme « juridiques » pour démontrer qu'à côté des notions classiques de salubrité, sécurité, tranquillité l'ordre public devait accueillir le respect de la dignité humaine : « Sans aller jusqu'à évoquer ici les *Untermenschen* ou "sous-hommes" stigmatisés comme tels par l'Allemagne nazie – encore qu'il ne soit pas inutile de rappeler que les nains en faisaient précisément partie –, on ne peut qu'être frappé par la parenté unissant un tel spectacle avec les jeux du cirque de l'Antiquité, dont on connaît le rôle de canalisation des pulsions sadiques de la population. On ne peut davantage s'empêcher de comparer le sort du nain ainsi exhibé avec celui réservé aux phénomènes de foire, tels que les frères siamois, victimes de régressions génétiques ou autres monstres en tous genres, qui tendent aujourd'hui fort heureusement à disparaître, mais dont un film comme *Elephant Man*, de David Lynch, a pu souligner, à juste titre, la situation de profonde détresse ». Et plus loin : « Au total et bien que l'absence, à ce jour, de toute jurisprudence tant administrative que judiciaire ayant précisément défini les contours de cette notion vous prive ici d'éléments de comparaison utiles, il nous apparaît que le spectacle critiqué doit bien être regardé comme portant atteinte à la dignité de la personne humaine. Aussi étendue que soit la liberté d'expression, une attraction consistant ainsi, en vue de flatter les plus vils instincts, à ravaler au rang d'objet une personne handicapée à raison même de son handicap, ne nous paraît en effet pas pouvoir trouver sa place dans une société civilisée. Les réactions du corps social précédemment évoquées, qui montrent à quel point ce spectacle a été ressenti comme une régression par rapport aux efforts d'intégration sociale des handicapés déployés dans les dernières décennies, ne font que renforcer cette analyse. Du reste, on pourrait être tenté de se demander si une attraction aussi méprisable que le lancer de nains ne porte pas, à la vérité, tout autant atteinte à la dignité des spectateurs qui y participent ou y assistent qu'à celle des nains eux-mêmes… ».

[25] v. W. Murphy, « Judicial Strategy », *in Encyclopedia of the American Constitution*, L. W. Levy, K. L. Karst and D. J. Mahoney (eds.), NY, Macmillan, 1986, p. 1485-1488 et aussi L. Epstein and J. Knight, *The Choices Justices Make*, Washington DC, Congressional Quarterly Press, 1998 ainsi que F.B. Cross, « Justices of Strategy », *Duke Law Journal*, vol. 48, 1998, p. 511-570.

[26] R. A. Posner, « Tribute to Ronald Dworkin and a Note on Pragmatic Adjudication », *New York University Annual Survey of American Law*, vol. 63, 2007, p. 9-14.

solution[27] : soit parce que le cas est inédit, soit parce que la règle est indéterminée, soit encore pour les deux raisons à la fois. Dans ces cas-là, les juges ne doivent-ils pas nécessairement faire appel à des justifications morales ou de philosophie politique ? Certains semblent même d'ailleurs le reconnaître *a contrario*. Ainsi, par exemple, de nombreux juges soutiennent volontiers que, dans leur grande majorité, les affaires qui leur sont présentées admettent une juste réponse car le droit est très largement déterminé. Pour autant, continuent-ils le droit ne dicte pas toutes les solutions de façon absolue, il conserve une « dimension ouverte », autrement dit, s'il est largement déterminé, il n'est pas toujours clair. Cette réalité, concluent-ils, ne les empêche nullement d'assumer leur fonction et de prendre des décisions conformément au droit[28]. Il faut ici souligner la grande ambiguïté de l'argumentation qui d'une part commence par établir une distinction entre deux situations – les cas dans lesquels le droit est déterminé et ceux dans lesquels il est indéterminé – pour ensuite considérer que cette distinction n'emporte aucune conséquence. Or, que signifie décider « conformément au droit » lorsqu'on admet que le droit est lui-même indéterminé ? N'est-il pas contradictoire de considérer que le droit peut fournir une solution qu'il ne prévoit pas ?

On mesure ainsi combien la distinction entre cas faciles et cas difficiles est douteuse. Elle est d'abord empreinte de formalisme et de cette croyance que le droit n'est qu'exceptionnellement indéterminé. Elle est ensuite entachée de circularité car savoir si un cas est facile ou difficile, autrement dit si la signification d'un texte est déterminée par le langage ordinaire et si ce dernier s'impose à l'interprète, ne peut se faire qu'à l'aide d'une autre décision interprétative elle-même discrétionnaire. Or, quand bien même l'interprète déciderait de se fier au sens ordinaire des termes dans lesquels sont rédigés les textes, cette décision reste une décision[29].

En d'autres termes, nous pouvons au quotidien adhérer par commodité à l'idée qu'il existe des faits sémantiques, que tel mot employé l'est nécessairement dans son sens ordinaire et que le dictionnaire mental qui est le nôtre n'a pas besoin d'être constamment enrichi. Cela ne nous garantit cependant pas une parfaite communication avec autrui. Le contexte de la communication juridique n'est pas celui de la communication ordinaire et ne peut se contenter de cette approximation. Un texte juridique est certes rédigé dans une langue connue de ceux qui la pratiquent mais le niveau de langage qui est le sien reste distinct de celui de la communication ordinaire. Le doute est donc toujours possible sur le sens ordinaire ou non qu'un mot est censé recevoir. De sorte que décider de conserver à un texte son sens ordinaire ou littéral ou évident ou clair, peu importe ici les termes que l'on choisit, c'est encore décider. On peut comprendre que cette décision soit plus facile à prendre car moins coûteuse en argumentation et donc plus rapide à rédiger. Mais elle demeure une décision interprétative et n'est en rien un acte dicté par des règles sémantiques qui s'imposeraient inéluctablement aux juges.

---

[27] H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, (1961), trad. fçse M. van de Kerchove, Bruxelles, PFUSL, 1976, chap. 7.

[28] H. T. Edwards, M. A. Livermore, « Pitfalls of Empirical Studies That Attempt to Understand the Factors Affecting Appellate Decisionmaking », *Duke Law Journal*, vol. 58, n°8, 2009, p. 1895-1989, ici p. 1915 s. et aussi B. Z. Tamanaha, *Beyond the Formalist-Realist Divide. The Role of Politics in Judging*, Princeton, Princeton UP, 2009.

[29] V. R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 270 s.

En réalité, contrairement à ce que prétendent ceux qui l'emploient, cette distinction ne décrit rien d'empirique ni de factuel : dire d'un cas qu'il est facile ou difficile, ce n'est rien d'autre qu'une appréciation évaluative susceptible de justifier une décision interprétative. Cette distinction est à la discrétion des juges mais elle ne saurait servir d'instrument de mesure d'un pouvoir discrétionnaire lui-même, à proprement parler, incommensurable parce que nul ne dispose d'un instrument permettant de le mesurer. Cette distinction ne nous aide donc pas à identifier des décisions qui seront justifiées par des motifs juridiques et celles qui le seront par des motifs non juridiques.

De son côté, la distinction entre les motifs juridiques et non juridiques des décisions de justice, si elle sonne bien à l'oreille et paraît séduisante à première vue, s'avère insaisissable. Elle est peut-être même dangereuse car, quand bien même on reconnaîtrait que les motifs qui ont servi à fonder une décision ne sont « pas juridiques », on n'aurait probablement rien fait d'autre que reproduire un double préjugé formaliste à savoir que le droit positif contient toutes les solutions possibles et qu'il suffit de lire des textes pour y trouver les solutions en question. Ce préjugé a lui-même le mérite insigne de soustraire les juges à leur propre responsabilité en (leur) donnant l'illusion que le droit est extérieur à eux, qu'ils le trouvent d'eux-mêmes puis l'appliquent mécaniquement. Cette illusion a été maintes fois contestée[30] mais sa capacité à rassurer contre la subjectivité lui confère le statut de mythe[31], un de ceux dont on ne parvient pas à se débarrasser. La seule utilité qu'on peut cependant trouver à la distinction des motifs juridiques et non juridiques est de permettre au juriste d'exprimer son étonnement devant certaines motivations et de montrer ensuite que le droit est précisément loin de correspondre au cliché que d'aucuns aiment à véhiculer, faisant du droit une sorte d'idéal de justice ou, pour le dire en termes contemporains, de démocratie. Le piquant de l'affaire est que, c'est lorsqu'elles sont justifiées par la justice et la démocratie que les décisions des cours les plus réputées et les plus élevées dans la hiérarchie judiciaire apparaissent désormais comme « vraiment juridiques » plutôt que morales ou politiques. On peut y voir l'expression de l'idéologie dominante qui confie aux juges (et pas seulement aux juges formellement reconnus comme juges constitutionnels) la mission de protéger la démocratie, identifiée au droit, contre le peuple ou ses représentants identifiés à la politique.

---

[30] v. entre autres, M. R. Cohen, « The Process of Judicial Legislation », *American Law Review*, 1914, vol. 48, p. 161-198 qui écrit, reprenant John Chipman Gray: « Moreover, not only is the common law changed from time to time by judicial decisions, but we may with Professor Gray go on to assert that in the last analysis the courts also make our statute law; for it is the Court's interpretation of the meaning of a statute that constitutes the law » et encore récemment E. Chemerinsky, *The Case against the Supreme Court*, New York, Viking, 2014, p. 332.

[31] P. Veyne, *La société romaine*, Paris, Seuil, 1990, Chap 4, « Mythe et réalité de l'autarcie à Rome », p. 131-162 : « un mythe sert à deux usages (…) Tantôt il sert à condamner la réalité au nom de la vérité qu'il contient, tantôt il veut faire admettre une réalité censée conforme à la vérité. À vrai dire, il fait les deux d'un seul coup, puisque nous avons l'étrange faculté de confondre à plaisir ce qui est et ce qui devrait être ; on peut aussi bien reprocher aux sociétés actuelles de ne pas respecter leur propre mythe des droits de l'homme que les exalter parce qu'elles le respectent, à d'inévitables imperfections ou impossibilités près. À ce prix, on voit mal comment un mythe pourrait être démenti ou confirmé. Si bien qu'il est toujours possible d'affirmer un mythe et de le violer en même temps. »