

# Évaluation de la fonction judiciaire à partir des paramètres de son activité d'interprétation et d'application du droit

**María-Isabel Garrido Gómez**

DANS **REVUE INTERDISCIPLINAIRE D'ÉTUDES JURIDIQUES** 2009/2 Volume 63 , PAGES 133 À 154  
ÉDITIONS **PRESSES DE L'UNIVERSITÉ SAINT-LOUIS**

ISSN 0770-2310

DOI 10.3917/riej.063.0133

Date de mise en ligne : 15/09/2012

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2009-2-page-133?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...  
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



## Évaluation de la fonction judiciaire à partir des paramètres de son activité d'interprétation et d'application du droit\*

María-Isabel GARRIDO GÓMEZ  
Maître de Conférence en Philosophie du Droit,  
Université de Alcalá (Espagne)

### 1. Introduction

Les décisions judiciaires prononcées au sein d'un État de droit doivent tenir compte des valeurs et des intérêts en conflit, préalablement qualifiés par le législateur de façon générale et abstraite. À partir de « cette perspective, le droit positif doit répondre à une systématisme constructive d'un mécanisme de sécurité qui renvoie à des valeurs telles que la liberté, la sécurité, l'égalité et la solidarité »<sup>1</sup>.

Suivant la théorie de Bulygin<sup>2</sup>, le fondement d'une décision est une norme générale dont la décision est un cas d'application, une relation logique de nature non causale les reliant. Les juges doivent argumenter leur raisonnement, et le respect de la loi ne garantit pas la rationalité décisionnelle. La norme peut être irrationnelle dans son contenu ; des éléments externes ont une influence sur son processus applicatif et, souvent, elle est fondée sur les critères d'opportunité et d'utilité correspondant à un conflit de droits et à la satisfaction du plus grand nombre<sup>3</sup>.

---

\* Proyet Consolidar-Ingenio 2010 « The Age of the Rights », CSD2008-00007, et Proyet « Historia de los derechos fundamentales. Siglo XX » (DER-2008-03941/JURI), Ministère de Science et Innovation espagnol (2008-2010).

<sup>1</sup> M. ATIENZA, *Contribución a una teoría de la legislación/Contribution à une théorie de la législation*, Madrid, Civitas, 1997, p. 32

<sup>2</sup> E. BULYGIN, « Sentencia judicial y creación del Derecho »/« Jugement judiciaire et création du droit », in C.E. Alchourrón et E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho/Analyse logique et droit*, Madrid, Centre d'Études Constitutionnelles, 1991, p. 356.

<sup>3</sup> M. ATIENZA, *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico/Après la justice/Une introduction au droit et au raisonnement juridique*,

On ne comprendra ces idées en droit qu'en les reliant à la question de l'exercice par le juge de son pouvoir discrétionnaire, choix entre diverses possibilités s'excluant mutuellement, sachant qu'au sens fort, ce pouvoir signifie qu'il n'y a pas « une » réponse correcte.

Notons d'ailleurs que la réponse aux questions posées dépendra du système juridique étudié : ainsi, dans le système continental, les décisions judiciaires finissent par une sentence nécessairement justifiée sur base d'une norme générale – le verdict ne peut être arbitraire, il doit être déduit des normes préalables et des faits, même lorsque le juge « crée » des normes générales en construisant un énoncé à partir de plusieurs d'entre elles. Il nous semble d'ailleurs légitime de se demander si celles-ci font partie de l'ordonnement juridique, mais nous ne pourrions aborder ici cette question. À ce niveau de l'analyse, il faut lier la réponse, parmi d'autres facteurs, aux différents sens que revêt l'activité interprétative.

Ces premières observations nous permettent d'affirmer que le pouvoir judiciaire exerce une activité de rationalisation dirigée vers les titulaires du droit au jugement, et de mesurer l'importance de la personne à laquelle il revient de dire le dernier mot en droit, pouvoir lié à la souveraineté et à l'origine de l'ordre juridique<sup>4</sup>. Les modèles de connexion entre juges et sphère socio-politique sont très divers, impliquant des conséquences également différentes - il faut tenir compte d'une complexité croissante et d'une possible confusion, particulièrement quand on interroge le caractère prévisible des décisions judiciaires. Dans chaque modèle, le pouvoir discrétionnaire du juge agit de façon plus ou moins intense.

Tout cela pose problème par rapport à la « certitude » et, plus largement, à la sécurité juridique. En fait, la sécurité est aujourd'hui moins considérée comme une valeur brouillée avec la justice que comme un ensemble de dimensions éthiques faisant partie de la justice

---

Barcelone, Ariel, 1997, p. 242 et 243; F.J. EZQUIAGA GANUZAS, « *Iura novit curia* » y aplicación judicial del Derecho/ « *Iura novit curia* » et application judiciaire du droit, Valladolid, Lex Nova, 2000, p. 216 et s.; M. SEGURA ORTEGA, *La racionalidad jurídica/La rationalité juridique*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 118 à 120.

<sup>4</sup> M.A. CIURO CALDANI, *Filosofía de la jurisdicción: con especial referencia a la posible constitución de un Tribunal judicial del MERCOSUR/Philosophie de la juridiction: avec une référence spéciale à l'éventuelle constitution d'un Tribunal judiciaire du MERCOSUD*, Rosario (Argentine), 1998, p. 77.

R.I.E.J., 2009.63

formelle<sup>5</sup> : les exigences de la sécurité juridique constituent sans aucun doute un moyen idéal pour garantir le respect de certaines valeurs indispensables à un ordre social juste - autrement dit, les exigences de la sécurité juridique permettent d'établir un certain nombre de présupposés de la liberté. Un ordre juridique structuré introduit dans le domaine des relations publiques et privées des paramètres certains, fixes et prévisibles, qui permettent l'exercice confiant de l'initiative et de la liberté personnelles.

## 2. Considérations concernant la valeur de la sécurité juridique

L'action judiciaire et la sécurité juridique ont vécu de grands changements. En effet, dans le modèle rationaliste prôné par le positivisme, le juge devait respecter le contenu de la loi et satisfaire à l'exigence de la prévisibilité. Toute difficulté était « facilement » résolue par l'analogie, les règles réparatrices d'antinomies ou les critères d'interprétation<sup>6</sup>. Cette conception repose sur certaines croyances, que l'on peut formuler comme suit : le système juridique contient des réponses préexistantes à tout problème ; la séparation des pouvoirs prévoit que les législateurs sont seuls à créer le droit ; lorsqu'un législateur définit un nouveau droit, il n'oublie jamais que celui-ci doit s'harmoniser avec les dispositions préexistantes ; le vrai droit se trouve dans les textes écrits ; l'abstraction et la généralité sont ses vertus ; la pièce clé du raisonnement juridique réside dans la logique interne de ses concepts ; les décisions judiciaires doivent être justifiées par leur référence aux concepts généraux de l'ordre juridique ; la certitude et la prévisibilité sont réelles.

Tout ceci implique que, dans le modèle libéral de la sécurité, il y ait connexion entre exigences de la sécurité du droit et caractères de l'organisation sociale et politique propre à l'État moderne. Autrement dit, que la sécurité juridique soit associée à la légalité, soit « légale ». Cette conception suit une ligne directrice, entamée avec la modernité

---

<sup>5</sup> D. LYONS, « On formal justice », in *Moral Aspects of Legal Theory. Essays in Law, Justice and Political Responsibility*, New York, Cambridge University Press, 1993, p. 13 et s.

<sup>6</sup> F. ARCOS RAMIREZ, *La seguridad jurídica: Una teoría formal* / *La sécurité juridique: Une théorie formelle*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 294 à 297.

et atteignant la perfection avec la pensée d'un droit systématique et stable<sup>7</sup>.

Les éléments centraux de la sécurité juridique en tant que fondement de la prévisibilité des décisions judiciaires sont la certitude et l'efficacité juridiques, ainsi que l'absence d'arbitraire. Ils représentent les termes de base du langage de la sécurité, et tous les principes qui y sont en principe liés (publicité, clarté, non-rétroactivité, etc.) peuvent être envisagés comme instruments de certitude et/ou efficacité et/ou interdiction d'arbitraire.

Un premier ensemble sémantique relatif à la sécurité juridique peut donc être englobé dans le terme *certitude juridique*. Bien qu'elles soient très proches l'une de l'autre et qu'elles se superposent partiellement, il convient d'en distinguer quatre manifestations : la certitude d'orientation, la certitude d'existence, la prévisibilité juridique et la fermeté du droit.

Ce que nous appelons « certitude d'orientation » émane de la connaissance du contenu des normes, et ne doit pas être confondu avec ladite « certitude d'existence », laquelle relève de la conscience de l'existence et de la vigueur d'une régulation juridique, non d'un accès à son contenu<sup>8</sup>. Il s'agit de deux aspects distincts, bien que la certitude d'orientation ne soit possible sans une certitude préalable d'existence de la norme, cette dernière n'impliquant au contraire pas la connaissance d'un quelconque contenu. L'une dépend des qualités du langage juridique, qui rendent le contenu de la disposition compréhensible, sensé, clair, précis ; l'autre exige le concours de tous les indices révélant une existence juridique de la norme en question – publication, absence d'antinomies, hiérarchie des sources, etc.

Par ailleurs, sur la certitude de contenu et d'existence repose ce qui a classiquement été, et continue d'être, une autre manifestation, un concept restreint de sécurité juridique : la prévisibilité du droit. Celle-ci permet aux citoyens de connaître, clairement et à l'avance, ce qui est interdit et permis – en fonction de cette connaissance, ils peuvent

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 204 et s.; I. LIFANTE VIDAL, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea/L'interprétation juridique dans la théorie contemporaine du droit*, Madrid, Centre d'Études Politiques et Constitutionnelles, 1999, p. 103 et 104. Et L. GIANFORMAGGIO, « Certeza del Diritto », in *Studi sulla giustificazione giuridica*, Turin, Giappichelli, 1986, p. 158 et 159.

<sup>8</sup> L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milan, Giuffrè, 1975, p. 574 à 577.

organiser leur conduite et programmer leur action juridique future<sup>9</sup>. Le droit crée par là sécurité et confiance dans la vie de l'ordre social. En conclusion, la certitude juridique inclut la fermeté du droit en vigueur ; outre le contenu des normes, elle intègre l'absence de doutes concernant la pleine vigueur de certaines décisions : souvent celles-ci ne sont pas uniquement l'expression de la raison mais aussi une résolution prévisible de conflits.

Comme nous l'avons annoncé, la sécurité juridique repose en outre sur l'efficacité. Celle-ci rend non seulement la certitude d'existence possible, mais est en soi un *requisit* de la sécurité juridique : sans elle, la certitude serait vide de sens, ce qui serait peu satisfaisant et insuffisant dans le cas où ne serait pas respecté le droit établi par l'État<sup>10</sup>. Un droit non appliqué ne génère pas d'assurance d'ordre, ni ne fournit aux citoyens un outil de prévisibilité de la conduite des autorités normatives ou des autres individus. Une norme juridique négligée ne crée pas de sécurité du droit, elle génère du non-droit<sup>11</sup>.

Si la certitude rend possible la prévisibilité juridique et la certitude de l'action, l'efficacité est nécessaire à la confiance. Selon Geiger<sup>12</sup>, la certitude de l'ordonnement fait référence à ce qu'est la norme, la confiance en cet ordonnement à sa force. La confiance des citoyens dans le droit exige que son efficacité ne demeure pas paralysée par des faits tels que l'*ignorantia iuris*, la présence de lacunes normatives ou les doutes sur la constitutionnalité d'un précepte. Ce qui signifie que la sécurité juridique, comme principe de droit objectif, impose aux opérateurs du système juridique le maximum d'efficacité possible dans leurs dispositions<sup>13</sup>. Dans la mesure où souvent les normes se convertissent en critères d'interaction et d'orientation suivis par les citoyens, elles ne pourront

<sup>9</sup> A.-E. PEREZ LUÑO, *La seguridad jurídica/La sécurité juridique*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 29 et 30.

<sup>10</sup> J.M. RODRIGUEZ PANIAGUA, *Lecciones de Derecho natural como Introducción al Derecho/Leçons de droit naturel comme introduction au droit*, Madrid, Faculté de Droit, Université Complutense de Madrid, 1985, p. 15.

<sup>11</sup> L. LOMBARDI VALLAURI, *op. cit.*, p. 575.

<sup>12</sup> T. GEIGER, *Estudios preliminares de Sociología jurídica/Études préliminaires de sociologie juridique*, trad. A. Camacho, G. Hirata et R. Orozco, éd. J.M. Monereo Pérez, Grenade, Comares, 2001, p. 89 et 90.

<sup>13</sup> M. CORSALE, « Certezza del dititto e legittimazione », in *Sociologia del Diritto* 1, 1984, p. 156; Id., *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Milan, Giuffrè, 1979, p. 38.

continuer d'exercer cette fonction sociale que si elles jouissent d'un maximum de force pratique. Par ailleurs, la sécurité du droit exige que les pouvoirs publics réalisent des actes de production et d'application des normes d'une façon non arbitraire.

Affirmons enfin que la sécurité juridique ne repose pas exclusivement sur des facteurs liés à la structure formelle, la durée et l'existence empirique des normes, mais également, peut-être progressivement, sur la forme des actes pour lesquels ces normes sont créées ou appliquées. On pourrait considérer que, si la certitude et l'efficacité constituent la sécurité juridique de la norme, l'absence d'arbitraire est celle de l'acte – de production, d'interprétation ou d'application ; autrement dit, que la sécurité juridique est somme de la certitude, de la légalité, de la hiérarchie et de la publicité normative, de la non-rétroactivité de ce qui n'est pas favorable et de l'interdiction de l'arbitraire.

### 3. Principaux paramètres de l'activité judiciaire

#### A. *L'activité interprétative du juge*

Le terme *interprétation* peut normalement faire référence à des objectifs, personnes et contextes variés<sup>14</sup>. Elle s'applique à des actes, des faits ou des textes ; et lorsqu'il s'agit d'un comportement humain, elle consiste en une recherche du but poursuivi par l'acteur, de son sens ou de sa valeur. Dans le monde du droit, interpréter un fait revient à chercher s'il entre dans le cadre d'application d'une norme<sup>15</sup>. Dans le cas d'une référence à des textes, il s'agit d'attribuer une signification à un énoncé.

Le terme analysé, l'interprétation, n'est pas employé par les juristes dans un sens univoque et constant : il est possible d'en distinguer au moins deux acceptions, l'une large et l'autre stricte. Cette dernière recouvre l'attribution d'une signification à une formulation ambiguë, seul le texte obscur étant interprété. Au sens large, l'interprétation est entendue comme toute opération à travers laquelle on attribue une signification à une formulation normative,

<sup>14</sup> R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milan, Giuffrè, 1993, p. 324 et s.

<sup>15</sup> D. MENDONÇA, « Aplicación del Derecho »/« Application du droit », in E. Garzón Valdés et F.J. Laporta (éd.), *El Derecho y la justicia/Le droit et la justice*, Madrid, Trotta, 2000, p. 267 à 282.

ambiguë ou non. L'interprétation a toujours lieu, tant dans les cas difficiles que dans les cas faciles, car il ne s'agit que d'une sorte de traduction d'un énoncé normatif en un énoncé discursif.

Comme l'écrit Guastini<sup>16</sup>, ces deux acceptions correspondent à deux conceptions de l'attitude de l'interprète, du juge en ce qui nous concerne. Celui qui adopte une conception restrictive tend à cacher la composante volontaire et décisive de l'activité interprétative, en partant de la prémisse selon laquelle les termes ont normalement un sens clair que l'interprète doit se limiter à reconnaître ; celui qui opte pour la conception large considérera *a priori* que le sens des mots est déterminé par ceux qui ordinairement les emploient – par conséquent, leur sens n'est pas immuable et toute décision interprétative comporte une part discrétionnaire.

Les difficultés que nous avons déjà relevées nous poussent à inscrire la nature du langage normatif dans ce domaine de l'interprétation, à l'image de la distinction par Guastini<sup>17</sup> entre *interprétation* et *application*, ou *dispositions* et *normes*, les premières étant interprétées, les secondes appliquées. Lorsqu'on use d'une disposition normative, on utilise l'une de ses possibles significations, ce qui revient à interpréter, sans qu'il soit pertinent de distinguer cas faciles et difficiles, textes clairs ou obscurs. Le juge interprète toujours et doit argumenter ses décisions en fonction du sens choisi. Revenant sur ce thème, Tarello<sup>18</sup> envisage l'interprétation *en droit* comme une multiplicité de modalités interprétatives, l'interprétation *de la loi* étant un concept restreint qui attribue un sens à un document explicitant des normes juridiques ; les normes seraient précisément le sens attribué à ces documents par l'interprétation.

Il existe trois grands courants théoriques à ce sujet.

Le premier, dit « cognitif », soutient que l'interprétation consiste en la recherche du sens objectif des textes normatifs et/ou de l'intention subjective de leurs auteurs, perspective à partir de laquelle les résultats peuvent être vrais ou faux<sup>19</sup>. Cette conception est fondée sur certaines prémisses fallacieuses telles que : « les mots ont un sens

---

<sup>16</sup> R. GUASTINI, *op. cit.*, p. 335 et s.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 327 et s.

<sup>18</sup> G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milan, Giuffrè, 1980, p. 9 et s. Cf. I. LIFANTE VIDAL, *op. cit.*, p. 40 et s.

<sup>19</sup> M. ATIENZA, « Argumentación jurídica »/« Argumentation juridique », in E. Garzón Valdés et F.J. Laporta (éd), *El Derecho y la justicia/Le droit et la justice*, *op. cit.*, p. 231 à 238.

propre » ou « le législateur a une volonté univoque et reconnaissable ». De telles positions sont généralement accompagnées d'une foi en la pure complétude et cohérence du système juridique, en sa capacité à répondre à toute question ; elles correspondent à une idéologie qui défend la parfaite séparation des pouvoirs.

Le second courant regroupe les théories dites « sceptiques », et soutient que l'interprétation est une activité d'évaluation et de décision, non pas de connaissance. Tout texte ayant une pluralité de sens, les énoncés interprétatifs ne sont ni vrais, ni faux ; les normes juridiques ne préexistent pas à l'interprétation : ce sont les juges et autres applicateurs du droit qui créent finalement la norme<sup>20</sup>.

Enfin, on peut qualifier de « mixtes » les théories selon lesquelles l'interprétation est parfois activité de connaissance des normes et, dans d'autres, parfois décision discrétionnaire. Ainsi, selon Hart<sup>21</sup>, tout terme porte un noyau de sens clair et une zone de pénombre, et l'interprétation est cognitive lorsque nous nous trouvons dans le noyau clair, « création discrétionnaire » dans la pénombre : elle suppose de découvrir le sens caché, ou de le déterminer. Dans le premier cas, ses résultats peuvent être soumis au test de la vérité ; dans le second, ni vrais, ni faux, ils supposent simplement la création d'une nouvelle norme.

Au-delà des différentes théories, la question dont nous devons maintenant nous occuper est la façon dont le processus interprétatif des normes doit être entrepris par les juges. Une bonne procédure consisterait à suivre les étapes détaillées ci-après<sup>22</sup>.

Il convient d'abord d'identifier le problème à résoudre, quatre<sup>23</sup> types de difficultés pouvant se présenter dans cette phase : questions a) de pertinence en cas de doutes concernant la norme applicable au cas ; b) d'interprétation de la norme ; c) de preuve des faits allégués ; d) de qualification de ces faits. Une deuxième phase consiste à identifier les causes qui génèrent le doute ; ici, un questionnaire peut constituer un bon début de procédure. En troisième lieu, il s'agit de construire des hypothèses interprétatives - différentes

<sup>20</sup> H.L.A. HART, *El concepto de Derecho/Le concept de droit*, trad. G.R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004, p. 169 et s.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 159 et 160.

<sup>22</sup> M. ATIENZA, « Argumentación jurídica »/« Argumentation juridique », *op. cit.*, p. 236.

<sup>23</sup> N. MacCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, New York, Clarendon Press-Oxford University Press, 1994, p. 195 et s.

techniques d'interprétation existent. Enfin, il faudra justifier rationnellement celle pour laquelle on a opté, c'est-à-dire avoir recours à l'argumentation.

Les modèles interprétatifs traditionnels semblent s'occuper presque exclusivement de l'interprétation de nature judiciaire<sup>24</sup>, certes très pertinente mais non unique. Les sujets qui doivent interpréter les normes sont multiples et différents : les juges, oui, mais aussi toute personne désirant orienter sa conduite en fonction du modèle établi par le législateur, ainsi que les *Bad Men* en quête d'échappatoires à leurs pratiques irrégulières et les citoyens militants. Il n'est ni possible, ni nécessaire de dresser une liste complète des interprètes de la loi, professionnels ou sociaux, mais il doit y avoir une connexion entre leurs pratiques.

L'approche classique, nous l'avons dit, se préoccupe uniquement de prévoir l'interprétation par le juge. Même en admettant la pluralité d'interprètes, on se focalisait uniquement sur une prévision de cette dernière – telle était l'attitude paradigmatique du réalisme juridique américain. Or se concentrer exclusivement sur l'interprétation judiciaire suppose qu'on laisse sans repère l'immense majorité des citoyens, dans l'immense majorité des situations de doute auxquelles ils doivent faire face tout au long de leur vie, car seule une petite majorité des normes finissent par exiger l'intervention judiciaire.

En plus, si les citoyens, les juristes et les fonctionnaires tentent de prévoir quel sera le comportement des juges, d'autres facteurs, liés à leurs rôles respectifs, joueront dans leur vision de la norme. De là, la première question à envisager est de définir qui est la personne qui interprète, quelle est sa situation et son but. Selon la position d'accusateur, d'accusé, de Ministère Public ou de juge, diverses interprétations sont possibles : la rationalité de l'accusé qui a commis un délit ou une infraction implique qu'il nie les faits, qu'il en conteste la gravité ; celle de l'accusateur privé et public conduira à la stratégie opposée ; celle du juge produira peut-être une interprétation différente de la norme. Comme l'indiquent Twining et Miers<sup>25</sup>, même un conseiller juridique ajustera son point de vue : un avocat consulté sur la légalité d'une opération à venir aura très probablement tendance à interpréter la loi obscure de façon pessimiste, alors qu'il essaiera d'en

---

<sup>24</sup> W. TWINING et D. MIERS, *How to Do Things with Rules*, London, Butterworths, 1999, p. 189 et s.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 190.

trouver l'interprétation la plus favorable et optimiste si l'opération a eu lieu et la demande judiciaire été présentée - les deux sont correctes, étant donné sa situation et son rôle. Bref, le rôle de chacun des acteurs pèse indubitablement sur le processus interprétatif.

L'interprétation dépend donc de la personne qui l'effectue, de la situation et des buts poursuivis, ce qui explique que différentes lectures d'un texte soient possibles. Comme le constate Bennion<sup>26</sup>, « une personne maintient qu'un texte n'a qu'un seul sens alors qu'une autre affirme qu'elle est sûre que le sens est différent [...] Le poids devant être accordé à chaque argument et contre-argument est, dans la plupart des cas, une question uniquement subjective. »

Affirmer que l'interprète doit trouver le sens des dispositions à partir de l'intention du législateur relève de considérations démocratiques<sup>27</sup>. Cependant, le principe de la séparation des pouvoirs et leur coordination nécessaire implique toujours une conception idéologique et politique et, comme l'affirmait Fuller<sup>28</sup>, législateur et interprète doivent coopérer pour que l'idéal du maintien de la légalité soit réel, la fonction du juge étant d'appliquer et de rendre effective la volonté du législateur.

Les difficultés surgissent de la pluralité d'interprètes lorsque les interprètes-juges conçoivent leur relation avec le législatif en termes de contrôle et non de coopération. Telle est la position exprimée par Zagrebelsky<sup>29</sup> : il est évident qu'actuellement la fonction de coopération prônée par Fuller est absente de la pratique majoritaire.

Il est nécessaire de rappeler aussi l'ambiguïté de la notion d'intention du législateur. Imaginons une situation hypothétique dans laquelle X a dicté, il y a de nombreuses années, une norme bien pensée, et supposons qu'il s'agisse de l'appliquer à une nouvelle situation, sans connaître l'intention initiale de X – il faut d'abord parvenir à un accord sur ce que l'on comprend de ce souhait premier.

<sup>26</sup> F. BENNION, *Statute Law*, London, Oyez Longman, 1983, p. 100 et 101.

<sup>27</sup> A. MARMOR, *Interpretación y Teoría del Derecho/Interprétation et théorie du droit*, trad. M. Mendoza Hurtado, Barcelone, Gedisa, 2001. Contre cette justification, J. WALDRON, « Legislator's Intentions and Unintentional Legislation », in A. Marmor (éd.), *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, New York, Clarendon Press-Oxford University Press, 1995, p. 44 et s.

<sup>28</sup> L. FULLER, *La moral del Derecho/La morale du droit*, trad. F. Navarro, Mexique, Trillas, 1967, p. 104.

<sup>29</sup> G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia/Le droit ductile. Loi, droits, justice*, Madrid, Trotta, 2008, p. 131 et s.

*B. Les paramètres de l'activité applicatrice du Droit à partir du respect du principe de légalité et l'impartialité judiciaire*

Après avoir traité de l'interprétation en général et des écueils de sa conception en droit, nous nous proposons d'en analyser les trois paramètres-clé : le principe de légalité, l'impartialité judiciaire et la nécessité de motiver les jugements.

Concernant la légalité, considèrera que toute l'évolution du positivisme juridique se situe dans la relation entre le droit et le pouvoir celui qui conçoit droit et État respectivement comme « système de normes » et comme « système de pouvoirs disposés en ordre hiérarchique ». Bobbio a ainsi proposé une symétrie entre le système kelsénien de la norme fondamentale et le système traditionnel du pouvoir souverain : pour la théorie normative, la norme fondamentale est celle qui établit le pouvoir de produire des normes juridiques valables sur un territoire, destinées à une population ; pour la théorie politique, le pouvoir constituant est celui qui crée des normes organisant le comportement des organes de l'État et des citoyens<sup>30</sup>. Néanmoins, les constitutionnalismes modernes ont fait évoluer ces idées : ainsi, Ferrajoli considère que la légalité stricte a introduit une dimension substantielle dans la théorie de la validité et de la démocratie, conduisant à une dissociation et à une divergence entre validité et vigueur des normes, devoir-être et être du droit, légitimité substantielle et légitimité formelle des systèmes politiques. Selon lui, la spécificité de l'État de droit constitutionnel moderne réside dans le fait que les conditions de validité établies par ses lois fondamentales incorporent des exigences de régularité formelle et des conditions de justice substantielle<sup>31</sup>.

L'impartialité du juge fait référence au même respect et à la même dignité de toutes les personnes. Nous entendons par « exigence d'identité de la procédure », l'absence de distinctions non établies comme raisonnables dans un système déterminé<sup>32</sup>. Laporta le dit, cela

<sup>30</sup> N. BOBBIO, *Contribución a la Teoría del Derecho/Contribution à la théorie du droit*, éd. A. Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1990, p. 366 et 367.

<sup>31</sup> L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal/Droit et raison. Théorie du garantisme pénal*, trad. P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón, J. Terradillos et R. Cantarero, Madrid, Trotta, 2006, p. 68; ID., *Derechos y garantías. La ley del más débil/ Droits et garanties. La loi du plus faible*, trad. P. Andrés Ibáñez et A. Greppi, Madrid, Trotta, 2006, p. 358.

<sup>32</sup> T.-R. FERNANDEZ, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial/De l'arbitre et de l'arbitrarité judiciaire*, Madrid, Iustel, 2005, p. 113; J. RAWLS, *Teoría de la*

évite les décisions biaisées et permet de distinguer une *partialité objectivée*, dans des « causes définies qui habilitent les parties à mettre en question la pertinence du jugement » et une *partialité plus subjective*, le juge étant « conditionné par des faits ou des croyances, antérieurs au cas, qui détermineront sa sentence ». Afin de surmonter les obstacles, il est souhaitable que son activité soit transparente et que la corruption soit légalement empêchée.

En outre, l'attitude adoptée par le juge, son écoute et son attention au respect des droits de la défense<sup>33</sup> renforcent son impartialité.

D'autre part, il est conseillé de tenir compte du type d'État où prend place l'action des juges : État réactif ou État actif ? Dans le premier cas, l'égalité absolue du processus judiciaire est l'expression maximale de sa neutralité, et ce pour différentes raisons : il est considéré comme un espace ouvert par l'État afin que les parties puissent résoudre un litige, ce qui implique une neutralité totale des juges et des règles du procès ; toute intervention ayant pour but de corriger les éventuelles asymétries pourrait être considérée comme une prise de position – le juge doit considérer les parties de façon abstraite, car une correction des asymétries donnerait lieu à une appréhension judiciaire différente des acteurs. Égalité relative ou absolue ne posent pas question dans les États actifs, où tout dépend de la source des asymétries, plans de vie considérés comme acceptables – ou non – par l'État<sup>34</sup>.

Il s'agit donc ici d'éthiques processuelles au rôle concret d'une très grande valeur, habituellement postulées comme des conceptions

---

*justicia/Théorie de la justice*, trad. M.D. González Soler, Madrid, Fond de Culture Économique, 2002, p. 113 et s.

<sup>33</sup> F.J. LAPORTA, « Imperio de la ley y seguridad jurídica »/« Empire de la loi et sécurité juridique », in E. Díaz et J.L. Colomer (éd.), *Estado, justicia, derechos/État, justice, droits*, Barcelone, Ariel, 2002, p. 117 et s. Cf. également J.F. MALEM SEÑA, *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos/La corruption. Aspects éthiques, économiques, politiques et juridiques*, Barcelone, Gedisa, 2002, p. 145 à 171.

<sup>34</sup> R. CALVO SOLER, « Jueces y mediadores »/« Juges et médiateurs », in A. García Figueroa (coord.), *Racionalidad y Derecho/Rationalité et droit*, Madrid, Centre d'Études Politiques et Constitutionnelles, 2006, p. 151 à 155. Et R. de ASIS ROIG, « Imparcialidad, igualdad y obediencia en la actividad judicial »/« Impartialité, égalité et obéissance dans l'activité judiciaire », in *Doxa*, 15-16/ II, 1994, p. 913 à 928.

ouvertes à des résultats différents dans l'application du droit. Nous contestons la possibilité de cette neutralité processuelle, la correction ou la qualité d'une procédure dépendant toujours de sa capacité à parvenir à des résultats concrets et à incorporer des valeurs morales positives<sup>35</sup>, dépendant donc d'une évaluation des valeurs substantielles adoptées et d'une certaine conception des relations entre fins et moyens. Rawls indique qu'il y a plusieurs classes de justice processuelle. Celle-ci est *parfaite* « lorsqu'il existe un critère de justice indépendant de la procédure et préexistant à celle-ci, et qu'il est possible d'élaborer une procédure conduisant infailliblement au résultat désiré » - ainsi, si le résultat équitable est la division d'un gâteau en parts égales, la méthode infaillible consiste à le faire diviser par le sujet devant se servir en dernier lieu<sup>36</sup> ; il y a justice processuelle *imparfaite* lorsqu'il existe un critère de justice indépendant et préexistant mais que la procédure ne garantit pas qu'il soit rencontré dans toutes les situations – ainsi, en procédure pénale par exemple, le résultat souhaité est la condamnation des coupables mais les procédures établies ne garantissent pas son obtention ; enfin, Rawls parle de justice processuelle *pure* « lorsqu'il n'y a pas de critère indépendant pour le juste résultat, et que tout résultat auquel on parvient en conséquence du respect efficace et correct de la procédure doit être considéré juste » - toute distribution des prix est équitable dans les jeux de hasard, si les paris initiaux sont libres<sup>37</sup>.

Nous identifions la motivation des jugements comme troisième paramètre définissant l'activité interprétative des juges - obligation empêchant l'arbitraire, elle garantit juridiquement les droits et les libertés des citoyens. Le jugement est un acte public, il est exercice d'un pouvoir. La justification judiciaire, d'un point de vue interne, consiste en une résolution au départ de prémisses, selon les lignes d'inférence acceptées et un raisonnement logique qui oriente la conclusion ; une motivation externe est néanmoins nécessaire lorsque les prémisses de fait et/ou de droit requièrent un complément argumentatif. La motivation sera complète lorsqu'elle inclura les deux

---

<sup>35</sup> A. PINTORE, *El Derecho sin verdad/Le Droit sans vérité*, trad. M.I. Garrido Gómez et J.L. del Hierro, Madrid, Dykinson, 2005, p. 211.

<sup>36</sup> Nous pouvons encore douter de cela. Si le dernier n'aime pas le gâteau ou s'il désire se favoriser ou favoriser une autre personne, la méthode envisagée par Rawls ne garantirait absolument pas la division en parts égales.

<sup>37</sup> J. RAWLS, *op. cit.*, p. 89 et s.

plans<sup>38</sup>. Voyons Gascón Abellán, qui indique que « le fait de motiver exige d'apporter des raisons suffisamment solides pour écarter l'arbitraire et, par conséquent, également (et surtout) celles qui n'avalisent pas la reconstruction des faits justifiés : la justification ne sera pas complète si l'on ne justifie pas également pourquoi ces preuves n'ont pas été prises en compte »<sup>39</sup>.

Le droit positif doit donc répondre à une systématique établissant un mécanisme de sécurité, lequel se base sur des valeurs telles que la liberté et l'égalité<sup>40</sup>. La rationalité ne pouvant être garantie, c'est sur cette systématique que s'appuie le caractère raisonnable des décisions judiciaires, corollaire dans l'État de droit d'une exclusion de l'arbitraire<sup>41</sup>. Par la motivation des jugements, on vise à ce que : 1) la personne qui juge manifeste les raisons de sa décision, en reconnaissance du droit du justiciable et de l'intérêt légitime de la communauté à les connaître ; 2) l'on vérifie que la décision judiciaire adoptée est conséquence d'une exégèse rationnelle de l'ordonnancement ; 3) les parties ou la communauté disposent de l'information nécessaire pour faire appel, le cas échéant ; 4) les tribunaux compétents soient correctement informés pour pouvoir veiller à l'interprétation et l'application correcte du droit<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> M. GASCON ABELLAN, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba/Les faits dans le droit. Bases argumentaires de la preuve*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 193 et 194; M. ORTELLS RAMOS, « Origen histórico del deber de motivar las sentencias »/« Origine historique du devoir de motiver les jugements », in *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana/Revue de droit processuel latino-américaine* 4, 1977, p. 899 et s.

<sup>39</sup> M. GASCON ABELLAN, *ibidem*, p. 227 et 228.

<sup>40</sup> M. ATIENZA, *Contribución a una teoría de la legislación/Contribution à une théorie de la législation, op. cit.*, p. 32; I. COLOMER FERNANDEZ, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales/La motivation des jugements : leurs exigences constitutionnelles et légales*, Valence, Tirant lo Blanch, 2003, p. 325 et s.

<sup>41</sup> M.A. GARCIA HERRERA, « Poder judicial y Estado social »/« Pouvoir judiciaire et État social », in P. Andrés Ibáñez (éd.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la Jurisdicción/Corruption et État de droit. Le rôle de la Jurisdiction*, Madrid, Trotta, 1996, p. 74.

<sup>42</sup> R. de ASIS ROIG, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento/Juges et normes. La décision judiciaire à partir de l'ordonnancement, op. cit.*, p. 111.

En allant plus loin, nous pouvons affirmer que l'exigence de systématicité est due à la nécessité de garantir les droits de celui qui est partie dans un procès et à l'impérativité d'un État social et démocratique de droit. Le premier groupe de raisons est aisément expliqué par le fait que « la motivation suffisante est surtout une garantie essentielle du justiciable grâce à laquelle, sans préjudice de la liberté du juge dans l'interprétation des normes, il est possible de vérifier que la solution apportée au cas est conséquence d'une exégèse rationnelle de l'ordonnement et non pas le fruit de l'arbitraire ». Par ailleurs, dans un État démocratique, le pouvoir judiciaire émane du peuple et ce dernier doit donc connaître la façon dont il est exercé, afin d'en contrôler les titulaires<sup>43</sup>.

Quid alors de la motivation tacite ou implicite ? Elle est valable si, à partir de l'ensemble de la résolution, il est possible de déduire que la décision n'a pas été arbitraire. On ne parle pas ici des motivations erronées, illogiques ou contradictoires – droits et intérêts légitimes sont enfreints s'il y a contradiction entre le fondement et la sentence, entre faits prouvés et motivations postérieures menant à une conclusion contraire, ou s'il y a incohérence interne dans la motivation<sup>44</sup>.

Avec Aarnio et MacCormick, il est possible de souscrire au fait que la décision *raisonnable* stricte doit être accueillie dans des situations où une décision strictement *rationnelle* ne pourrait être adoptée dans le respect des intérêts en conflit et de la communauté<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> A.J. GOMEZ MONTORO, « El derecho a una resolución motivada y congruente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional »/« Le droit à une résolution motivée et congruente dans la jurisprudence du Tribunal Constitutionnel », in M. Aragón Reyes et J. Martínez-Simancas (dirs.), *La Constitución y la práctica del Derecho/La Constitution et la pratique du droit*, t. 1, Pampelune, Aranzadi-BCH, 1998, p. 492 et s.

<sup>44</sup> A.F. GARAY, *La igualdad ante la ley: decisiones administrativas contradictorias, decisiones judiciales contradictorias, desigualdad procesal/L'égalité face à la loi: décisions administratives contradictoires, décisions judiciaires contradictoires, inégalité processuelle*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, p. 30 et s.; A.J. GOMEZ MONTORO, *op. cit.*, p. 497 et s.

<sup>45</sup> A. AARNIO, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica/Le rationnel comme raisonnable. Un traité sur la justification juridique*, Madrid, Centre d'Études Politiques, 1991, p. 253 et s.; N. MacCORMICK, *op. cit.*, p. 14 à 15, 101 et s. À ce sujet, voir M. ATIENZA, « Para una razonable definición de 'razonable' »/ « Pour une définition raisonnable de 'raisonnable' », in *Doxa* 4, 1987,

On en déduit que l'absence d'arbitraire et la motivation des résolutions judiciaires ne sont pas séparables. La motivation constitue une garantie de fermeture du système cognitif, éliminant l'arbitraire à l'aide d'une triade de types de fonctions : la première, clarifiant publiquement la rationalité décisionnelle, remarquable car adressée au peuple et aux parties en procès, est extra-processuelle, politico-juridique ou démocratique ; la deuxième est endo-processuelle, technico-juridique ou bureaucratique, destinée aux tribunaux et aux parties, facilitant le contrôle interne des décisions ; la troisième permet au juge de prendre conscience de ses éventuelles erreurs argumentatives<sup>46</sup>. En outre, quant au rapport entre faits et normes, l'argumentation systématique tend à : 1) faire connaître les raisons et les éléments de jugement qui rendent compte des critères juridiques employés ; 2) préciser les faits prouvés qui servent de point de départ et la qualification juridique attribuée ; 3) respecter la congruence ; 4) maintenir la cohérence au niveau interne ; 5) appliquer les normes de façon non arbitraire. Bref, le facteur d'acceptabilité des décisions est bien la rationalité de l'action judiciaire<sup>47</sup>.

#### 4. Conclusions

Au vu de tout ce qui précède, les paramètres qui dirigent les activités interprétative et applicative du droit paraissent extrêmement variables et dépendent de la conception du pouvoir discrétionnaire du juge que l'on défend.

Une première façon de comprendre celui-ci est liée à certaines qualités personnelles des juges, l'application du droit requérant bon sens et prudence. En général, la doctrine n'octroie qu'une valeur

---

p. 193; T. MAZZARESE, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Turin, Giappichelli, 1996, p. 13 à 26; ID., « Eguaglianza, differenze e tutela dei diritti fondamentali », *Ragion pratica* 2, 2006, p. 399 et s.

<sup>46</sup> M. GASCON ABELLAN, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba/Les faits dans le droit. Bases argumentaires de la preuve*, op. cit., p. 200 à 202; J. IGARTUA SALAVERRIA, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional/La motivation des jugements, impératif constitutionnel*, Madrid, Centre d'Études Politiques et Constitutionnelles, 2003, p. 33.

<sup>47</sup> A. AARNIO, op. cit., p. 251; R. de ASIS ROIG, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento/Juges et normes. La décision judiciaire à partir de l'ordonnancement*, op. cit., p. 288 et 289.

secondaire à cette vision du discrétionnaire, considérant qu'elle ne s'applique qu'aux cas où des règles abstraites et imprécises doivent être appliquées. Une autre formulation, faible, existe : elle rend compte des situations dans lesquelles le droit n'octroie pas de solution claire, exigeant du juge une connaissance du discours normatif qui lui permette d'identifier la réponse juridique correcte.

D'autres auteurs entendent par pouvoir discrétionnaire la marge de liberté laissée à l'organe judiciaire dans la détermination des faits. Cette acception implique par définition un manque d'information, rendant difficile la sélection de la disposition la plus adéquate à la réalité factuelle – elle rejoint donc la conception précédemment décrite, que nous avons qualifiée de faible.

Une troisième façon de concevoir le pouvoir discrétionnaire l'entend comme compétence finale, définitive, bref concerne certaines décisions judiciaires non révisables, par exemple relatives à l'attribution de la juridiction de dernier ressort.

Enfin, certains parlent avec Dworkin de pouvoir discrétionnaire fort, se référant au choix à poser entre plusieurs cours d'action ayant tous le même degré de validité et d'admissibilité – ceci devant être distingué du pouvoir discrétionnaire dit « explicite », qui s'applique aux domaines où l'autorité compétente déclare laisser la détermination du résultat de sa décision à l'arbitrage des juges<sup>48</sup>.

Le pouvoir discrétionnaire accordé au juge est généralement abordé en lien avec la question des critères d'évaluation utilisés et des catégories extra-juridiques en jeu dans l'intégration normative, les deux interrogations présentant néanmoins de grandes différences.

Dans le cas de la délégation d'une marge de décision au juge, une évaluation d'opportunité est effectuée à l'aune des solutions prévues par la norme, selon les circonstances du cas particulier. Il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire subordonné, supplétoire et complémentaire, différant donc du pouvoir souverain du législateur ou du fonctionnaire administratif – raison pour laquelle nous nous plaçons sur le terrain de l'intervention modératrice, applicatrice du droit, interprétative dans l'utilisation de l'arbitrage, discrétionnaire dans l'application des normes. Il ne consiste qu'en une faculté d'appréciation du fait concret quant à son adéquation avec le cas-type,

---

<sup>48</sup> M. IGLESIAS VILA, *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico/Le problème de la discrétion judiciaire. Une approche de la connaissance juridique*, Madrid, Centre d'Études Politiques et Constitutionnelles, 1999, p. 25 et s.

en un pouvoir d'adaptation (et de spécification) de la prévision normative déterminatrice des éléments du type<sup>51</sup>.

Les normes qui prévoient une telle délégation sont qualifiées de flexibles, afin de les différencier des normes rigides et du droit strict, tels les *standards* juridiques ou prototypes de conduite décrits par la doctrine anglo-saxonne, *directives* de la doctrine française ou *maximes d'expérience* de la doctrine allemande. Leurs approche et application doivent être réalisées avec les nécessaires objectivité et généralité à l'égard des critères communautaires, c'est-à-dire en interprétant la règle selon son acceptation moyenne dans la société. En ce sens et comme nous l'avons avancé précédemment, le juge doit être un interprète social ; nous sommes loin de la logique formelle, bien plutôt dans le champ de la logique juridico-sociologique<sup>52</sup>.

Par conséquent, nous devons nous demander quelle est la fonction exercée par les juges dans la société, et si peut être établi un point commun entre des systèmes juridiques aux formations historico-sociales différentes.

La réponse à cette question nécessite que l'on sache d'abord si l'intelligibilité d'un système est liée à la découverte de sa rationalité, et si les raisons juridiques dont il se réclame sont capables de coexister – les deux réponses confluent dans la dynamique de la production normative. L'impossible délimitation parfaite des concepts et l'indétermination sémantique n'en demeurent pas moins irréductibles, étant entendu que la clarté ou l'obscurité d'un texte dépend toujours déjà de ses contextes d'énonciation et d'application. S'opposent concrètement ici les thèses impérativistes, qui conçoivent le droit sous l'angle du pouvoir, et les opinions anti-impérativistes, qui l'envisagent à partir de la liberté<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> E. BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos judiciales/Interprétation de la loi et des actes judiciaires*, trad. J.L. de los Mozos, Madrid, Edersa, 1975, p. 147.

<sup>52</sup> F. EZQUIAGA GANUZAS, « Los juicios de valor en la decisión judicial »/« Les jugements de valeur dans la décision judiciaire », in *Anuario de Filosofía del Derecho/Annuaire de Philosophie du Droit (Espagne)* 1, 1984, p. 54 et s.; C de la VEGA BENAYAS, *Introducción al Derecho judicial/Introduction au droit judiciaire*, Madrid, Montecorvo, 1970, p. 152.

<sup>53</sup> M. REALE, *Introducción al Derecho/Introduction au droit*, trad. J. Brufau Prats, Madrid, Pirámide, 1989, p. 249 et s.; R. SORIANO DIAZ, *Compendio de Teoría general del Derecho/Précis de théorie générale du droit*, Barcelone, Ariel, 1993, p. 71 et s.

Ceci étant posé, dans les États démocratiques, le législateur est l'instance juridique chargée d'introduire des changements dans le droit, reflétant ou guidant le changement social. Par l'interprétation, il est laissé au champ judiciaire une marge modificatrice, dans les limites de l'ordre établi<sup>54</sup>. Les mutations subies par le modèle applicatif du droit rompent avec la conception du formalisme strict, des espaces de non-droit se créant ainsi, en lien avec des objectifs et stratégies dont la nature est plus sociale, économique ou politique que juridique<sup>55</sup>.

Nous l'avons vu, la quête de sécurité juridique peut être considérée comme l'un des fondements de l'ordre juridique protégeant la valeur de l'égalité. De nombreuses demandes de sécurité juridique sont des principes d'égalité formelle, liés à la généralité des normes, l'interdiction des discriminations arbitraires et la force du précédent. Il nous semble pourtant plus correct d'observer que certains principes de droit, traditionnellement liés à cette égalité de traitement, constituent au fond des mises en œuvre de l'objectif de sécurité, impliquant par là la généralité et l'abstraction des normes<sup>56</sup>. La confiance des citoyens dans le droit créé par l'État ne perdurerait pas dans un cadre juridique aux dispositions et applications discriminatoires - autrement dit, la sécurité juridique agit comme un impératif s'imposant au droit afin qu'il se structure et fonctionne avec régularité, sans ruptures imprévisibles et arbitraires.

C'est pourquoi l'on peut considérer que la sécurité joue un rôle informateur et créateur de liberté, d'égalité et de solidarité, ce qui, dans l'État de droit, est présupposé à la légalité émanant des droits fondamentaux et met en œuvre ces libertés.

La sécurité est objectivement régulée par la cohérence structurelle et fonctionnelle du système juridique, ce qui rassure les consciences individuelles et collective. Nous l'avons dit, Pérez Luño la conçoit comme une addition de certitude et de légalité, de hiérarchie et de publicité normative, de *stand-still* et d'interdiction d'arbitraire, liée aux biens juridiques dont l'assurance est jugée socialement et

---

<sup>54</sup> M. ATIENZA, *El sentido del Derecho/Le sens du Droit*, Barcelone, Ariel, 2003, p. 169 et s.

<sup>55</sup> T. PICONTO NOVALES, *En las fronteras del Derecho. Estudio de casos y reflexiones generales/Aux frontières du droit/Étude de cas et réflexions générales*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 162.

<sup>56</sup> M. GASCON ABELLAN, *La técnica del precedente y la argumentación racional/La technique du précédent et l'argumentation rationnelle*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 59.

politiquement nécessaire – de telle sorte que la justice en perd sa dimension idéale et abstraite pour s’incorporer aux revendications qui la caractérisent au sein de l’État social et démocratique<sup>57</sup>.

En bref, il nous faut développer une conception unitaire du droit, la législation, la juridiction et l’application juridique n’étant autres que les moments d’un même processus, les phases appliquant une même rationalité.

La différence entre les argumentations législative et judiciaire doit être pensée dans cette idée. Si la première conçoit d’abord le droit comme une limite à poser pour ne plus permettre qu’elle soit limitée, travaillant donc d’une prémisse majeure A formée des objectifs sociaux visés par la loi, d’une prémisse B conçue comme le moyen normatif adéquat pour atteindre A et concluant donc que « ce doit être B », l’argumentation judiciaire intègre une dimension supplémentaire à la définition du droit. Non seulement la décision ne peut méconnaître le droit en vigueur, mais celui-ci constitue la prémisse majeure de son raisonnement : « Si c’est A, alors ce doit être B ; A a eu lieu, par conséquent, ce doit être B ». Ceci implique que, si, dans l’État de droit, l’activité législative est extra-système(at)ique, visant à obtenir certains résultats dans le monde social, l’activité judiciaire est intra-système(at)ique<sup>58</sup>, dirigée par des « règles conceptuelles » permettant de sélectionner les normes applicables ou régulant l’application des normes identifiées conformément aux règles antérieures. Établir la différence entre les normes relevant de l’une ou de l’autre activité est complexe<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> F. ARCOS SEGURA, *op. cit.*, p. 409; A. E. PEREZ LUÑO, *La seguridad jurídica/La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 30 et s.; Id., *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica/Théorie du droit. Une conception de l’expérience juridique*, Madrid, Tecnos, 2008, p. 220 et 221. Voir également H.M. HART (Jr.) et A.M. SACKS, *The Legal Process. Basic Problems in the Making and Application of Law*, Westbury (New York), The Foundation Press, 1994; J. WROBLEWSKI, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht-Boston-Londres, Kluwer, 1992.

<sup>58</sup> M. ATIENZA, *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico/Après la justice. Une introduction au Droit et au raisonnement juridique*, *op. cit.*, p. 243 et 244; ID. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica/Les raisons du Droit. Théories de l’argumentation juridique*, Madrid, Centre d’Études Constitutionnelles, 1997.

<sup>59</sup> D. MENDONÇA, *Interpretación y aplicación del Derecho/Interprétation et application du droit*, Almería (Espagne), Université d’Almería, 1997, p. 68 et 69.

Rappelons qu'un système juridique possède toujours un substrat sociologique, qui doit tenir compte des forces réelles et des facteurs infra et supra-structurels de la naissance, conservation, transformation, destruction et annihilation du droit. Des questions surgissent rapidement quant à la classe et au degré de synchronisation en marche : le droit est-il en avance ou en retard par rapport aux intérêts, aux valeurs ou aux aspirations d'une société ? Quels sont les facteurs réels du retard du droit dans certaines circonstances ? L'influence du droit sur la réalité sociale part du fait que, par le biais de la légalité, il crée et interdit ; en découle la pertinence du contrôle exercé par les normes positives et la fonction des juges<sup>60</sup>.

Le réalisme juridique nord-américain, que nous avons critiqué tout à l'heure, avait donc raison de présenter le droit comme une réalité aux changements incessants, soutenue par une activité judiciaire créative ; le droit poursuit des objectifs sociaux, sans mélanger temporellement l'être et le devoir-être, en proposant la séparation des règles relatives à la conduite (*rules for doing*) ou aux préceptes (*precepts*) d'avec les règles de procédure (*rules of doing*) ou de la pratique judiciaire (*practices*). Ainsi, les formulations prescriptives ne seraient pas le facteur déterminant des décisions des tribunaux.

Toute évaluation d'une partie ou d'un secteur du droit doit être réalisée en fonction des effets qu'il désire produire<sup>61</sup>, qu'il s'agisse du fonctionnement réel des tribunaux, des éléments influant sur leurs décisions ou du poids des facteurs extra-juridiques. Dans cet ordre d'idées, les normes sont un facteur important mais ni unique ni primordial, le droit souffrant d'ailleurs d'un haut degré d'incertitude à cause de l'ambiguïté normative, de la difficulté de vérifier les faits allégués lors du procès et de l'application presque toujours possible de différentes régulations, sans indication de la préférence à marquer<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> E. DIAZ GARCIA, *Sociología y Filosofía del Derecho/Sociologie et philosophie du droit*, Madrid, Taurus, 1993, p. 201 et s.

<sup>61</sup> M.I. GARRIDO GOMEZ, *Criterios para la solución de conflictos de intereses en el Derecho privado/Critères pour la solution de conflits d'intérêts dans le droit privé*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 102; V. ZAPATERO et M.I. GARRIDO GOMEZ, *El Derecho como proceso normativo. Lecciones de Teoría del Derecho/Le Droit en tant que processus normatif/Leçons de théorie du droit*, Alcalá de Henares (Madrid), Université d'Alcalá, 2007, p. 63 et s.

<sup>62</sup> A. LATORRE SEGURA, *Introducción al Derecho/Introduction au droit*, Barcelone, Ariel, 2002, p. 142 à 144.

Concluons en précisant néanmoins que l'affirmation réaliste d'une authenticité des seules normes effectivement appliquées nous paraît grever le courant réaliste américain d'un défaut, lié à la réduction conceptuelle de la validité des normes à leur efficacité. En affirmant que le seul « vrai » droit est créé par le juge, c'est-à-dire dans les situations de pathologie juridique dans lesquelles le pouvoir judiciaire doit intervenir, cette théorie nous livre une définition du droit extrêmement réduite. Et n'oublions pas que la compétence du juge n'est possible que dans le cadre de normes ordonnatrices de sa fonction, et que la décision judiciaire est le résultat d'un processus né et inspiré de normes<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> G. PECES-BARBA, *Curso de Teoría del Derecho/Cours de théorie du droit*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 35 et 36.