

JURISPRUDENCE ET PHILOSOPHIE DU DROIT

Par

Valentin PETEV
Munster (Allemagne)

I - LA JURISPRUDENCE ET L'ORDRE POLITICO-JURIDIQUE. THÈME ET PROBLÈMES

La jurisprudence peut être analysée sous différents aspects : par exemple, comme fonction du pouvoir étatique, comme activité d'interprétation et d'application du droit positif, par laquelle le droit trouve sa réalisation dans les rapports sociaux, ou comme décision juridictionnelle qui met fin à un conflit et contribue, de ce fait, à la stabilisation de la paix sociale. Plusieurs disciplines scientifiques y sont engagées : la théorie du droit public, la méthodologie et la sociologie du droit. L'intérêt de la philosophie du droit pour les problèmes de la jurisprudence est délimité par l'aspect axiologique propre à cette discipline. On y décèle les thèmes majeurs de la philosophie du droit : la nature socio-axiologique du droit, le problème pertinent de la justice générale et d'une justice particulière, la validité du droit ainsi que la fonction du droit dans une société conflictuelle.

La jurisprudence nous suggère l'idée que le droit constitue un ordre très particulier de conduite sociale, un ordre qui est assuré par des sanctions et des procédures formelles. Elle attire notre attention sur le fait que l'ordre juridique est conçu comme obligatoire pour tous les membres de la société, et cela indépendamment de son acceptation factuelle. De ce fait, elle nous indique l'importance du droit pour l'identité d'une société et pour son fonctionnement en distinguant le droit des règles morales et des règles coutumières qui - toujours vivantes et même vigoureuses - ne sont pas soumises à un régime de contrainte organisé. L'existence même des organes, procédures et règles juridictionnelles qui permettent de trancher des litiges en imposant des sanctions et en approuvant des droits subjectifs nous donne l'idée d'un ordre politico-juridique stable et fonctionnant bien. Elle démontre également que le pouvoir étatique est soumis à la loi, que la société ne se trouve pas sous une force arbitraire (1).

La jurisprudence contribue, sans doute, à la réalisation du droit, même il s'agit d'une réalisation forcée. Du point de vue sociologique, il est indispensable d'apprécier à quel point les sujets du droit suivent volontairement ses commande-

(1) H.-M. Pawlowski, Die Autorität des Richterspruches, in W. Hoeppe/W. Krawietz (éd.), Rechtsprechungslehre, Cologne, Carl Heymanns, 1992, p. 427 et s.

ments. Mais il est moins important pour un ordre juridique de pouvoir assurer la réalisation de ses normes même par des moyens contraignants. Décisif à ce stade est l'observation de toutes les exigences de légalité déduisibles du système juridique en cause.

La jurisprudence manifeste, de manière paradigmatique, la complexité de toute décision juridique ; elle nous enseigne notamment que l'application du droit n'est pas une opération mentale de "simple" déduction, un passage non-problématique d'une norme générale à une norme individuelle. Elle fait surgir la "texture ouverte" de l'ordre juridique et démontre, de façon particulièrement claire, que création et application du droit sont inséparables, que la décision juridique englobe, en principe, les deux.

Ainsi l'on s'aperçoit que le "troisième" pouvoir n'est pas, de par sa nature, "séparé" des autres pouvoirs ; qu'il est plutôt nécessaire de concevoir le pouvoir étatique dans son ensemble. La thèse d'un dépassement de la "séparation" des pouvoirs paraît s'imposer également du point de vue de la justification du pouvoir étatique. Dans les conditions de la société pluraliste -quant aux structures éthico-politiques- le pouvoir de l'État de droit ne pourrait être justifié que de manière unifiante, appliqué à toutes ses activités.

Toute analyse de la jurisprudence doit être liée à la conception du droit adoptée dans une société donnée, parce qu'elle mène à la réalisation non pas du droit tout court, mais à celle d'un certain type de droit. Inversement, cela a des incidences sur la méthode d'interprétation : le droit ne doit être interprété par la jurisprudence qu'en observant sa nature et son contexte socio-axiologique. Cette exigence générale, valable pour tous les types de jurisprudence, est bien démontrée en cas de la jurisprudence constitutionnelle.

La jurisprudence constitutionnelle revêt un caractère spécifique et significatif : elle ne tranche pas simplement un litige en se référant à des normes applicables dont elle établirait elle-même le sens. Le juge constitutionnel analyse la conformité d'un acte juridique -dans la plupart des cas une norme générale- à la Constitution sur le fond des principes généraux d'un système juridique donné. Et c'est le cas aussi quand un droit subjectif a été atteint par la norme contrôlée.

La fonction principale de la jurisprudence constitutionnelle est de garantir l'unité tant systémique que conceptuelle d'un ordre juridique donné. La jurisprudence effectue cette unité en établissant -au sommet de la "pyramide" des actes juridiques- la conformité des lois ordinaires avec la constitution, une conformité qui est établie aux niveaux inférieurs par les autres types de juridictions (civile, criminelle, administrative).

La jurisprudence constitutionnelle nous enseigne, de manière paradigmatique, une méthode d'interprétation "substantielle" de la Constitution et des lois ordinaires (2). Cette méthode démontre la nécessité d'assurer dans l'interprétation une concordance des principes généraux, des standards et des règles du système juridique positif auquel le juge constitutionnel se réfère. De plus, elle met en évidence le fait que la réflexion du juge ne saurait se borner à des figures dogmatiques, qu'il est indispensable que le juge, pour justifier sa décision, se rapporte aux idées politico-éthiques et -à cette lumière- aux principes généraux du droit qui fondent un système juridique donné.

La réflexion philosophique sur l'intégration politique en Europe révèle deux phénomènes significatifs. Tout d'abord, le processus de formation du droit européen

(2) Sur la "substantive interpretation" propre tant à l'application qu'à l'élaboration de la Common Law cf. M. Golding, "Substantive Interpretation in Common Law", rapport au 15^{ème} Congrès mondial de Philosophie du Droit, Göttingue 1991, p. 133 et s. ; v. aussi M.-J. Perry, *Morality, Politics and Law*, Oxford, Oxford University Press, 1988, p. 121 et s.

fait ressortir l'importance de la jurisprudence des Cours communautaires de Strasbourg et de Luxembourg.(3) Les juges nationaux ont à décider sur les affaires en cause sous le régime de législations différentes, ce qui rend impossible toute démarche strictement positiviste. Ici, aucune transposition immédiate de la dogmatique nationale n'est possible ni recommandable. Par contre, la nécessité d'une analyse à la fois sociologique et axiologique, qui considère les différents objectifs à atteindre selon une éthique nationale et internationale tout à fait pluraliste, se fait jour. Les raisonnements du juge deviendront plus complexes, plus structurés afin de saisir la complexité systémique du processus des décisions politiques et juridiques dans la communauté (4).

En outre, ce processus nous conduit à admettre que dorénavant la production de normes juridiques dans une Europe politiquement unifiée ne sera pas réservée aux organes étatiques. Diverses organisations dans la future société politique -professionnelles, culturelles, économiques et politiques, celles-ci d'une nouvelle qualité qui les distinguera des partis politiques actuels- participeront à l'élaboration d'un ordre sociétal normatif, un ordre qui ne s'identifie pas à l'ancien ordre juridique étatique. Et la jurisprudence y assumera une compétence nouvelle et spécifique : elle contribuera à la solution des conflits sociaux non toujours comme une force contraignante mais, dans une mesure considérable, comme médiateur entre les intérêts divergents en vue d'objectifs et de tendances communs.

On pourrait y voir un rapprochement avec la fonction de "discretion" dans la Common law qui permet au juge de considérer toutes les circonstances en cause -tant économiques que politiques et éthiques- et de créer sans hésitation et sans forcer les figures d'une dogmatique rigide, des règles et solutions nouvelles appropriées au dynamisme d'une société ouverte.

Dans cet ordre d'idées, une dernière remarque sociologique me paraît importante. La société de structure complexe ne dispose pas de nos jours d'autre mécanisme pour résoudre des conflits sociaux, comme c'était le cas dans des sociétés homogènes. Ici, les conflits se bornaient aux parties en cause (par exemple dans le cadre de la tribu) et n'avaient pas d'incidences sur la société toute entière. On n'éprouvait pas le besoin d'imposer une décision contraignante aux litigeants et se servait, en revanche, de l'arbitrage, de la réconciliation et d'autres moyens de préservation de l'équilibre social (5).

II - JURISPRUDENCE ET JUSTICE SOCIALE

La thèse, selon laquelle la justice sociale se voit réalisée par la jurisprudence dans un ordre juridique bien organisé, a été soutenue pour différentes raisons : On prétendait, selon une conception naturaliste du Droit, que c'est le juge, qui de par sa fonction fondamentale réalise la justice en disant, à l'indicatif, quel est le droit des parties en cause dans le cas d'espèce. Ici une justice naturelle provenant d'un ordre harmonieux du monde et un droit qui la reflète sont en jeu (6). Le juge est, dans cette perspective, la personne qui met en oeuvre le droit, de façon exemplaire, sans que la portée sociale et juridique du litige concret soit exagérée.

D'après une autre conception, la justice sociale qui est relative (discursive) nous conduit à admettre que le juge est engagé non pas dans un processus de "simple" cognition d'une réalité sociale et juridique prédéterminée mais qu'il s'agit

(3) A.-J. Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, PUF, 1991, p. 280.

(4) Arnaud, *op. cit.*, p. 241 et s.

(5) U. Wesel, *Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften*, Francfort s.M., Suhrkamp, 1985, p. 255 et s.

(6) M. Villey, *Philosophie du droit*, t. 1, 4^{ème} éd., Paris 1986, p. 62 et s.

d'un discours tout à fait institutionnalisé dans lequel les dimensions éthiques et politiques du droit positif et les contours d'une justice toujours à retrouver se voient en contestation (7). La jurisprudence y exerce une fonction justificative qui révèle la nature socio-axiologique du droit. Elle fait apparaître les chances qui se présentent au droit de la société ouverte et pluraliste de renforcer ses fondements éthiques.

L'idée générale d'une jurisprudence qui met en oeuvre la justice sociale serait à préciser, étant donné les difficultés pratiques que présente son application dans le cas concret. On a souvent observé que la justice dite légale reste toujours imparfaite à cause de l'imperfection des lois humaines. Ainsi différentes théories ont proposé, dans les traditions platoniciennes et stoïciennes, une solution à cet état des choses en introduisant le concept de l'équité qui devra dorénavant suppléer le rigorisme de la loi, combler ses lacunes et garder l'équilibre et la cohérence de l'ordre juridique (8).

Cependant, deux tendances opposées se manifestent dans la réflexion philosophique : une tendance objectiviste qui prétend que l'équité est inscrite dans l'ordre naturel des choses et que le juge peut et doit la discerner de manière exacte ; et une tendance subjectiviste qui considère l'équité comme dépourvue de toute factualité extérieure, mais comme exigence de la seule conscience individuelle.

Le positivisme juridique a nié la nécessité d'un correctif de la loi tel que l'équité prétend en supposant la plénitude du système juridique. D'autre part, dans la doctrine chrétienne, l'équité paraît indispensable : elle prend le sens de "l'amour pacificateur et de l'élan charitable, par l'union des facultés rationnelles et sensibles" de l'être humain (9). Selon les vues d'un réalisme juridique moderne, l'équité ne saurait se présenter comme une catégorie philosophique substantielle qui se différencie de l'acception de la justice sociale dans un ordre juridique. En tranchant le litige, le juge n'a ni la compétence ni la faculté de s'éloigner de la conception de la justice sociale retenue à une certaine époque, voire de la remplacer par ses propres vues et par la sensibilité d'un juste. Tout au contraire, en interprétant la norme applicable, le juge est tenu de se laisser guider par cette conception et d'observer les valeurs qui y sont comprises. Ce devoir pertinent se manifeste, de manière rigoureuse, dans la situation où le juge crée une norme juridique nouvelle pour combler une lacune de la loi. En prenant une telle décision sans se reporter directement à une norme générale déjà formulée dans la loi (où dans une décision judiciaire), le juge est tout à fait conscient de son rôle créateur : ne se comportant pas en libre arbitre, il est soucieux de donner au litige une solution qui soit en conformité avec la jurisprudence en la matière, qui corresponde aux principes généraux concernés et s'intègre dans le système juridique auquel la décision appartiendra. Ainsi il ne paraît évident que, dans de telles circonstances, le juge est tenu non pas de "corriger" la justice légale, mais de décider sur le cas concret tout en observant les exigences directes et les implications d'un concept de justice qui est -politiquement- adopté dans un système juridique donné.

III - JURISPRUDENCE ET RATIONALITÉ SYSTÉMIQUE DU DROIT

L'attente que le juge donne une décision correcte et acceptable des questions que pose le litige juridique est, sous l'aspect envisagé, l'expression d'une rationalité qui domine un système juridique donné. Le juge de nos jours, n'étant ni simple arbitre ni détenteur d'un pouvoir discrétionnaire, est obligé, dans les systèmes juridiques développés, non seulement de trancher le litige mais aussi de justifier sa déci-

(7) V. Petev, "Gerechtigkeit durch Recht", in ARSP, Beiheft 24 (1985); Id. "Une conception socio-axiologique du droit", in *Droits* 10 (1989).

(8) J.-M. Trigeaud, "Ontologie de l'équité", *Revue de droit de McGill* 1989, n. 3, p. 414 et s.

(9) Sur les implications de l'esprit du judéo-christianisme dans cette conception v. Trigeaud, *op. cit.*, p. 432.

sion. Cela signifie que le dire-droit se déploie dans une ambiance de raisonnement et d'argumentation rationnelle qui traduit la rationalité supposée du droit en décisions individuelles, elles-mêmes justifiées et acceptables.

L'image du juge rationnel ne doit pas être confondue avec le mythe d'un juge omniscient ("Hercule"). Le juge transmet, dans un État de droit, la culture juridique acquise dans la vie quotidienne de la société. Il engage un discours pratique qui porte sur la réalité sociale qualifiée, sur le raisonnable et le juste particuliers.

La rationalité du juge ne s'identifie pas avec la recherche d'une raison normative absolue, de la "one right answer" ou d'une vérité propositionnelle sur des faits juridiques. Elle a trait à une qualification juridique de la réalité sociale et à la stratégie du discours juridique (10).

L'interprétation du droit ne saurait être réduite à l'interprétation d'un texte écrit (littéraire ou autre) ; Ronald Dworkin a attiré l'attention sur le fait que les juges interprètent une longue pratique (du droit et autre) en partant de différentes prémisses théoriques tant qu'axiologiques, et que ce processus d'interprétation est créateur du droit. Dworkin soutient aussi que le juge doit interpréter le droit et sa pratique dans le meilleur sens possible à partir de la totalité des sources du droit, d'une structure cohérente de la doctrine juridique et sous le jour d'une "political morality" (11).

Pourtant, une telle exigence me paraît problématique : le juge, en interprétant la loi, n'a pas à accomplir une oeuvre d'art ; il n'est pas tenu d'opérer une création juridique optimale ; il est plutôt obligé de donner une décision correcte et acceptable au cas concret en interprétant le droit dans son contexte socio-axiologique conformément aux vues politico-éthiques répandues dans la société (12).

L'interprétation porte sur le texte d'une norme juridique comme sur la réalité sociale correspondant à la norme. Expliciter le sens d'une norme juridique afin de l'appliquer, signifie identifier et qualifier une partie de la réalité sociale institutionnalisée où le droit manifeste sa fonction régulatrice et se présente sous sa forme réelle -les rapports socio-juridiques concrets.

Il s'ensuit que le raisonnement du juge ne s'épuise pas dans une argumentation logique formelle. Même les adhérents d'une rationalité discursive stricte y consentent (13). La structure de ce raisonnement est plus complexe et correspond à la complexité du phénomène juridique ; on peut y discuter des éléments d'ordres différents - logique (formelle, déontique, d'action) tant qu'axiologique (justice, utilité etc.). Ce que la justice peut finalement atteindre n'est qu'une décision qui se présente comme plausible et acceptable ; plausible dans le sens d'une argumentation pratique ouverte ; acceptable aux yeux des parties en cause, d'un "auditoire" spécialisé et du grand public (14).

(10) J.-M. Broekman, *Virtues of the Judge*, Bobmun Publishing Comp., 1990, p. 453.

(11) R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, ch. 2 ; p. 88 et s. ; 217, 228 et s., 410 et s., *passim* ; Id., *Legal Theory and The Problem of Sens*, in R. Gavison (éd.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 13 et s.

(12) Pour une critique détaillée des vues de Dworkin v. N. E. Simmonds, *Central Issues in Jurisprudence*, London, Sweet & Maxwell, 1986, p. 109 et s. ; R. Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence*, London, Butterworths, 1989, p. 178 et s.

(13) R. Alexy / A. Peczenik, "The Concept of Coherence and its Significance for Discursive Rationality", in *Ratio Juris* 3 (1990), p. 143 et s.

(14) O. Weinberger, *Norm und Institution*, Vienne, Manz 1988, p. 205 et s. ; A. Aarnio, *The Rational as Reasonable*, Dordrecht, D. Reidel 1987, p. 185 et s.14.