

LA JUSTIFICATION DES DECISIONS
FONDEES SUR DES "STANDARDS"

THE JUSTIFICATION OF THE BASED ON
STANDARDS JUDICIAL DECISIONS

Par

Michele TARUFFO
*Professeur de Procédure civile à l'Université de Pavie
(Italie)*

SOMMAIRE

1. Introduction
2. Décision et justification
3. La justification interne
4. La justification externe :
 - a) *Le juge sociologue*
5. Suite :
 - b) *Le juge réalisateur des valeurs individuelles*
 - c) *Le juge créateur des critères d'évaluation*
6. Remarques conclusives

1. INTRODUCTION

En abordant le sujet de mon rapport, je dois préciser tout d'abord que je n'essayerai pas de donner, comme point de départ, une définition précise et rigoureuse de la notion de *standard*. En général on pourrait dire qu'il ne s'agit pas d'un domaine indiqué pour l'élaboration de définitions précises ; il y a d'ailleurs des raisons plus profondes qui justifient une approche si évasive.

La première raison est que le concept de *standard* a reçu tellement de définitions, souvent assez différentes, qu'il paraît impossible de les synthétiser en une formule simple. D'ailleurs, il serait peu satisfaisant de procéder en choisissant une seule définition dans un panorama très (et même trop) varié (1).

La deuxième raison est que, dans le but de ce rapport, il n'est pas nécessaire de fixer préalablement une définition rigoureuse du concept de *standard*. Comme je ne pourrai pas éviter de toucher aux problèmes qui concernent ce concept, ce qui est tout à fait évident, il vaut peut-être mieux le faire dans le contexte du discours sur la justification des décisions fondées sur des standards. Ce discours paraît, du reste, possible en partant des caractères généraux qui sont communément reconnus aux *standards*, sous réserve de donner quelques explications plus tard, au fur et à mesure qu'elles seront indispensables.

On peut donc partir de la constatation que quand la règle de droit contient la référence à un *standard*, elle est particulièrement ouverte du point de vue de sa structure logique et sémantique (2). Ce point d'ouverture de la règle a pour caractère essentiel de ne pas renvoyer, pour l'application de la règle même, à d'autres règles ou principes internes à l'ordre juridique (si large soit la façon de l'entendre), mais de renvoyer hors de l'ordre juridique, au niveau d'autres critères qui ne sont pas fixés dans le système des règles du droit. Cette règle doit donc être *hétéro-intégrée*, c'est-à-dire "remplie" sur la base de critères métajuridiques ou extrajuridiques qui, selon le lieu commun traditionnel, existent dans la société (3). Je reviendrai après sur ce

(1) Quelques définitions seront citées par la suite. Pour une analyse récente dans la doctrine italienne v. Falzea, *Gli standard valutativi e la loro applicazione*, dans *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Padova 1988, p. 101 et s.; v. aussi Rodotà, *Il tempo delle clausole generali*, dans *Riv. crit. dir. priv.* 1987, p. 709 et s. Pour un panorama synthétique, voir Strache, *Das Denken in Standards*, Berlin, 1968, p. 9 et s., et aussi Teubner, *Standards und Direktiven in Generalklauseln*, Frankfurt a.M. 1971, p. 13 et s. Voir aussi les essais recueillis dans *Les notions à contenu variable en droit*, publ. par Ch. Perelman et R. van der Elst, Bruxelles 1984.

(2) On peut évoquer ici la définition logique de l'"énoncé ouvert", qui indique l'énoncé dans lequel il y a une ou plusieurs variables qui ne sont pas déterminées: voir Haack, *Philosophy of Logics*, Cambridge 1985, p. 39, 106 et s.

(3) Parmi les nombreuses références sur ce point, v. en particulier Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 5 Aufl. Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1971, p. 119 et s.; Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4. Aufl., Berlin-

point ; maintenant il faut souligner qu'il s'agit généralement de *valeurs*, qu'on imagine consolidées et traduites en concepts ou critères d'évaluation. En effet, ce n'est pas la valeur en soi qui entre en jeu ; mais ce sont des critères ou des règles fondées sur des valeurs, et qui doivent servir à l'intégration évaluative de la règle de droit (4).

Parmi les problèmes qui surgissent à ce propos, à mon avis, le plus important est que c'est le juge, à l'occasion des jugements concrets qu'il doit donner, qui accomplit cette intégration évaluative de la règle de droit. Cette opération implique que le juge joue un rôle créateur qui est extraordinairement plus vaste que celui qu'il joue normalement dans l'interprétation des règles juridiques. On sait bien que, dans l'interprétation, il y a toujours une marge (majeure ou mineure selon le type, la structure et le langage de la règle de droit) d'intégration évaluative (5), étant désormais donné que l'interprétation n'est jamais une activité mécanique et non-évaluative. Pour interpréter et appliquer une règle qui contient un *standard*, le juge doit d'ailleurs créer la règle dans une mesure telle qu'on pourrait parler d'un pouvoir créateur tout à fait différent (il y a là, je crois, un des cas où la quantité modifie la qualité d'un phénomène). En effet, il ne s'agit pas seulement d'établir le signifié d'un texte normatif, mais de formuler la règle -ou au moins une partie de la règle- en remplissant le "vide" laissé par le législateur (6).

Il n'y a pas de doute qu'un tel pouvoir existe, puisque c'est la loi qui le donne au juge, et qui détermine les cas dans lesquels le juge peut et doit s'en servir. Il y a quand même un problème important à propos de la façon dont le juge exerce ce pouvoir. Le fait que la loi lui donne de vastes pouvoirs créateurs ne signifie pas, en effet, qu'ils puissent être exercés arbitrairement, et que le juge soit dégagé du devoir de juger selon des critères rationnels et contrôlables (7).

Heidelberg-New York 1979, p. 136 et s., 274 et s., 447 et s.; Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* 3. Aufl., Tübingen 1974, p. 150 et s. (sur la pensée d'Esser à ce propos, v. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milan 1984, p. 84 et s.); Teubner, op. cit., p. 13 et s.; McNicol-Maher, *The Range and Limits of Judicial Discretion*, dans 73 ARSP 1987, p. 49 et s.; Bergel, *Théorie générale du droit*, Paris 1985, p. 321. Dans le même sens est la référence à l'idée de "mesure de normalité" qui constitue le noyau du concept de *standard* d'après Rials (v. *Les standards, notions critiques du droit*, dans *Les notions à contenu variable*, cit., p. 43 et s.).

(4) Voir Larenz, op. cit., p. 447; Strache, op. cit., p. 17 et s.; Esser, op. cit., p. 6, 242, 383 et s.; Zaccaria, op. cit., p. 92.

(5) Voir Larenz, op. cit., p. 136.

(6) A ce propos, voir notamment Larenz, op. cit., p. 136; Engisch, op. cit., p. 120 et s.; Esser, op. cit., p. 150; Id., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, tr. it., Napoli 1983, p. 57.

(7) Voir McNicol-Maher, op. cit., p. 56 et s.; la même exigence est d'ailleurs à la

En d'autres termes, l'exercice du pouvoir d'intégration évaluative de la règle de droit par rapport aux *standards* doit être rationnel et justifié : cela signifie que ce pouvoir n'est exercé d'une façon acceptable que si le juge donne une justification rationnelle de l'emploi qu'il a fait des *standards* dans le contexte du jugement.

A la base de cette affirmation, on peut trouver au moins trois raisons.

La première raison est *théorique* : en particulier dans les dernières années, la théorie générale du droit a prêté une attention nouvelle et spéciale aux problèmes de la justification rationnelle dans le domaine du raisonnement juridique, à tel point qu'on peut presque identifier le raisonnement juridique à l'argumentation rationnelle (8). En un mot, on ne peut pas parler de raisonnement juridique hors du cadre de la rationalité : cela vaut évidemment pour le jugement en général, qui est rationnel seulement lorsqu'il est fondé sur des raisons acceptables. Cela vaut aussi pour les décisions de justice, qui sont acceptables seulement lorsqu'elles sont rationnellement justifiées (9).

La deuxième raison est *idéologique*. Entre l'idéologie formaliste du positivisme strict, qui est insoutenable, et l'idéologie de la décision libre, qui légitimerait l'abus, il y a beaucoup de raisons pour accepter l'idéologie "légale-rationnelle" de la décision judiciaire. Le point essentiel de cette idéologie est que le juge doit justifier son jugement sur la base du droit et de la raison, ce qui signifie qu'il doit énoncer les arguments rationnels qui constituent la base d'acceptabilité du jugement, spécialement lorsqu'il s'agit d'un jugement qui entraîne des évaluations (10).

base des perspectives d'objectivation des *standards* (v. infra, par. 4).

(8) A ce propos, on peut indiquer seulement les ouvrages récents les plus importants, afin de montrer l'étendue de cette perspective. Voir Alexy, *Theorie des juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt a.M. 1978 ; Peczenik, *The Basis of Legal Justification*, Lund 1983 ; Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokyo 1987 ; Aarnio-Alexy-Peczenik, *The Foundation of Legal Reasoning*, dans 12 *Rechtstheorie* 1981, p. 133 et s., 257 et s., 423 et s. ; Koch-Rüsamann, *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, München 1982.

(9) V. notamment Wroblewski, *Livelli di giustificazione delle decisioni giuridiche*, dans *Etica e diritto*, a cura di L. Gianformaggio e E. Lecaldano, Bari 1986, p. 204 ; Id., *Justification of Legal Decisions*, dans Id., *Meaning and Truth in Judicial Decisions*, 2nd ed., Helsinki 1983, p. 49 et s. ; Id., *Paradigms of Justifying Legal Decisions*, dans *Theory of Legal Science*, ed. by A. Peczenik, L. Lindahl and B. van Roermund, Dordrecht-Boston-Lancaster 1984, p. 253 et s. ; Id., *Justification through Principles and Justification through Consequences*, dans *Reason in Law*, Milano 1987, vol. 1, p. 129 et s. ; Aarnio, op. cit., p. 6 ; Garrn, *Zur Rationalität rechtlicher Entscheidungen*, Stuttgart 1986, p. 13 et s., 188 et s.

(10) Sur l'idéologie légale-rationnelle de la décision judiciaire, v. notamment Wroblewski, *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision-making*, dans 1 *Rechtstheorie* 1974, p. 27, 38 ; Id., *Justification through Principles*, cit., p. 140, 158 et s.

Enfin, la troisième raison est *juridique*. Elle dérive de l'obligation de motiver le jugement, que presque tous les systèmes juridiques modernes imposent au juge, parfois même au niveau des principes constitutionnels (11). Il est assez évident que cette obligation ne peut être interprétée de façon formelle (ou formaliste), mais en ce qu'elle oblige le juge à donner des justifications satisfaisantes des choix qui sont à la base du jugement (12). On ne peut pas douter que l'obligation de motiver concerne en particulier les choix évaluatifs dont la décision est la conséquence (13) ; et donc il paraît évident qu'elle concerne même la partie du jugement qui implique l'utilisation des *standards*.

Cette raison juridique n'est pas seulement importante en soi. Elle conduit aussi à privilégier, parmi les différentes perspectives dans lesquelles on pourrait parler de la justification du jugement fondé sur des *standards*, le point de vue de la justification qui consiste dans la formulation, par le juge, d'un raisonnement justificatif où il exprime les arguments qui visent à fonder l'acceptabilité rationnelle du jugement (14).

2. DECISION ET JUSTIFICATION

Ayant choisi, pour les raisons indiquées, d'examiner la justification de l'emploi des *standards* du point de vue de la motivation du jugement, il ne paraît pas indispensable d'analyser à fond le déroulement logique et psychologique du raisonnement par lequel le juge parvient à formuler le jugement.

(11) Pour un panorama à ce propos, v. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padova 1975, p. 352 et s. ; voir aussi les essais recueillis dans le volume *Entscheidungsbegründung*, herausg. von R. Sprung, Wien-New-York 1974, et récemment les essais de Kötz, Atiyah, Cornu, Zeuner et Taruffo, dans le volume *La sentenza in Europa*, cit., p. 129 et s.

(12) V. Taruffo, *La motivazione*, cit., p. 265 et s. ; Wroblewski, *Paradigms*, cit. ; Id., *Motivation de la décision judiciaire*, dans *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles 1978, p. 111 et s.

(13) Sur l'exigence d'une *Open argumentation* qui justifie les jugements de valeur v. par ex. Jorgensen, *Motive and Justification in Legal Decision-Making*, dans *Reason in Law*, cit., vol. 1, p. 335 et s. Voir aussi Taruffo, *La motivazione*, cit., p. 294 et s., 302 et s.

(14) La définition de la justification comme argumentation qui exprime des "bonnes raisons" pour accepter une décision est désormais un lieu commun. Voir par ex. Aarnio, op. cit., p. 107 et s., 185 et s. ; Peczenik, op. cit., p. 84 et s. ; Alexy, op. cit., p. 274 et s. ; Jääskinen, *External Justification of Propositions in Legal Science*, dans *Man, Law and Modern Forms of Life*, ed. by E. Bulygin, J.L. Gardies and I. Niiniluoto, Dordrecht-Boston-Lancaster 1985, p. 225 ; Gizbert-Studnicki, *Common Sense Knowledge as the Basis of Teleological Interpretation of Law*, dans *Reason in Law*, cit., vol. 2, p. 309 ; Wroblewski, *Paradigms*, cit., p. 255 ; Golding, *Discovery and Justification in Science and Law*, dans *Theory of Legal Science*, cit., p. 303.

En effet, il y a, à ce propos, la distinction fondamentale entre le raisonnement décisoire et le raisonnement justificatif (15), en vertu de laquelle on ne peut pas considérer la justification du jugement (la motivation) comme une sorte de reproduction du chemin suivi par le juge afin d'arriver au jugement final (16). Par conséquent, on pourrait parler de la justification de l'emploi des *standards*, même seulement quant à la façon dont les juges motivent cet aspect du jugement : dans cette perspective, on aurait une étude empirique et descriptive de la pratique judiciaire en ce domaine. Cette étude serait très intéressante, mais le but de mon analyse est différent : je voudrais plutôt donner des éléments pour une analyse *prescriptive*, c'est-à-dire des idées à propos de la manière selon laquelle le juge *devrait* motiver le jugement basé sur des *standards* (17).

De ce point de vue, il faut au moins aborder quelques points qui peuvent avoir une incidence sur la dimension justificative du raisonnement du juge.

Un premier point concerne la façon par laquelle la règle de droit est intégrée par rapport au *standard*. La règle de droit n'est pas intégrée en soi, c'est-à-dire au niveau de son signifié général et abstrait : le juge remplit le "vide" (ou bouche l'"ouverture" de la règle), mais le résultat n'est pas une règle générale "complète". L'intégration sur la base d'un *standard* ne conduit pas à une règle abstraite, puisqu'elle est essentiellement "orientée par le fait", c'est-à-dire qu'elle a lieu seulement par rapport à des faits concrets et spécifiques, et qu'elle est faite "à la mesure" du fait qui doit être qualifié selon la règle de droit (18). Cela signifie que le point de départ n'est pas la règle, mais le fait : c'est le fait concret qui, une fois établi, est évalué selon le *standard*, pour être ensuite qualifié selon la règle de droit. Pour ainsi dire, l'intégration de la règle n'arrive pas au niveau de son interprétation, mais au niveau de son application au cas particulier : c'est le fait, et non la règle, qui sert de point de repère pour l'emploi du *standard* ; la règle est intégrée par le *standard* puisque le fait auquel elle est appliquée est évalué par rapport au *standard*.

(15) En général, sur cette distinction, v. Golding, *op. cit.*, p. 295 et s. ; Jorgensen, *op. cit.* En particulier en ce qui concerne la distinction entre raisonnement décisoire et motivation : v. Wroblewski, *Motivation*, cit., p. 131 et s. ; Taruffo, *La motivazione*, cit., p. 118 et s., 213 et s. Esser, *Motivation und Begründung richterlicher Entscheidungen*, dans *La motivation des décisions de justice*, cit., p. 137 et s.

(16) V. notamment Taruffo, *La motivazione*, cit., p. 107 et s.

(17) Sur l'exigence d'une analyse prescriptive en ce domaine, voir Wroblewski, *Paradigms*, cit., p. 255.

(18) Cette observation est fréquente dans la doctrine sur les *standards* : voir par ex. Larenz, *op. cit.*, p. 137 et s., 278, 447 ; Esser, *Grundsatz und Norm*, cit., p. 96 et s.

Il est donc évident que le schéma de l'emploi du *standard* n'est pas le modèle traditionnel de la subsomption syllogistique : on n'a pas une majeure, donnée par la règle de droit intégrée par le *standard*, et une mineure donnée par le fait, dont le juge dérive une conclusion déductive. On a plutôt un schéma tout à fait différent, où il y a d'abord le fait, qui est évalué selon le *standard*, qui ensuite est qualifié selon la règle de droit, et qui enfin est jugé sur la base de cette règle.

Cette différence se place évidemment au niveau du raisonnement décisoire, et par conséquent elle n'est pas automatiquement importante au niveau du raisonnement justificatif et de la motivation du jugement. D'ailleurs, elle n'est pas insignifiante de ce deuxième point de vue. En effet, rien n'empêche le juge, qui a décidé sur la base d'un *standard*, de motiver son jugement par une argumentation déductive (19). On pourra toutefois douter qu'il s'agisse d'une justification satisfaisante, et, en considérant la distance entre la réalité du jugement et sa motivation, on pourra même parler d'une motivation *fausse* ou *fictive* (20). On peut donc dire que le mode d'emploi du *standard* n'est pas en soi la justification du jugement, qui implique un discours argumentatif élaboré *a posteriori*, mais qu'il a une influence essentielle sur ce qu'on peut considérer comme une "bonne" justification. Au minimum, on peut dire qu'il n'y a pas de justification acceptable si la motivation dénature complètement le raisonnement décisoire et si elle ne fournit aucune base rationnelle des choix qui ont déterminé le jugement (21).

A partir de tout cela, on arrive à un deuxième point qui concerne le rapport entre le jugement sur la base d'un *standard* et sa justification. Ce qu'on doit souligner c'est que l'essentiel de la doctrine qui s'est occupée des *standards* a posé en réalité le problème du point de vue du raisonnement décisoire. Au contraire, on a généralement laissé dans l'ombre le problème de la justification rationnelle du jugement qui en dérive. Mais tout ce qu'on dit à propos de l'emploi des *standards* dans le jugement n'est pas vrai *a priori* du point de vue de sa justification. D'ailleurs, dans la doctrine, en général, on trouve une certaine

(19) Sur l'emploi de l'argumentation syllogistique, ses conditions et ses limites, v. en particulier Wroblewski, *Legal Syllogism*, cit., p. 33 et s.

(20) Sur la notion de motivation fautive ou fictive v. Taruffo, *La motivazione*, cit., p. 265 et s., 551 et s. ; Fasching, *Die Entscheidungsbegründung im österreichischen streitigen zivilgerichtlichen Erkenntnis-Executions und Insolvenzverfahren*, dans *Entscheidungsbegründung*, cit., p. 146 et s. ; Brecher, *Scheinbegründungen und Methodenehrlichkeit im Zivilrecht*, dans *Festschr. für A. Nikisch*, Tübingen, 1958, p. 277 et s.

(21) Sur la motivation comme justification des choix du juge, voir Taruffo, *La motivazione*, cit., p. 279 et s. ; Esser, *Motivation*, cit., p. 137 ; Wroblewski, *Motivation*, cit., p. 115 et s. ; Id., *Justification through Principles*, cit., p. 129 et s.

confusion entre la justification comme rationalité du raisonnement décisoire et la justification comme argumentation justificative du jugement. Par conséquent, il est assez difficile de comprendre jusqu'à quel point ce qu'on dit à propos de l'emploi des *standards* dans la formation du jugement peut être significatif du point de vue de sa justification.

On peut citer quelques exemples. Si on suit la perspective herméneutique, on trouve que la théorie de la "précompréhension" de Josef Esser (22), et la théorie du "cercle" ou de la "spirale" herméneutique (23), fournissent des analyses intéressantes du raisonnement décisoire, qui peuvent aussi faire comprendre la dynamique de l'emploi des *standards*. Il est d'ailleurs évident, à mon avis, qu'il s'agit d'*explications* sur des aspects du raisonnement décisoire, mais qu'elles ne donnent ni une description de la justification du jugement, ni -encore moins- des critères à suivre pour élaborer ou pour contrôler la justification du jugement.

En ce qui concerne le fondement de rationalité du jugement (ce qui vaut en particulier s'il s'agit d'employer des *standards*), Esser indique trois critères de contrôle, c'est-à-dire la rationalité (ou justice, ou logique) "matérielle", la concordance avec le système juridique positif, et l'évidence de la solution (24). Quoi qu'on pense de ces critères, qui sont discutables de plusieurs points de vue, il paraît sûr qu'ils visent à assurer la rationalité de la formation du jugement, c'est-à-dire du raisonnement décisoire. Ce qui reste douteux, c'est qu'ils aient de l'importance du point de vue de la justification du jugement. Même Esser n'est pas assez clair à ce propos : d'un côté, il souligne qu'il n'y a aucune correspondance nécessaire entre la formation et la justification du jugement (25), ce qui implique que les contrôles qui concernent la première ne concernent pas automatiquement la deuxième. De l'autre côté, il souligne que la décision basée sur des valeurs doit émerger du contexte du jugement explicite (26) (ce qu'on peut sûrement approuver), mais il ne précise pas de quelle façon et à quelles conditions de rationalité cette "émersion" doit avoir lieu. En substance, ce qui n'est pas clair, c'est si, et jusqu'à quel point,

(22) Voir Esser, *Precomprensione*, cit., p. 132 et s., 138 et s.; Zaccaria, op. cit., p. 145 et s.

(23) Sur cette théorie, v. notamment Larenz, op. cit., p. 183 et s.; Hassemer, *Tatbestand und Typus*, Köln-Berlin-Bonn-München 1967, p. 107; Zaccaria, op. cit., p. 169 et s., 173 et s.; Aarnio, op. cit., p. 69 et s.

(24) Voir Esser, *Precomprensione*, cit., p. 13 et s., 21, 43, 105, 138 et s., 168 et s.; Zaccaria, op. cit., p. 176 et s.

(25) Voir *Motivation*, cit., p. 137 et s.; Zaccaria, op. cit., p. 192.

(26) Voir *Motivation*, cit., p. 152 et s.; Id., *Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilurteil*, Karlsruhe 1966, p. 5 et s., 14 et s.

les critères de rationalité du jugement peuvent valoir même comme critères de justification rationnelle (27).

Il y a donc des questions assez complexes sur le rapport entre le jugement fondé sur un *standard* et sa justification ; ces questions justifient d'ailleurs un essai d'analyse des problèmes relatifs à la motivation des décisions qui emploient des *standards*.

3. LA JUSTIFICATION INTERNE

Afin d'aborder directement ce sujet, il convient d'employer la distinction entre la *justification interne*, c'est-à-dire la justification du jugement sur la base de ses prémisses, et la *justification externe*, c'est-à-dire la justification du choix des prémisses (28).

En ce qui concerne la justification interne du jugement fondé sur un *standard*, on peut dégager quelques éléments de ce qu'on a dit à propos de la structure de ce jugement.

Etant donnée la prééminence du *fait*, c'est de là qu'on doit partir. Cela signifie avant tout que la base de la justification du jugement est l'établissement du fait, fondé sur des preuves suffisantes à en confirmer la vérité (29). Il s'agit d'un élément qui est requis en général dans la motivation du jugement ; mais, du point de vue de l'emploi des *standards*, il prend une importance particulière. D'un côté, puisque le *standard* joue comme critère d'évaluation d'un fait, il est nécessaire que ce fait soit précisément défini et sûrement établi et que ces éléments soient

(27) Ce qui paraît assez surprenant chez Esser, mais qui confirme que son analyse des "contrôles" sur le jugement ne sert pas beaucoup, du point de vue de la justification, c'est qu'il ne parle pas du tout de ces "contrôles" lorsqu'il s'occupe de la motivation du jugement (voir *Motivation*, cit.), même après l'ouvrage (*Precomprensione*, cit.) où la théorie des "contrôles" a été développée. Cela démontre que, même d'après Esser, la distinction entre décision et justification (ou entre jugement et motivation) est très nette ; d'ailleurs, son discours devient assez vague en ce qui concerne les conditions d'une justification rationnelle.

Il est en tout cas difficile de s'affranchir de l'impression que son analyse des "contrôles" de rationalité du jugement vise seulement à pénétrer dans l'esprit du juge, afin de lui donner des conseils pour "bien décider" (v. notamment *Precomprensione*, cit., p. 138 et s.). Il s'agit donc d'une perspective décidément "mentaliste", qui ne s'occupe pas du tout de la rationalité justificative et argumentative (bien qu'Esser vise à sauver au moins "quelques moments" de rationalité dans le procédé mental du juge : v. *ibidem*).

(28) Sur cette distinction, à propos de la justification du jugement, voir Wroblewski, *Justification of Legal Decisions*, cit., p. 55 ; Id., *Motivation*, cit., p. 119 et s. ; Id., *Justification through Principles*, cit., p. 131 et s. ; Id., *Livelli di giustificazione*, cit., p. 214 et s. ; Taruffo, *La motivazione*, cit., p. 277 et s. ; Alexy, op. cit., p. 273 et s. ; Aarnio, op. cit., p. 119 et s. En particulier sur la justification externe voir Jääskinen, op. cit., p. 221 et s. ; Aarnio, op. cit., p. 120 et s.

(29) En général, sur la motivation du jugement de fait, voir Taruffo, *La motivazione*, cit., p. 437 et s. Voir aussi Wroblewski, *Livelli di giustificazione*, cit., p. 221 ; Id., *Theoretical and Ideological Problems of Controlling Judicial Decisions*, dans Id., *Meaning and Truth*, cit., p. 132 et s., 135, 142 et s.

exprimés et justifiés dans la motivation (30). D'un autre côté, il faut que le juge mette en évidence les caractères de la situation de fait qui sont spécialement importants pour l'application du *standard* (31). Ainsi, par exemple, s'il s'agit de décider si un préjudice est grave, il faut que le préjudice soit établi et quantifié. Si le *standard* implique l'évaluation d'une conduite (par ex. dans le cas de la bonne foi), il faut indiquer les éléments spécifiques et concrets de la conduite qui sont évalués selon le *standard*. Si l'on doit décider qu'une conduite est imprudente, il faut indiquer les aspects particuliers de la conduite qui sont considérés comme imprudents. En substance, il faut que la *prémisse de fait* de l'application du *standard* soit spécifiquement et précisément indiquée (ce qui n'arrive pas souvent dans la pratique, à cause de la tendance des juges à sous-estimer l'obligation de motiver sur les faits) (32).

Il est vrai, en effet, que quand la règle de droit contient un *standard*, elle se réfère à des évaluations plutôt qu'à des faits (33), mais cela ne signifie pas que le juge ne doit pas juger sur des faits. Il signifie seulement que la règle de droit ne qualifie pas exactement le fait, puisqu'elle prête une attention prééminente à l'évaluation. Mais le juge doit quand même établir les faits qui sont l'objet d'une évaluation (étant entendu que l'évaluation selon le *standard* ne peut que concerner un objet factuel) : c'est pour cela, justement parce que c'est le juge qui détermine le fait évalué, que ce fait doit être spécifiquement et explicitement défini par le juge, afin de montrer le fondement factuel concret de l'évaluation prévue par la règle de droit.

En même temps, il faut aussi que la *prémisse évaluative* soit indiquée de façon explicite : cela signifie que le juge ne peut pas se borner à énoncer l'évaluation du fait (ce préjudice est grave, cette conduite a été imprudente, etc.), mais qu'il doit expliciter le critère de cette évaluation, puisque sinon elle paraîtrait tout à fait arbitraire (34). Cela pose un problème important. Puisque le *standard* contenu dans la règle de droit est en soi "vide" (ou "presque vide") et qu'il exige d'être concrétisé par référence à des critères extrajuridiques, l'évaluation concrète ne peut pas être justifiée seulement en renvoyant au *standard* (la

(30) Sur l'importance de l'établissement du fait dans le jugement fondé sur un *standard* v. notamment McCormick, *On Reasonableness*, dans *Les notions à contenu variable*, cit., p. 145.

(31) Voir notamment McCormick, *Universalization and Induction in Law*, dans *Reason in Law*, cit., vol. 1, p. 100.

(32) Voir Taruffo, *La fisionomia della sentenza in Italia*, dans *La sentenza in Europa*, cit., p. 201 et s.

(33) Voir Guastini, *A Framework for the Analysis of Judicial Discourse*, dans *Reason in Law*, cit., vol. 1, p. 297.

(34) Sur l'exigence d'explicitation des prémisses de la justification interne, voir Alexy, op. cit., p. 283.

bonne foi, les bonnes moeurs, etc.). La base de l'évaluation n'est pas le *standard* pris comme formule générale, mais le critère évaluatif extrajuridique que le juge a placé "dans" le *standard* afin de statuer sur un cas particulier (35). La *prémisse évaluative* qui fonde la justification interne n'est donc pas le *standard* en soi, mais le critère d'évaluation qui constitue le signifié concret que le juge donne au *standard*.

Enfin, ce qui doit aussi être démontré, c'est la *congruence* entre le fait et le *standard* matérialisé par un critère évaluatif spécifique. Plusieurs auteurs ont souligné que la congruence est la clef de la justification du jugement fondé sur des principes ou des critères d'évaluation ; je peux donc renvoyer à ces auteurs pour une analyse approfondie du concept de congruence comme critère fondamental de rationalité du jugement évaluatif (36). Il faut cependant souligner qu'il n'y a pas de justification interne du jugement fondé sur un *standard* si le fait n'est pas congruent avec le critère d'évaluation, et si ce critère n'est pas congruent avec le fait (c'est-à-dire si ce n'est pas le critère le plus convenable pour l'évaluation de ce fait). Ce qui est important c'est que cette congruence, dans sa double implication, doit être évidente dans le contexte de la motivation du jugement (37).

4. LA JUSTIFICATION EXTERNE

Tandis que la justification interne de l'évaluation fondée sur un *standard* est nécessaire, elle n'est pas toujours suffisante du point de vue général de la justification du jugement. En effet, on peut dire que la justification interne suffit lorsqu'on peut supposer qu'il n'y a pas de doutes considérables à propos du choix et de l'acceptabilité des prémisses. Mais le cas du jugement fondé sur des *standards* est tout à fait différent : puisque la règle de droit laisse au pouvoir créateur du juge le choix du critère propre à l'évaluation du fait, ce qui en principe en dérive c'est la nécessité d'une justification externe concernant la détermination de la *prémisse évaluative* qui sert à l'intégration de la règle de droit (38).

Qu'une justification dépourvue d'éléments sur le choix du critère évaluatif ne soit pas acceptable, paraît assez évident ; mais

(35) Voir Esser, *Grundsatz und Norm*, cit., p. 96 et s., 150 et s. ; Alexy, op. cit., p. 276.

(36) Voir surtout McCormick, *Coherence in Legal Justification*, dans *Theory of Legal Science*, cit., p. 235 et s. ; Id. *Universalization*, cit., p. 101 et s. et aussi Wroblewski, *Livelli di giustificazione*, cit., p. 214 et s. ; Alexy, op. cit., p. 278 et s. ; Peczenik, op. cit., p. 80 et s., 102 et s.

(37) Ces exigences paraissent réalisées dans le modèle formel de justification interne proposé par Alexy, op. cit., p. 275 et s.

(38) En général sur la notion de justification externe v. référence supra, n. 28.

il est difficile d'établir ce qu'il faudrait pour une justification satisfaisante de ce choix. Une série de questions découle du fait que les *standards* ne sont homogènes ni quant à leur structure ni quant à leur fondement ; une autre série de questions vient du fait que la doctrine a produit un nombre assez vaste de définitions conceptuelles du *standard*, qui sont assez différentes les unes des autres et ont une influence sur le problème du choix du critère d'évaluation par le juge, et donc aussi sur sa justification.

Je ne peux tenter ici ni un examen du répertoire des *standards*, ni une discussion des théories proposées par la doctrine, d'autant plus que la plupart de ces théories ne concernent pas le problème de la justification du jugement.

Pour aborder ce problème, je propose plutôt de distinguer trois situations dans lesquelles le juge peut se trouver confronté au choix d'un critère d'évaluation, pour aborder les questions qui en dérivent du point de vue de la justification externe du jugement. Je dois dire préalablement que je ne suis pas sûr que ces situations soient exclusives les unes des autres ni qu'elles soient exhaustives. Probablement, elles n'ont pas ces caractères : dans la pratique, il peut être assez difficile de les distinguer, et pourrait même trouver des situations différentes. Il me paraît toutefois que ces trois situations peuvent comprendre au moins les cas les plus importants et fréquents, et donc que cette distinction peut être de quelque utilité.

a) La première situation peut être appelée celle du *juge sociologue*.

La théorie des *standards* qu'on peut considérer comme classique envisage dans le *standard* un point "ouvert" dans le système du droit positif (une *Fenster des Kodifikationssysteme* selon la définition d'Esser) (39) par lequel le juge tend vers les valeurs et les critères d'évaluation qui existent dans la société (40). Ces critères sont définis de plusieurs façons dont la plus intéressante est celle de Larenz et d'autres auteurs qui suivent la même perspective, en termes de *sozialtypische Verhaltensformen* ou de *axiologischer Idealtypus* (41).

En ce qui nous concerne ici, le facteur le plus important de cette théorie est qu'elle vise à objectiver au maximum l'emploi que le juge fait des *standards*. C'est surtout Engisch, mais d'autres auteurs suivent la même tendance - bien que parfois

(39) Voir *Grundsatz und Norm*, cit., p. 150.

(40) Ce renvoi à la société est un lieu commun dans la théorie des *standards* : voir notamment Engisch, op. cit., p. 124 et s. ; Larenz, op. cit., p. 274 et s., 277 ; Teubner, op. cit., p. 13 et s., 68 et s. ; Esser, *Precomprehension*, cit., p. 55 et s. ; Rials, op. cit., p. 39 et s.

(41) Voir Larenz, op. cit., p. 447 ; Strache, op. cit., p. 94.

d'une façon plus souple-, qui souligne que le *standard* n'implique qu'au contraire il renvoie le juge aux "évaluations objectivement valides" qui existent dans la collectivité ou dans des groupes sociaux déterminés (42). Le rôle essentiel du juge est alors d'établir quelles sont les règles morales qui existent dans la société (on parle parfois de la "loi morale objective", de *Sozialmoral* ou de *materiale Wertethik*) (43), le cas échéant en utilisant les instruments de la recherche sociale (44) (d'où l'étiquette de *juge sociologue* que j'ai proposée).

Surtout dans ses versions les plus sophistiquées, cette théorie a l'avantage d'offrir une analyse très approfondie du problème de l'emploi des *standards* par le juge, et des méthodes qu'il devrait suivre (45). En plus, elle se pose comme une théorie générale, et elle paraît correspondre à l'idée courante qu'on a des *standards* comme renvoi aux critères sociaux d'évaluation des faits.

D'ailleurs, c'est surtout du point de vue de la justification du jugement fondé sur un *standard* qu'elle pose des problèmes et qu'elle montre ses limites.

Si l'on demande quelle peut être, sur la base de cette théorie, la justification du choix du critère d'évaluation, on devrait répondre qu'elle est donnée par l'existence de ce critère dans la conscience sociale collective, ou tout simplement dans le sens commun. S'il est vrai, peut-être sur la base de données sociologiques que le critère "existe", alors le choix du juge devrait paraître justifié.

Mais c'est précisément à ce sujet que des questions importantes se posent. J'essaie d'indiquer au moins les plus évidentes.

a 1) Supposons que le juge ait établi l'existence d'un certain critère social d'évaluation. La référence à ce critère pourra donner une justification *empirique*, c'est-à-dire fondée sur l'existence d'un "fait social" constitué par la tendance répandue à évaluer certains faits d'une certaine façon.

Le problème surgit d'ailleurs du fait que le juge ne s'intéresse pas seulement à connaître ce "fait social" mais à *appliquer* le critère d'évaluation qu'il contient. Il ne s'agit donc pas d'un choix *cognitif*, mais d'un choix *évaluatif* dans le sens

(42) Voir Engisch, op. cit., p. 124 et s. ; Esser, *Grundsatz und Norm*, cit., p. 96 et s., 150 et s. ; Id., *Precomprehension*, cit., p. 62 et s. ; Strache, op. cit., p. 16 et s. De quelque façon, même l'idée de "mesure de normalité" proposée par Rials (op. cit., p. 43 et s.) entraîne un renvoi à des critères qui existent dans la société.

(43) Voir Engisch, op. cit., p. 125 et s. ; Teubner, op. cit., p. 17, 23 et s.

(44) Sur le rôle et les problèmes de la recherche sociale dans l'emploi des *standards*, voir notamment Teubner, op. cit., p. 65 et s., 90 et s.

(45) La référence est surtout aux essais de Teubner et de Strache, déjà cités.

opérationnel du terme : le critère n'est pas seulement connu du juge ; il lui sert aussi à faire une évaluation.

En considération de cet aspect important du jugement, on ne peut dire que la justification empirique, qui concerne l'existence sociale du critère d'évaluation, soit suffisante (46) : ce qu'il faut, c'est aussi une *justification de validité*, c'est-à-dire l'énonciation des raisons qui fondent l'emploi du critère d'évaluation dans le cas particulier (47). D'un côté, la nécessité de cette justification est confirmée par le fait que le *standard* n'est pas donné en soi comme règle générale mais qu'il est matérialisé et précisé par rapport aux caractères spécifiques des cas particuliers (48). Cela signifie que le juge ne déduit pas tout simplement le critère de l'extérieur (c'est-à-dire de la société), mais qu'il re-formule chaque fois le critère. Cette re-formulation est évidemment le résultat d'un choix, et ce choix doit être justifié.

D'un autre côté, il s'agit de justifier l'adoption d'un critère évaluatif, ce qui renvoie nécessairement aux jugements de valeur qui sont à la base du choix de ce critère (il s'agit de la justification du troisième niveau dont parle Wroblewski) (49).

En substance, la recherche sociologique, *lato sensu* peut permettre au juge d'interpréter le *standard* selon les critères qui sont en vigueur dans la société, mais elle ne fournit aucune justification de l'emploi de ces critères : il faut quand même que le juge justifie, sur la base des valeurs qu'il partage, son choix concernant l'emploi d'un critère d'évaluation dans le cas particulier (50). Ce problème n'est pas résolu simplement en considérant que c'est la loi qui renvoie à un "critère social" d'évaluation. Qu'il s'agisse d'un renvoi "normatif" (51) n'est pas

(46) En général, à propos de l'insuffisance de la justification empirique dans le discours juridique, voir Alexy, op. cit., p. 285 et s. ; Aarnio-Alexy-Peczenik, op. cit., par. 2.1.1.

(47) La nécessité de cette justification est évidente lorsqu'on n'accepte pas l'idée d'une correspondance ou d'un passage automatique du *sozial Sollen* au *rechtlich Sollen* (selon la terminologie de Teubner, op. cit., p. 90), c'est-à-dire si, même à ce niveau, on applique la distinction fondamentale entre le *Sein* et le *Sollen* (pour une critique à Habermas à ce point de vue voir Alexy, op. cit., p. 141 et s.).

(48) Voir supra, par. 2.

(49) Voir *Justification through Principles*, cit., p. 133 et s. ; voir aussi Aarnio, op. cit., p. 206.

(50) Il faut souligner que les auteurs mêmes qui parlent d'une réception des critères sociaux par le juge (par ex. Teubner, op. cit., p. 65 et s.), n'ont pas une idée "passive" d'une telle réception, et ils introduisent des "contrôles" par le juge (voir la "kontrollierende Rezeption" de Teubner, op. cit., p. 91). Même Riels, qui fonde sa définition du *standard* sur l'idée de normalité, est d'ailleurs obligé de souligner que dans l'application du *standard* le juge accomplit des choix "politiques" au niveau le plus élevé (op. cit., p. 53). Mais de cette façon, le problème d'une justification de ce que le juge fait en choisissant le critère d'évaluation surgit de nouveau.

(51) Voir par ex. Esser, *Grundsatz und Norm*, cit., p. 96 et s. ; Strache, op. cit., p. 67 et s.

décisif du point de vue de la justification du jugement, puisque ce que la règle de droit justifie c'est seulement le fait que le juge emploie un critère extrajuridique d'évaluation. D'ailleurs, elle ne renvoie pas à un critère évaluatif spécifique, qui est au contraire établi et choisi par le juge (éventuellement parmi ceux qui résultent de la recherche sociale) : elle n'arrive donc pas à justifier l'emploi de ce critère.

a 2) On dit parfois que l'emploi d'un *standard* peut être justifié par rapport aux autres cas où la jurisprudence a utilisé le même critère d'évaluation (52). Même cette suggestion a des limites. Elle peut être valable pour les *standards* qui sont déjà consolidés à un niveau juridique ou quasi-juridique. En revanche, elle n'a évidemment presque pas d'intérêt s'il s'agit de *standards* qui ne sont pas consolidés dans la jurisprudence (53). En outre, le fait qu'un critère d'évaluation ait été utilisé dans d'autres cas ne dit rien, en soi, sur l'opportunité de l'employer dans le cas nouveau. Il faudrait au moins démontrer que ce cas présente des analogies avec les précédents (54), puisque sinon il n'y aurait aucune raison pour employer le même critère. Il ne suffit pas, alors, de citer des précédents ; il faut expliquer les raisons par lesquelles le cas est relié à ces précédents, et montrer ce qui justifie l'emploi du même critère d'évaluation. Mais, même ici, c'est évident, il s'agit de choix évaluatifs du juge qui doivent être spécifiquement justifiés.

En substance, l'existence des précédents n'est pas en soi une justification suffisante : en tout cas, elle doit être fondée sur l'analogie (55). D'ailleurs, si tout cela peut satisfaire le juriste, je doute que cela puisse satisfaire le théoricien. On doit alors envisager une forme différente de rationalisation du recours aux précédents, qui peut être par exemple de les considérer en tant qu'éléments d'une confirmation de la généralisation possible du critère d'évaluation que le juge emploie dans le cas particulier (56).

(52) Voir par ex. Larenz, op. cit., p. 277

(53) Pour la distinction entre principes déjà consolidés dans la jurisprudence et principes pas encore consolidés, voir Esser, *Grundsatz und Norm*, cit., p. 52 et s., 73 et s. ; Zaccaria, op. cit., p. 82 et s., 88.

(54) Voir Larenz, op. cit., p. 278. En particulier, sur l'exigence de fonder la référence à la jurisprudence sur une analyse précise de faits, voir Aarnio, op. cit., p. 128 et s.

(55) D'après Larenz, op. cit., p. 277 et s., la concrétisation peut se fonder sur des précédents, mais il faut quand même qu'elle "passe" par des critères généraux, et par l'analogie entre les cas déjà décidés et le cas nouveau.

(56) Pour la définition des précédents comme "indices" pour la formulation d'un *standard* voir Esser, *Precompreensione*, cit., p. 191.

a 3) Ce qu'on a dit jusqu'ici suppose que le juge arrive à trouver, dans le sens commun ou dans la soi-disant morale sociale, des critères sûrs et univoques pour l'évaluation du fait. Mais il est assez évident que, très souvent, cette situation optimale ne peut se produire dans la réalité.

D'une part, il peut arriver que le juge ne trouve pas, dans le répertoire des critères d'évaluation en vigueur dans la société, ce qu'il faut pour une évaluation congruente et raisonnable du fait. Il se peut que le fait soit tout à fait neuf, ou en tout cas que le juge ne trouve aucune analogie entre ce fait et ceux qui sont qualifiés par des critères établis (57), ou même que le juge trouve que le critère qu'il pourrait employer ne conduit pas à des conséquences acceptables dans le cas particulier. Dans ces situations, le juge n'arrive pas à remplir le "vide" du *standard* sur la base des critères d'évaluation en vigueur dans la société. Mais il faut souligner que ce cas ne résulte pas simplement d'une constatation empirique de ce qui "existe" ou n'existe pas dans le milieu social: la connaissance des critères sociaux renvoie directement, en effet, à l'évaluation de leur congruence par rapport au fait spécifique qui doit être jugé; et c'est à ce niveau que le juge établit qu'il n'y a pas de critères convenables pour l'évaluation du fait.

D'autre part, il peut arriver que le juge trouve plusieurs critères d'évaluation, concurrents ou contradictoires, qui pourraient être appliqués au même fait (58). Un système de valeurs stables et cohérentes ne peut être trouvé, en effet, que dans les sociétés statiques et homogènes, ou homogénéisées par un groupe dominant. Ce n'est pas la situation des sociétés modernes, dynamiques et conflictuelles où des valeurs très différentes sont propres aux différents groupes sociaux et politiques, aux classes, aux mouvements d'opinion, aux couches sociales et économiques, et même aux individus.

Face à ces situations, le renvoi à la morale sociale est presque complètement dépourvu de sens. Même le renvoi aux critères évaluatifs des groupes sociaux, qui est indiqué surtout par Engisch (59), ne paraît pas significatif puisqu'il ne définit pas le groupe social dont le juge devrait adopter les valeurs, et qu'il risque de se traduire par une légitimation de l'idéologie homogénéisante du groupe dominant (60). D'ailleurs, on peut dire

(57) Sur le problème du "cas nouveau" voir Larenz, op. cit., p. 279.

(58) Sur cette situation voir Teubner, op. cit., p. 92.

(59) Op. cit., p. 124.

(60) Le *bestimmte Kreis* dont parle Engisch (ibidem) est en effet un concept indéterminé: il peut être déterminé par référence au groupe social "qui compte", s'il n'y a un, ou il est déterminé par un choix du juge.

à peu près la même chose à propos du renvoi à l'opinion publique (61) ou aux critères évaluatifs du soi-disant sens commun.

Dans le cas fréquent de conflit entre les divers critères d'évaluation qui existent dans la société, le juge se trouve face à une alternative: ou il peut décider de n'appliquer *aucun* de ces critères, et il se trouve alors, à nouveau dans une situation de "vide"; ou il décide d'en appliquer *un*, mais, dans ce cas, il est obligé de choisir parmi les différents critères qui existent dans la société.

J'examinerai après ce qu'il peut se passer dans les situations de "vide". Ici, je voudrais souligner que le type de situation dans laquelle le juge vient à se trouver dépend essentiellement d'un choix de valeur fait par lui-même (62), et qui, étant décisif pour le jugement, devrait être justifié à son tour.

Si de toute façon le juge arrive à établir un critère d'évaluation utilisable, cela dépend *a fortiori* d'un choix de valeur; mais, alors, on ne peut dire que le jugement fondé sur le *standard* est justifié par le fait que le critère d'évaluation employé par le juge "existe" dans la société.

Encore une fois, on constate qu'une justification empirique fondée sur l'existence sociale du critère d'évaluation employé par le juge n'est pas suffisante, et qu'il faut aussi une justification fondée sur les raisons par lesquelles le choix du juge peut être accepté: ces raisons concernent évidemment les valeurs *du juge*.

5. SUITE

Venons-en maintenant à parler des situations qu'on peut qualifier de "vides" parce que le juge n'a pas trouvé dans la société de critères d'évaluation adéquat aux faits du cas particulier. Dans ces situations, le juge peut se conduire principalement de deux façons, c'est-à-dire comme réalisateur de valeurs individuelles ou comme créateur de critères d'évaluation.

b) La situation du juge *réalisateur de valeurs individuelles* a lieu quand le juge, faute de critères sociaux d'évaluation, décide sur la base des valeurs qui sont propres aux parties (ou à une partie) de l'affaire. C'est ce qui peut arriver, par exemple, si le juge estime la gravité d'un préjudice par rapport à la réaction d'une partie, s'il établit la bonne foi du point de vue des aspects

(61) Sur le problème du renvoi à l'opinion publique, voir l'analyse critique de Teubner, op. cit., p. 108 et s., qui reconnaît d'ailleurs à l'opinion publique un rôle d'information et de limitation par rapport aux choix du juge (v. p. 113 et s.).

(62) Voir Larenz, op. cit., p. 279.

psychologiques d'une conduite individuelle, ou s'il établit que la vie en commun des époux est intolérable, afin de prononcer le divorce, en adoptant le point de vue du conjoint qui ne peut la tolérer (63).

Dans des cas pareils, le critère de l'évaluation du fait est évidemment donné par les valeurs de l'individu, et la base de l'évaluation est dans le fait que le juge adopte ces valeurs comme critères du jugement. A ce propos, on doit observer encore une fois qu'il ne suffirait pas d'une justification fondée sur la connaissance du fait que l'individu intéressé emploie un certain critère d'évaluation, et qu'il faut une justification de validité, c'est-à-dire une argumentation qui fonde l'adoption de ce critère par le juge (64).

C'est d'ailleurs sur ce point qu'il y a des questions difficiles à résoudre. D'un côté, il n'y a pas la possibilité d'universalisation du critère d'évaluation, dont parle en particulier McCormick (65), puisqu'on ne peut pas universaliser un critère qui est fondé seulement sur des situations ou des réactions typiquement individuelles. D'un autre côté, on ne peut pas employer le critère de l'acceptabilité des conséquences du jugement (66), puisque l'acceptabilité des conséquences est mesurée seulement par rapport aux préférences de l'individu particulier. Même les autres justifications possibles (de congruence, de cohérence, de justice matérielle, de fondement sur des valeurs, etc.) aboutissent à un cercle vicieux, puisqu'il s'agit toujours d'avoir les valeurs de l'individu particulier comme point de départ et comme critère exclusif d'évaluation.

Il semble donc qu'il n'y ait pas de véritables justifications rationnelles de l'évaluation que le juge fait dans ces cas, si par justification on entend des raisons acceptables même au-delà du cas particulier. Mais le juge doit de toute façon justifier au moins son choix qui consiste dans l'adoption des critères propres d'un individu, et il pourra le faire en démontrant qu'il est "juste" - selon des valeurs assez générales et acceptées- de remplir le "vide" de la loi par la réalisation d'une valeur individuelle (67). Naturellement, cela dépend du type de *standard* qui est en jeu : on pourra par exemple considérer raisonnablement que l'intolérabilité de la vie en commun soit établie sur la base des

(63) Ce cas est discuté notamment par McCormick, *On Reasonableness*, cit., p. 141 et s.

(64) Voir supra, n. 47.

(65) Voir supra, n. 36.

(66) Voir infra, c2).

(67) McCormick, *On Reasonableness*, cit., p. 142, souligne à ce propos que ce qui peut être universalisé est le choix d'adopter les valeurs d'une partie comme critère du jugement. D'ailleurs, ce qu'on universalise de cette façon n'est pas le critère concret d'évaluation, mais une méthode de jugement.

attitudes des époux intéressés tandis que, dans d'autres cas, l'adhésion du juge aux valeurs des individus particuliers n'est pas justifiable (68).

c) Enfin, on peut avoir la situation du juge qui crée les critères d'évaluation.

Cette situation peut être considérée comme "normale" si on part d'une définition du *standard* qui laisse au pouvoir créateur du juge l'intégration évaluative de la règle de droit (69). Elle est d'ailleurs fréquente même si on part d'une définition objectivante du *standard* par rapport aux critères en vigueur dans la société : on a vu en effet qu'il y a toujours des cas où la morale sociale ne donne rien, puisqu'il n'y a pas de critères d'évaluation congruents avec le cas particulier, ou puisque le juge n'accepte pas ces critères. En général, on se trouve dans cette situation chaque fois que, par rapport au cas qui doit être jugé, le *standard* renvoie à des critères sociaux d'évaluation qui, selon la définition d'Esser, ne sont pas encore consolidés (70).

Si, de toute façon, le juge n'arrive pas à employer des critères "tirés de l'extérieur", la conséquence naturelle est qu'il établit lui-même le critère d'évaluation du fait. Dans ce cas son pouvoir créateur atteint évidemment son maximum, et on pourra même se demander jusqu'à quel point ce pouvoir peut arriver, en prenant par exemple pour limite la compatibilité de son exercice avec les principes du système juridique positif (71).

Il s'agit d'ailleurs de la situation où, le pouvoir créateur du juge étant au maximum, le risque d'une subjectivité arbitraire est au maximum ; par conséquent, l'exigence d'une justification rationnelle du jugement est aussi au maximum.

Il faut donc déterminer les caractères que cette justification peut revêtir même si on ne peut parler d'un modèle systématique et complet d'argumentation justificative, mais seulement de moyens que le juge peut employer dans le but de donner des raisons acceptables à ses choix évaluatifs. Naturellement, mais cela va sans dire, la prémisse fondamentale

(68) D'après McCormick (*On Reasonableness*, cit., p. 141 et s.), il faut distinguer le cas où il est justifié d'employer des critères "objectifs" (c'est-à-dire donnés par la société), des cas où il est justifié d'employer des critères "subjectifs" (c'est-à-dire les valeurs des parties ou d'une partie). Cette distinction est évidemment raisonnable, mais elle n'est jamais déterminée par la loi ; elle implique donc à son tour un choix évaluatif du juge, qui exige d'être justifié.

(69) Pour un panorama de cette orientation dans la doctrine des *standards* voir Strache, op. cit., p. 13. Voir aussi Bergel, op. cit., p. 321, qui met en évidence le rôle des valeurs du juge dans l'emploi des *standards*. Voir aussi Larenz, op. cit., p. 279.

(70) Voir supra, n. 53.

(71) Sur cette limite voir notamment Esser, *Precompreensione*, cit., p. 13 et s. ; Zaccaria, op. cit., p. 181 et s. Voir aussi Wroblewski, *Justification through Principles*, cit., p. 152 ; McCormick, *Universalization*, cit., p. 101 ; McNicol-Maher, op. cit., p. 56.

est de penser que le jugement de valeur est en principe justifiable par des arguments rationnels (ou au moins raisonnables), selon la tendance qui paraît commune dans la théorie générale actuelle (72).

c 1) Dans ce domaine, l'un des problèmes fondamentaux est que, puisque l'adoption d'un critère d'évaluation est fondée sur des valeurs, c'est là la clef de la justification. Le critère d'évaluation se justifie par la valeur qui l'inspire ; à son tour, cette valeur doit être formulée et justifiée, le cas échéant par rapport à un système de valeurs qui paraît acceptable. Je n'ai pas besoin d'approfondir l'analyse des échelons et de la structure d'une justification rationnelle d'un jugement de valeur : il me suffit ici de renvoyer à l'analyse formelle de Wroblewski à propos des niveaux de cette justification (73). Dans une perspective en partie différente, mais compatible et peut-être complémentaire avec celle de Wroblewski, l'idée de *I-Rationality* élaborée par Peczenik donne aussi des orientations intéressantes en ce qui concerne les conditions d'une justification rationnelle d'un jugement de valeur, et en particulier du choix de la valeur qui est à la base de ce jugement (74).

c 2) L'évaluation du fait n'est pas fondée, seulement d'ailleurs sur la valeur qui en produit le critère. D'autre part, ce qui nous concerne, c'est l'évaluation d'un fait spécifique qui est accomplie par le juge. On peut donc se référer à une autre forme de justification, qui a été analysée justement dans le domaine de la rationalisation des jugements individuels de valeur dans le contexte du raisonnement juridique. Il s'agit de la *justification sur la base des conséquences*, selon laquelle un critère d'évaluation est justifié s'il conduit, une fois appliqué au cas concret, à des conséquences acceptables (75). Il est clair que de cette façon la question de la rationalisation se déplace vers celle de l'acceptabilité des conséquences, puisque les raisons d'une telle acceptabilité sont en substance les raisons qui justifient le choix du critère d'évaluation.

(72) Sur ce problème, la littérature est désormais très vaste. En ce qui concerne la justification des jugements de valeur dans le raisonnement juridique, voir par ex. Larenz, op. cit., p. 276 ; Wroblewski, *Justification through Principles*, cit., p. 132 et s. ; Jorgensen, op. cit., p. 335 et s. ; Peczenik, *Why Should Value Statements Be Rational ?*, dans *Reason in Law*, cit., vol. 1, p. 197 et s. ; Aarnio, op. cit., p. 204 et s.

(73) V. *Justification through Principles*, cit., p. 132 et s.

(74) V. *Why Should Value Statements Be Rational ?*, cit., p. 107 et s.

(75) Voir par ex. Wroblewski, *Justification through Principles*, cit., p. 150 et s. ; McCormick, *Universalization*, cit., p. 101 et s. ; Id., *On legal decisions and their consequences : from Dewey to Dworkin*, dans 58 *NYULR* 1983, p. 239 et s. ; McNicol-Maher, op. cit., p. 64 et s.

A ce propos, on a élaboré des conditions qui définissent l'acceptabilité des conséquences. Il y a d'abord une pré-condition juridique, selon laquelle les conséquences de l'évaluation ne doivent pas être en opposition avec le système juridique (76) (ce qu'on peut nommer *condition de légalité*).

Mais il y a surtout des conditions "positives", qui concernent véritablement le contenu spécifique de l'évaluation et de ses conséquences.

Il s'agit d'un côté de la cohérence de ces conséquences avec un système de valeurs, ou même avec plusieurs systèmes de valeurs : on peut penser au système des valeurs qui sont soutenues dans les règles de droit, mais aussi à des valeurs extrajuridiques (77) (*condition de cohérence axiologique*).

Il y a, de l'autre côté, le critère proposé en particulier par McCormick, selon lequel les conséquences d'une évaluation sont acceptables, et on a donc une justification du critère de l'évaluation, si elles peuvent être universalisées. Cela signifie que les conséquences ne doivent pas seulement paraître "justes" ou "convenables" dans un cas spécifique, mais qu'elles doivent être acceptables aussi dans d'autres cas, et en principe dans *tous* les cas semblables (78) (*condition d'universalisabilité*). Cette condition correspond au principe de justice qui prévoit le même traitement des mêmes situations (79), mais surtout elle fonde la rationalité intersubjective de l'évaluation accomplie dans le cas particulier. Il s'agit d'une condition qu'on peut considérer comme valable en général, pour n'importe quelle sorte de jugement, mais qui prend une importance tout à fait particulière lorsqu'il s'agit des cas où le juge exerce au degré maximum son pouvoir d'intégration évaluative de la règle de droit.

(76) Voir Wroblewski, *Justification through Principles*, cit., p. 152 ; McCormick, *Universalization*, cit., p. 101.

(77) Voir notamment Wroblewski, *Justification through Principles*, cit., p. 153, 155.

(78) Voir McCormick, *Universalization*, cit., p. 104 et s. ; Id., *On Legal Decisions*, cit., p. 249 et s. ; McNicol-Maher, op. cit., p. 65 ; Weinberger, *Objectivity and Rationality in Lawyer's Reasoning*, dans *Theory of Legal Science*, cit., p. 218. Une version moins rigoureuse, et peut-être plus réaliste, du critère de McCormick est proposée par Burton, qui parle de *généralisation* en se référant à des principes ou critères qui peuvent valoir dans la plupart des cas, mais pas dans *tous* les cas (v. *Professor McCormick's Claim Regarding Universalization in Law*, dans *Reason in Law*, cit., vol. 2, p. 155 et s.).

(79) Elle satisfait donc au principe d'égalité dans l'emploi des *standards*, qui est posé par ex. par Larenz, op. cit., p. 278 ; voir aussi Weinberger, op. cit., p. 218 ; Esser, *Precomprehension*, cit., p. 61.

6. REMARQUES CONCLUSIVES

Etant parvenu à la fin de mon discours, j'ai conscience d'avoir posé plusieurs questions, mais d'avoir proposé peu de solutions. Nous ne disposons, d'ailleurs, pas d'une théorie organique de la justification des évaluations du juge, telle qu'elle puisse être aisément appliquée aux situations particulières où le jugement est fondé sur des *standards*.

L'analyse de ces situations conduit de toute façon à mettre en évidence des aspects qui sont peut-être toujours présents dans l'interprétation des règles de droit, mais qui constituent le noyau de l'application des règles qui contiennent des *standards*.

D'un côté, il s'agit du rôle essentiellement créateur qui est joué par le juge, et qui se traduit dans des évaluations et dans le choix des critères évaluatifs pertinents.

De l'autre côté, il s'agit de l'exigence fondamentale, qui en dérive, que les évaluations et les choix du juge soient justifiés par des arguments rationnels, alors qu'il est aussi nécessaire de se référer à une idée de rationalité qui ne laisse pas de côté, ou dans l'ombre, les jugements de valeur.

A ce propos, je voudrais souligner que cette exigence ne se résout pas dans un besoin vague d'harmonie conceptuelle ou de rationalité abstraite et formelle. Ce qu'il faut, pour les raisons que j'ai indiquées au début, c'est que le juge donne vraiment, dans ses jugements concrets, une base rationnelle argumentée à ses évaluations : si elles doivent être acceptées, elles doivent l'être sur la base de "bonnes raisons", et non pas sur la base d'une autorité arbitraire.

De ce point de vue, ce qui a pu apparaître comme la défense d'une rationalité théorique prend le sens d'une critique adressée à la pratique judiciaire qui est commune en particulier aux systèmes de *civil law*. On sait bien, en effet, que, dans plusieurs pays, le style de la motivation des jugements est tel que les évaluations du juge ne sont pas exprimées, et encore moins justifiées (80). On ne peut discuter ici des causes complexes de ce phénomène (81) ; mais il faut souligner que ce qui en résulte, c'est l'impossibilité de connaître et de contrôler un aspect décisif de l'activité du juge. Cela vaut en général, mais d'une façon spécialement importante, lorsqu'il s'agit d'un jugement fondé sur des *standards*, étant donné qu'ici l'évaluation est le véritable cœur du jugement.

(80) Voir, à propos de différents pays, Taruffo, *La motivazione*, cit., p. 298 et s. ; Id., *La fisionomia della sentenza in Italia*, cit., p. 194 et s. ; Esser, *Motivation*, cit., p. 144 et s. ; Touffait-Tunc, *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation*, dans *Rev. trim. dr. cit.* 1974, p. 487 et s.

(81) Voir à ce propos, Esser, *Motivation*, cit., p. 146 et s.

Ce que l'on doit constater, c'est alors, malheureusement, que la pratique judiciaire reste souvent très éloignée du minimum de justification nécessaire à une rationalisation satisfaisante du fondement évaluatif des jugements (82). Dans une situation pareille, la décision fondée sur un *standard* risque très souvent d'être synonyme d'une évaluation subjective, impossible à connaître et donc irrationnelle. Alors, même des critères de justification très évidents, comme ceux qui imposent l'énonciation des faits spécifiques qui sont évalués selon le *standard* et du critère d'évaluation qui est employé, sont déjà importants comme conditions de rationalité du jugement. Cela vaut *a fortiori* en ce qui concerne la justification externe des critères d'évaluation, et en général des jugements de valeur qui impliquent des choix individuels du juge.

Face à l'état de la pratique dominante et aux dangers qu'elle implique, le rôle de l'analyse théorique n'est donc pas de rationaliser ce qui se passe, mais d'élaborer des modèles prescriptifs de rationalité justificative : ils pourront avoir de l'influence positive sur la pratique judiciaire et ils peuvent, au moins, donner des instruments rationnels pour la critiquer.

(82) Voir en particulier la critique d'Esser, *Motivation*, cit., p. 154 et s. ; voir aussi Touffait-Tunc, *op. cit.* ; Taruffo, *La fisionomia*, cit., p. 207 et s.