



HAL
open science

Analyse réaliste du jugement juridique

Pierre Brunet

► **To cite this version:**

Pierre Brunet. Analyse réaliste du jugement juridique. Cahiers philosophiques, 2016, 2016/4 (147), pp.9-25. 10.3917/caph.147.0009 . hal-01413668

HAL Id: hal-01413668

<https://hal.science/hal-01413668>

Submitted on 10 Dec 2016

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

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

Analyse réaliste du jugement juridique

Pierre Brunet

Cahiers Philosophiques, 2016/4, n°147, p. 9-25

L'analyse du jugement juridique par ce que l'on appelle le réalisme juridique entend souligner la dimension subjective qu'implique l'acte de juger et la part importante de pouvoir discrétionnaire dont bénéficient les juges. Néanmoins, loin de verser dans une analyse psychologisante et naïve, le réalisme d'hier et celui d'aujourd'hui, sollicitent les outils et exploitent les résultats que les autres sciences sociales leur offrent pour mettre en évidence la complexité du jugement juridique qui ne saurait être réduit à une opération purement logique et déductive ni avoir l'ampleur d'une argumentation philosophique.

L'analyse du jugement juridique donne en général lieu à au moins deux conceptions radicalement différentes – une *summa divisio* en quelque sorte – qui en recouvrent elle-même une infinité d'autres.

D'un côté, le jugement juridique est présenté comme un acte d'exécution ou de pure application du droit existant (de la loi ou d'un précédent) pour le seul motif que le droit existe (formalisme extrême). Cette première conception simpliste, voire grossière, a elle-même été revue et l'on a alors cherché à montrer, pour les uns, que le jugement n'est pas un acte de création *ex nihilo* mais, au mieux, d'interprétation car il reste toujours dépendant de la loi ou du précédent (positivisme classique), pour les autres, que les juges créent du droit nouveau en même temps qu'ils appliquent du droit existant car tout acte d'application d'une norme est un acte de création d'une autre norme (Hans Kelsen) ; pour d'autres enfin, que les juges ne sont jamais des créateurs de droit car ils sont toujours tenus de se référer à des standards ou des principes susceptibles de fonder plusieurs décisions futures (Ronald Dworkin).

D'un autre côté, le jugement est vu comme un acte de création du droit guidé par la recherche de la meilleure solution dès lors que le droit positif, le droit existant, ne la fournit pas de façon satisfaisante (*freie rechtsfindung* ou école de la libre recherche). Cette seconde conception – le juge libre créateur – peut encore donner lieu à une nouvelle division entre une conception selon laquelle les juges doivent légiférer en vue de faire produire au droit ses effets sociaux les plus souhaitables (*sociological jurisprudence*) et une conception selon laquelle les juges ne peuvent faire autrement que de créer le droit car ce dernier n'existe tout simplement pas avant l'intervention des juges (*réalisme*).

Chaque conception est donc animée par la même question : comment les juges justifient-ils leurs décisions ? Mais cette question n'est elle-même pas toujours entendue de la même façon. Certains y voient une question descriptive, d'autres une question normative et beaucoup proposent de répondre en confondant, volontairement ou non, les deux plans.

On s'intéressera ici à la question sous son angle purement descriptif en adoptant un point de vue réaliste.

Réalisme et scepticisme

Le terme « réaliste » fait référence à ce courant doctrinal qui eut son heure de gloire au début des années 1930 aux États-Unis. Ces juristes, souvent très différents les uns des autres, avaient en commun d'accepter plusieurs postulats méthodologiques (une observation du droit objective, scientifique, factuelle et critique ; une approche descriptive et non normative) et théoriques (le droit est créé par les juges ; il constitue un moyen pour atteindre certaines fins sociales ; son évaluation doit se faire au regard de ses effets sociaux). Le terme a également été revendiqué par des juristes scandinaves qui entendaient contester l'idéalisme de Kelsen et le concept de « validité objective » du droit et sa théorie de la science du droit comme science du *Sollen*¹. Il sert aujourd'hui à désigner une théorie de l'interprétation juridique².

La thèse réaliste

La conception réaliste³ du jugement est d'abord une critique de la conception traditionnelle elle-même qualifiée de « formaliste⁴ », selon laquelle les juges appliquent les règles à des faits de façon à la fois délibérative, logique et mécanique, de telle sorte que le processus de décision judiciaire se réduit à un syllogisme⁵. À cette conception, les réalistes opposent la dimension intuitive⁶ : les décisions des

1 Parmi lesquels Karl Olivecrona et Alf Ross. Pour une analyse approfondie des deux réalistes, voir É. Millard, « Réalisme scandinave, réalisme américain. Un essai de caractérisation », *Revus*, n° 24, 2014, p. 81-97. En ligne : revus.revues.org/2915.

2 Voir par ex. R. Guastini, « Le réalisme juridique redéfini », *Revus*, n° 19, 2013, p. 113-129 ; en ligne : revus.revues.org/2511 et M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994 ; *La Théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, chap. V.

3 La liste des auteurs réalistes américains est difficile à établir et donne lieu à des débats infinis. Citons notamment Morris Cohen (père) et Felix Cohen (fils), Jerome Frank, Leon Green, Robert Hale, Joseph Hutcheson, Karl N. Llewellyn, Underhill Moore, Herman Oliphant, Max Radin, Hessel Yntema. Pour un examen approfondi de ce point, voir W. E. Rumble, Jr, "Rule-skepticism and the role of the judge: A study of American legal realism", *Journal of Public Law Emory Law School*, vol. 15, 1966, p. 251-285 et *American Legal Realism: Skepticism, Reform and the Judicial Process*, Ithaca, NY, Cornell University Press, 1968 ainsi que L. Kalman, *Legal Realism at Yale: 1927-1960*, Chapel Hill and London, University of North Carolina Press, 1986 ; J. William Singer, "Legal realism now". Review of *Legal Realism at Yale: 1927-1960*, de Laura Kalman", *California Law Review*, vol. 76, n° 2, 1988, p. 465-544 et B. Leiter, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

4 Ce formalisme tient en trois thèses : (a) les concepts juridiques sont éternels et immuables ; (b) les solutions juridiques découlent logiquement et donc déductivement des concepts juridiques ; (c) on peut (et on doit) analyser les concepts juridiques sans tenir compte des finalités institutionnelles que ces concepts visent. (Une question demeure : ce formalisme si souvent dénoncé a-t-il jamais existé ou bien fut-il un bouc émissaire un peu facile ? voir M. Speziale, "Langdell's concept of law as science: The beginning of anti-formalism in American legal theory", *Vermont Law Review*, vol. 5, n° 1, 1980, p. 1-38.)

5 B. Bix, *Jurisprudence: Theory and Context*, Sweet & Maxwell Ltd., 4^e éd., (1996) 2006, p. 183 qui décrit la conception formaliste du jugement comme « un passage presque mécanique, syllogistique des prémisses vers une conclusion incontestable ».

6 Avec des variantes : Hutcheson et Frank insistaient sur le rôle essentiel que joue la personnalité du juge (même si ce dernier n'a jamais affirmé, comme on le lui attribue

juges leur apparaissent motivées par une grande variété de facteurs (leurs choix politiques, leurs idées morales et/ou politiques, leurs valeurs personnelles, leurs émotions) de sorte que leur décision est d'abord le produit de ces facteurs que les raisons juridiques viendront habiller par la suite en une décision elle-même juridique⁷. Les règles juridiques sont plutôt vues comme des classifications approximatives des décisions obtenues sur d'autres fondements, elles sont d'un usage limité dans la prédiction des décisions judiciaires. La justification juridique est donc analysée comme une rationalisation. On retrouve chez tous les auteurs réalistes l'idée que les juges peuvent toujours trouver une décision antérieure qui pourra leur servir à justifier n'importe quelle conclusion qui leur semble souhaitable, de sorte que, dans la plupart des cas, sinon tous, les juges doivent choisir entre des interprétations conflictuelles des décisions antérieures et ce choix se fait sur des fondements « extra-juridiques⁸ ».

La conception du jugement par les réalistes est en général décrite comme un « scepticisme à l'égard des règles⁹ » qui ne s'accompagne pas nécessairement d'un scepticisme à l'égard des faits¹⁰. La raison primordiale qui justifie l'expression de « scepticisme à l'égard des règles » est le constat empirique que les normes juridiques ne déterminent donc pas la solution juridique du cas et n'en sont pas non plus l'unique facteur (ni même le plus important¹¹) et que les juges ne raisonnent pas

souvent, que la décision du juge dépend de la composition de son petit déjeuner). Felix Cohen, Llewellyn, Oliphant et Moore insistent, eux, sur l'idée que les décisions judiciaires suivaient et reproduisaient des schémas prévisibles.

7 B. Leiter, "Legal realism and legal positivism reconsidered", *Ethics*, vol. 111, n° 2, 2001, p. 278-301 : « en décidant des cas, les juges réagissent essentiellement aux faits qui sous-tendent le cas, plutôt qu'aux règles et raisons juridiques applicables (ces dernières apparaissant essentiellement comme des moyens de fournir des *post hoc rationales* pour des décisions auxquelles on est parvenu sur d'autres fondements » (p. 281). Pour une illustration de cette thèse, voir le fameux article de J. C. Hutcheson, Jr, « Le jugement intuitif, la fonction du "hunch" dans la décision judiciaire », in C. Appleton (dir.), *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény. Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, t. 2, Paris, Sirey, 1934, p. 531-551 (1^{re} éd : *Cornell Law Quarterly*, vol. 14, 1929, p. 274 s.).

8 W.E. Rumble, Jr, "Rule-skepticism and the role of the judge", art. cit., p. 267. Ce qui ne veut pas dire que tous les réalistes sont d'accord sur ce que sont ces mêmes fondements.

9 H.L.A. Hart, *Le Concept de droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1976, chap. 7 ; W.E. Rumble, Jr, "American legal realism and the reduction of uncertainty", *Journal of Public Law*, vol. 13, 1964, p. 45-75 ; G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milan, Giuffrè, 1962 ; R. Guastini, "Rule-scepticism restated", in L. Green et B. Leiter (dir.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, Oxford University Press, 2011, p. 138-161.

10 La distinction entre les deux scepticismes est principalement due à Jerome Frank (*Courts on Trial*, Princeton, Princeton University Press, 1949). S'il n'a jamais défini précisément « le scepticisme envers les faits », il soulignait que les faits eux-mêmes étaient établis par les juges mais non découverts par eux. Sur ce point, voir J. Paul, *The Legal Realism of Jerome N. Frank. A Study of Fact-Skepticism and the Judicial Process*, The Hague-Boston-London, Springer, 1959 ; E. Cahn, "Fact-skepticism and fundamental law", *New York University Law Review*, vol. 33, n° 1, 1958, p. 1-17 ; R.J. Traynor, "Fact skepticism and the judicial process", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 106, n° 5, 1958, p. 635-640.

11 K.N. Llewellyn, "Some realism about realism. Responding to Dean Pound", *Harvard Law Review*, vol. 44, 1931, p. 1237.

à partir des règles mais réagissent d'abord aux faits de l'espèce qui leur est présentée. Réduite à l'essentiel, la description du processus de décision judiciaire (*judicial decision making*) que proposent les réalistes se veut empirique et comportementale : elle admet qu'il puisse y avoir une relation entre le comportement des juges et une règle acceptée, mais la nature de cette relation exige une analyse empirique (*empirical investigation*) car elle n'est pas toujours cette relation que suggère la logique ou le contenu de la règle¹². L'objet d'étude n'est donc pas l'ensemble de règles qui régissent l'action des juges mais le comportement des juges eux-mêmes envers ces règles, ce que l'analyse juridique traditionnelle omet de prendre en compte précisément parce qu'elle se concentre, comme le disait Oliphant, sur le « comportement vocal » des juges lorsqu'ils prennent leur décision et non sur ce qu'ils font réellement quand ils se trouvent confrontés aux faits de l'espèce à juger¹³.

Une des constantes de la conception réaliste du droit en général et du jugement en particulier est d'insister sur le caractère incertain et indéterminé du droit et d'inviter les juristes – mais pas seulement – à se défaire du dogme ou de l'illusion que le formalisme est une garantie de la sécurité juridique (*legal certainty*)¹⁴. Ce qui ne veut pas dire qu'ils étaient unanimes à condamner l'idée même de sécurité. Au contraire : ils étaient nombreux à penser que la prévisibilité des décisions des juges pouvait être améliorée grâce à une justification des décisions qui ne soit pas strictement ou formellement limitée aux raisons juridiques et donc aux règles¹⁵.

Dans ces conditions, la connaissance du droit positif a pu sembler moins importante ou moins utile que l'étude des facteurs psychologiques et sociologiques qui motivent les juges. Les réalistes rejettent donc aussi un certain type d'enseignements qui voudrait tirer des principes abstraits des cas concrets pour en déduire des règles spécifiques. De même, il n'est pas selon eux possible de déterminer de façon objective la règle dont le cas est la parfaite application (*the rule the case stands for*) et de l'appliquer ensuite à d'autres situations factuelles¹⁶.

Objections à la thèse réaliste

Cette thèse réaliste se heurte habituellement à diverses objections : elle serait obsédée par la figure du juge auquel elle prêterait toute la responsabilité du droit ; en postulant une liberté totale des juges à l'égard des règles, elle confondrait l'irrévocabilité d'un jugement et l'infailibilité du juge¹⁷ ; elle confondrait le contexte de

12 K.N. Llewellyn, "A realistic jurisprudence. The next step", *Columbia Law Review*, vol. 30, 1930, p. 444.

13 H. Oliphant, "A return to stare decisis", *American Bar Association Journal*, vol. 14, 1928, p. 71-72.

14 J. Paul, "Jerome Frank's attack on the 'myth' of legal certainty", *Nebraska Law Review*, vol. 36, 1957, p. 547-563 ; W.E. Rumble Jr, "Jerome Frank and his critics: certainty and fantasy in the judicial process", *Journal of Public Law*, vol. 10, 1961, p. 125-138.

15 W.E. Rumble, Jr, "American legal realism and the reduction of uncertainty", *Journal of Public Law*, vol. 13, n°1, 1964, p. 45-75.

16 L. Kalman, *op. cit.*, p. 17.

17 Cf. H.L.A. Hart, *op. cit.*

découverte et le contexte de la justification¹⁸, autrement dit, le processus psychologique de la décision avec sa dimension juridique. Et dans ces conditions, elle en viendrait à confondre la question de savoir si la justification est logiquement fondée avec la question de savoir si la justification est conforme à l'idéologie – aux passions – du juge. Or, une fois rétablie cette distinction entre la découverte et la justification, la décision judiciaire apparaîtrait dans toute sa dimension rationnelle et pratique.

Enfin, il n'est pas rare que l'on objecte aux réalistes que leurs analyses sont démenties par les juges eux-mêmes. La preuve en serait ce que les juges disent qu'ils font mais aussi ce qu'ils font. D'une part, les juges sont très nombreux à présenter leur fonction comme une fonction de pure application du droit. On connaît par exemple la métaphore devenue fameuse (et souvent moquée) de John Roberts, alors candidat à la Cour Suprême qui, lors de son audition devant le Sénat des États-Unis, avait comparé le rôle des juges de la Cour à celui d'un arbitre au base-ball qui se contente de suivre les règles sans pouvoir les changer. Quelques années plus tard, Sonia Sotomayor affirmait plus clairement que « la mission d'un juge n'est pas de créer du droit mais de l'appliquer¹⁹ ». De même, nombreux sont les juges qui se reconnaissent non seulement capables de faire la distinction entre leurs jugements subjectifs et le droit objectif mais aussi de prendre la mesure de ce que le droit est en général clair et seulement parfois indéterminé²⁰. D'autre part, leurs décisions sont bien souvent inspirées par un réalisme que l'on a qualifié de « tempéré²¹ ».

Autrement dit, ils peuvent parfaitement juger selon le droit sans se transformer en machine ni en despotes capricieux. Mais le droit les contraint bel et bien lorsqu'il

18 Cf. R.A. Wasserstrom, *The Judicial Decision*, Stanford, Stanford University Press, 1961 ; E. Bulygin, "Der Begriff der Wirksamkeit", *Archiv für Recht und Sozial Philosophie*, vol. 41, n° 4 ; E. Garzón Valdés, "Lateinamerikanische Studien zur Rechtsphilosophie", Munich, Luchterhand, 1965, p. 39-58, C. Bernal *et al.* (dir.), *Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 37-51 ; H.L.A. Hart, "American jurisprudence through English eyes: The nightmare and the noble dream", Sibley Lecture Series, vol. 33, 1977 ; voir aussi M.P. Golding, "A note on discovery and justification in science and law", *Nomos*, vol. 28, 1986, p. 124-140 ; M. Atienza, *Las Razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Mexico, Unam, 2005, p. 22 s. et J.J. Moreso, *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, Dordrecht, Kluwer, 1998, chap. V.

19 Confirmation Hearing on the Nomination of John G. Roberts, Jr. to Be Chief Justice of the United States: Hearing Before the S. Comm. on the Judiciary, 109th Cong. 56 (2005) (statement of John G. Roberts, Jr.) : « Je me souviendrai que ma tâche est de compter les balles et les prises et non de frapper et de lancer ; Confirmation Hearing on the Nomination of Sonia Sotomayor to Be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States: Hearing before the S. Comm. on the Judiciary, 111th Cong., S. Hearing 503, p. 1344 (2009) : « La tâche du juge n'est pas de faire le droit – elle est de l'appliquer. »

20 Voir H.T. Edwards, "The role of a judge in modern society: some reflections on current practice in federal appellate adjudication", *Cleveland State Law Review*, vol. 32, n° 3, 1984, p. 385-430 et "Judicial norms: a judge's perspective", in J.N. Drobak (dir.), *Norms and the Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 230-44.

21 B.Z. Tamanaha, "Balanced realism on judging", *Valparaiso Law Review*, vol. 44, 2010, p. 1243-1269 et *Beyond the Formalist-Realist Divide. The Role of Politics in Judging*, Princeton, Princeton University Press, 2009.

fournit des réponses claires et déterminées aux questions qui se posent à eux²². Et l'expérience judiciaire révèle que la plupart des cas relèvent de cette catégorie-là : les jugements sont majoritairement rédigés en termes « formalistes ». Ainsi, les juges s'en tiennent au droit tel qu'il est quand le droit est clair ; ils tempèrent leur formalisme d'un peu de réalisme lorsque le droit est indéterminé. De plus, ils ne jugent pas seuls mais sont tenus de délibérer collégalement. Or la collégialité est un excellent moyen de surmonter l'indétermination du droit²³. En définitive, il serait préférable de dépasser la distinction entre formalisme et réalisme pour enfin reconnaître que les juges « formalistes » que critiquent tant les réalistes sont en réalité eux aussi réalistes²⁴.

Ces objections ne sont cependant pas aussi décisives qu'il y paraît. Pour le comprendre, il faut examiner une des principales thèses de la conception réaliste, à savoir l'indétermination du droit à laquelle se heurte en réalité quiconque souhaite rendre compte de la rationalité logico-déductive des décisions judiciaires, et discuter également la pertinence de la distinction entre le contexte de découverte et le contexte de justification à la lumière d'une analyse du processus de décision.

Indétermination du droit et interprétation

L'analyse réaliste conduit à distinguer trois causes d'indétermination du droit. L'une tient à l'ambiguïté – syntaxique ou sémantique – des textes juridiques. *Prima facie*, on ne sait pas ce qu'ils « veulent » dire car ils peuvent toujours donner lieu à – au moins – deux lectures différentes et contradictoires. On peut donc avoir un doute sur la norme qu'un même texte est censé contenir. Par exemple, l'article 13 de la Constitution dispose : « Le président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en conseil des ministres » : mais doit-il signer ou est-il libre de refuser²⁵ ? On peut aller jusqu'à se demander si un texte contient même une norme. Ainsi, alors même que la Charte de l'environnement avait été adoptée par le

22 B.Z. Tamanaha, "The realism of judges past and present", *Cleveland State Law Review*, vol. 57, n° 1, 2009, p 77-92 : « Les juges ont reconnu la dimension ouverte du droit et leur faiblesse en tant qu'êtres humains, mais ils maintiennent résolument que cette réalité ne les empêche pas d'assumer leur fonction qui consiste à prendre, du mieux qu'ils peuvent, des décisions conformément au droit » (p. 92) ; H.T. Edwards, M.A. Livermore, "Pitfalls of empirical studies that attempt to understand the factors affecting appellate decisionmaking", *Duke Law Journal*, vol. 58, n° 8, 2009, p. 1895-1989 : « Nous pensons qu'il est juste de dire que la plupart des juges d'appel, tout en reconnaissant que le droit n'est pas toujours clair dans certains cas, croient que la grande majorité des cas qui sont présentés devant les cours, admet une juste ou une meilleure réponse et ne requiert pas l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire débridé » (p. 1915) et « Décider des cas selon la loi et le précédent, plutôt qu'en se fondant sur ses préférences politiques ou idéologiques personnelles, n'exige pas du juge qu'il adhère à la conception la plus grossière et la moins défendable selon laquelle le droit dicte absolument toutes les solutions » (p. 1916).

23 H.T. Edwards, "The effects of collegiality on judicial decision making", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 151, n° 5, 2003, p. 1639-1690.

24 B.Z. Tamanaha, "The Realism of Judges Past and Present", art. cit. ; B.Z. Tamanaha, *Beyond the Formalist-Realist Divide*, op. cit.

25 M. Troper, 1994, op. cit., chap. XVIII.

Parlement puis par le Congrès et inscrite dans la Constitution française, les juges se sont demandé si la Charte de l'environnement de 2004 avait une « valeur normative²⁶ ». Ou encore : un même texte peut sembler exprimer deux normes plutôt qu'une seule. Ainsi, l'article 55 de la Constitution française dispose : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». On pourrait en déduire qu'une loi contraire à un traité est donc, de ce seul fait contraire à la Constitution et que le juge constitutionnel devrait l'annuler. Et pourtant il n'en est rien car, en 1975, ce même juge a affirmé que la supériorité des traités sur les lois était « relative et non absolue ». Deux textes semblant contenir eux-mêmes deux normes distinctes peuvent apparaître applicables à une même espèce. Ce fut par exemple longtemps le cas en matière de répartition du contentieux de la responsabilité extra-contractuelle des administrations publiques : la Cour de cassation se reconnaissait compétente sur le fondement de l'article 1382 du Code civil et le Conseil d'État se reconnaissait compétent sur le fondement de la loi du 22 décembre 1789, la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III. Enfin, quand bien même un texte applicable semblerait ne contenir qu'une norme, la question se posera de savoir si cette norme est sujette à une exception non explicitement prévue. Ainsi, dès lors qu'en vertu de l'article 55 de la Constitution une convention s'impose à une loi, une convention d'extradition ne peut pas être empêchée par une disposition législative. Sauf exception créée par les juges qui décident que cette même disposition législative a une valeur constitutionnelle.

Il faut donc, à chaque fois, identifier ou isoler tous les textes applicables, puis identifier les normes qu'ils expriment ; résoudre le cas échéant les conflits ou antinomies auxquels ces normes peuvent donner lieu ; se prononcer sur les éventuelles exceptions.

Une seconde cause d'indétermination, sémantique, tient à la difficulté d'identifier la référence objective des catégories juridiques abstraites utilisées par les textes. Les réalistes ne sont pas les seuls à avoir souligné cette difficulté mais ils insistent plus que d'autres sur la singularité des faits que les catégories juridiques ne parviennent pas à saisir ou que l'on ne peut facilement ranger dans les catégories juridiques existantes. Les juges sont donc inévitablement contraints à une « manipulation ». C'est ce qui explique les raisonnements par analogie ou, à l'inverse, les raisonnements par différenciation – dans les deux cas, ces raisonnements n'ont rien de logique.

Une troisième cause d'indétermination est liée enfin au fait que les techniques d'interprétation que les juges peuvent utiliser sont susceptibles d'entrer en conflit les unes avec les autres et conduire à des solutions opposées ; en outre aucune de ces

26 Ils ont répondu favorablement. Cela ne veut pas dire que tous ses articles se voient accorder le même statut normatif.

techniques ne s'impose plus qu'une autre aux juges qui ont donc le choix entre toutes²⁷.

Comment sortir de l'indétermination ? La seule solution qui se présente au juge est bien évidemment l'interprétation des dispositions applicables. Là encore, du point de vue réaliste, cette interprétation suppose que soient prises d'autres décisions, des décisions interprétatives. Cette affirmation soulève deux difficultés : a) Quel est l'objet de l'interprétation ? et b) Toutes les décisions interprétatives sont-elles de véritables décisions ?

L'objet de l'interprétation

L'indétermination affecte d'abord le texte, non les normes elles-mêmes. Une distinction importante ici est celle entre la norme et la disposition textuelle : une chose est le texte, une autre est la norme qu'il exprime ou que l'on peut en tirer²⁸. Cette distinction n'est pas à elle seule le critère d'identification de la thèse réaliste et elle n'est pas défendue par les seuls réalistes. Cependant, sur le fondement de cette distinction, les réalistes affirment que les normes « n'existent » pas avant l'interprétation : elles en sont le résultat²⁹.

L'interprétation est donc une activité qui consiste à attribuer une signification à un texte : à décider que tel texte contient – ou non – une norme (que telle convention internationale, telle charte constitutionnelle, telle déclaration de droits est « contraignante », ou encore « susceptible de produire des effets », que telle disposition législative consacre un « droit » ou « s'inspire d'un principe ») et à dire quelle est la norme en question. Cette attribution est donc toujours une décision et non une découverte.

Mais ne peut-on envisager des cas dans lesquels il n'y aurait pas besoin d'interpréter ? C'est ce que propose la distinction entre les cas faciles et les cas difficiles.

La distinction contestable entre les cas faciles et les cas difficiles

Depuis Hart, il est fréquent de distinguer entre les « cas faciles » et les « cas difficiles³⁰ ». Les premiers sont ceux pour lesquels il n'y aurait pas besoin d'interpréter les textes applicables car leur signification ne poserait pas de difficulté.

27 K.N. Llewellyn, « Remarks on the theory of appellate decision and the rules and canons about how statutes are to be construed », *Vanderbilt Law Review*, vol. 3, 1950, p. 395-406.

28 G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologne, Il Mulino, 1974, p. 389-402, not. p. 394-395 : « une norme n'a pas de signification pour la bonne raison qu'elle n'est (rien d'autre) qu'une signification ». Voir aussi E. Bulygin, « Norms, normative propositions, and legal statements (1982) », in C. Bernal, *et al* (dir.), *Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 188-206.

29 Sur cette idée, voir T. Ascarelli, *Problemi giuridici*, Milan, Giuffrè, 1959, p. 140 ; G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi, op. cit.*, p. 265 et p. 389 s. ; *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980 ; R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, 1992, p. 109 ; Michel Troper, *op. cit.* ; M. Troper, *Le droit, l'État et la théorie du droit*, Paris, PUF, 2001.

30 H.L.A. Hart, *op. cit.* et aussi « Scandinavian realism », *The Cambridge Law Journal*, vol. 17, n° 2, 1959, p. 233-240.

Les juges seraient donc ici soumis à la signification ordinaire des termes du langage dans lequel sont rédigés les textes : il leur suffirait de se conformer aux règles sémantiques de ce langage. En revanche, les cas difficiles sont ceux pour lesquels les règles ne fournissent pas de solution : soit parce que le cas est inédit, soit parce que la règle est indéterminée, soit encore pour les deux raisons à la fois.

Si l'on adhère à cette distinction, il en résulte que, face à des cas faciles, les juges n'ont pas à décider de la signification des textes mais qu'ils n'ont qu'à décrire la signification que possèdent ces textes, de sorte qu'il serait abusif de parler, comme le font les réalistes, de décision interprétative. Au contraire, précisément parce que les juges s'en tiennent aux usages sémantiques ordinaires, parce qu'ils se contentent de reprendre des usages linguistiques, les énoncés par lesquels ils interprètent les textes applicables sont susceptibles d'être vrais ou faux. Ainsi, par exemple, les définitions des termes qu'ils pourraient être conduits à donner ne seraient que les définitions en usage dans le langage courant et quotidien.

Dans les cas difficiles, en revanche, les choses sont différentes. Les décisions interprétatives sont d'authentiques décisions, les définitions que les juges sont susceptibles de donner des termes dans lesquels sont formulés les textes ne peuvent être que des définitions stipulatives et donc normatives. Dans ces conditions, les énoncés interprétatifs qui formulent ces définitions ne sont pas susceptibles d'être vrais ou faux. Ce sont des normes dont l'objet n'est pas d'imposer un comportement mais d'imposer une signification. En décidant discrétionnairement, les juges exercent un pouvoir politique.

Cette thèse est très répandue mais très contestable.

Le réalisme conduit à récuser la pertinence de la distinction entre les cas faciles et les cas difficiles car elle est entachée d'une circularité évidente : pour un interprète, savoir si un cas est facile, autrement dit si la signification d'un texte est déterminée par le langage ordinaire et si ce dernier s'impose à l'interprète, ne peut se faire que par une autre décision interprétative elle-même discrétionnaire. Et quand bien même l'interprète déciderait de se fier au sens ordinaire des termes dans lesquels sont rédigés les textes, cette décision reste une décision.

En d'autres termes, la communication juridique n'est pas la communication ordinaire : nous pouvons au quotidien adhérer par commodité à l'idée qu'il existe des faits sémantiques, que tel mot employé l'est nécessairement dans son sens ordinaire et que le dictionnaire mental qui est le nôtre n'a pas besoin d'être constamment enrichi. Cela ne nous garantit cependant pas une parfaite communication avec autrui car il suffit de quelques années d'écart entre deux interlocuteurs pour comprendre qu'une mise à jour permanente s'impose. La communication juridique ne peut se contenter de cette approximation. Un texte juridique est certes rédigé dans une langue existante mais le niveau de langage qui est le sien reste distinct de celui de la communication ordinaire. Le doute est donc toujours possible sur le sens ordinaire ou non qu'un mot est censé recevoir. De sorte que décider de conserver à un texte son sens ordinaire ou littéral ou évident ou clair, peu importe ici les termes que l'on choisit, c'est encore décider. On peut comprendre que cette décision soit plus facile à prendre car moins coûteuse en argumentation et donc plus rapide à rédiger. Mais

elle demeure une décision interprétative et n'est en rien un acte dicté par des règles sémantiques qui s'imposeraient inéluctablement aux juges.

En réalité, contrairement à ce que prétendent ceux qui l'emploient, cette distinction ne décrit rien d'empirique ni de factuel : dire d'un cas qu'il est facile ou difficile ne décrit rien mais est, au contraire, une appréciation évaluative susceptible de justifier une décision interprétative. Autrement dit, cette distinction est à la discrétion des juges mais elle ne saurait servir d'instrument de mesure d'un pouvoir discrétionnaire lui-même, à proprement parler, incommensurable : ce qui revient à dire non pas qu'il serait « excessif » mais que nul ne dispose d'un instrument permettant de le mesurer.

La situation serait en revanche différente – et le statut des énoncés interprétatifs également –, si les juges devaient, pour une raison ou une autre, décrire les interprétations adoptées ou décidées par d'autres interprètes qu'eux-mêmes comme cela peut arriver lorsque, en droit international ou supranational par exemple, ils tiennent les interprétations émanant des juridictions étrangères pour des sources du droit applicable.

Il peut enfin arriver que les juges soient tenus de reproduire, de réitérer des décisions interprétatives antérieures parce qu'ils ont eux-mêmes décidé de la signification de ces textes. Mais là encore, cette dernière hypothèse – celle du précédent – demeure discutable ou du moins fragile : qualifier une solution antérieure de précédent c'est encore décider.

La seconde difficulté – les limites que rencontre ce pouvoir de décider de la signification – découle de ce qui précède : les réalistes se heurtent à la critique, récurrente, tirée du décisionnisme et de ce qu'ils reconnaissent aux juges un pouvoir discrétionnaire qu'aucun juge n'ose reconnaître pour lui-même.

Pouvoir discrétionnaire, décisionnisme, limites

Ces décisions interprétatives rencontrent-elles tout de même des limites ou bien les juges sont-ils affranchis de toute contrainte, contrairement à ce qu'ils tendent à dire en général ? En d'autres termes, les juges qui se disent soumis au droit sont-ils des menteurs³¹ ?

« Décisionnisme » réaliste et « réalisme » tempéré des juges

D'une part, de nombreux juges reconnaissent eux-mêmes qu'ils ont un rôle créateur³², qu'ils exercent en définitive une fonction législative³³ ou plus généralement

31 Comme l'affirmait M. Shapiro, « Judges as liars », *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 17, 1994 ; « Symposium on judicial decisionmaking: the role of text, precedent, and the rule of law », *ibid.*, p. 155-156.

32 Citons par exemple le juge Posner qui depuis des années défend une conception « pragmatiste » ou « réaliste » des juges comme d'authentiques créateurs de droit et qui rejoint d'illustres prédécesseurs tels Holmes, Cardozo, Hand, Traynor ou Friendly. Dans le même sens : L. Reid, « The judge as law maker », *Journal of the Society of Public Teachers of Law*, vol. 12, n° 1, 1972, p. 22-29 ou encore E.W. Thomas, *The Judicial Process: Realism*,

« politique ». Pour autant, dire cela ne s'entend pas – du moins pas toujours – au sens « partisan » du mot : ce que l'on cherche à dire en général est que, au cours du processus de décision, le juge ne peut pas ne pas – il doit – formuler des jugements de valeur qui prendront en compte non pas seulement les parties au procès mais la communauté politique au sens large.

D'autre part, en admettant que les juges se conforment au droit lorsque ce dernier est clair, faut-il également admettre qu'ils se conforment à autre chose – et alors quoi ? – lorsque le droit n'est pas clair mais indéterminé ? Doit-on considérer qu'ils envisagent de juger les cas indéterminés – les cas difficiles – dans le déni du droit ? Certainement pas. Les tenants de la thèse du « réalisme tempéré » ou du « formalisme éclairé », comme l'on veut, admettent donc implicitement que les juges font appel à des conceptions morales ou des idéologies politiques et autres considérations extra-juridiques au sens strict du mot, considérations qu'il ne faudrait pas réduire pour autant à des choix personnels relevant de l'idiosyncrasie des juges. Le problème n'est pas là. On peut défendre une conception réaliste du jugement sans avoir besoin de percer la psychologie (de la personne même) du juge. Mais on doit aussi tenir compte de ce que l'indétermination du droit conduit nécessairement à faire appel à des considérations morales, politiques ou autres.

Enfin, le style formaliste des juges fait partie des catégories de l'analyse réaliste. Cette dernière ne conteste donc pas du tout que les juges s'efforcent de donner à leurs décisions (c'est-à-dire à la justification de leurs décisions) une forme aussi logique et déductive que possible. Pour cela, ils se réfèrent à des textes législatifs ou constitutionnels ; ils invoquent, le cas échéant, des principes et, selon le système juridique dans lequel ils évoluent, des précédents, ou raisonnent par analogie. Il ne s'agit pas de nier la réalité de ces modes de justification. Mais il ne faudrait pas non plus exagérer la neutralité de ce style : nombre de ces techniques de justification sont aussi des moyens importants pour les juges de prendre leurs décisions dans des délais parfois très courts, de s'épargner aussi quelques discussions ou ratiocinations et de se conformer non pas tant au droit positif qu'à une certaine conception – positiviste ou légaliste – de la fonction (ou du pouvoir) judiciaire, laquelle reste perçue comme devant demeurer subordonnée, technique, et aussi prévisible que possible afin de garantir aux justiciables une sécurité juridique. À cet égard, que la délibération collégiale soit un moyen de surmonter l'indétermination est une observation empirique peu contestable. Mais la collégialité ne conduit pas à la vérité ou à la rationalité du droit : **non seulement** elle n'empêche pas l'indétermination, mais elle ne garantit en rien que l'accord qui sera en définitive trouvé sur la signification initialement indéterminée de tel texte ou de telle catégorie

Pragmatism, Practical Reasoning and Principles, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

33 Certains vont même jusqu'à leur recommander de légiférer, voir O.W. Holmes, *Southern Pacific Company v. Jensen*, 244 US 205, 221 (1917) : « Je reconnais sans hésiter que les juges doivent légiférer et qu'ils le font effectivement mais – ajoutait Holmes – ils le font seulement interstitiellement. » Cette thèse sera reprise ensuite par Benjamin Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Yale University Press, 1921, p. 113.

normative sera « juste ». Mieux, on sait que, même collégiale, la délibération obéit à des formes et des procédures spécifiques qui ne font nullement disparaître les rapports de force³⁴.

Dans ces conditions, la proposition d'abandonner la distinction entre réalisme et formalisme au motif que tous les juges formalistes sont au fond eux-mêmes réalistes, s'avère partielle et bancale : pour que cette division puisse être considérée comme dépourvue de pertinence ou comme ne l'ayant jamais eue, encore faudrait-il démontrer que les deux catégories sont logiquement réductibles l'une à l'autre. Et donc montrer que tous les juges formalistes sont réalistes mais aussi que tous les réalistes sont des formalistes. Or, Brian Tamanaha montre simplement que les formalistes émettent de temps en temps des opinions réalistes de sorte que la critique des réalistes à leur égard n'est pas fondée. Mais il ne démontre pas que les réalistes sont des formalistes ni que les formalistes actuels sont aussi des réalistes³⁵.

Le processus de décision : découverte et justification

Les réalistes sont-ils coupables de confondre le contexte de la découverte et le contexte de la justification ? Confondent-ils la psychologie de la décision avec sa justification juridique ? C'est ce que soutiennent les adversaires du réalisme qui, afin de souligner la dimension rationnelle de la décision judiciaire, ont proposé d'utiliser la distinction empruntée à l'épistémologie entre le contexte de la découverte et celui de la justification. Sur le fondement de cette distinction, on oppose la dimension psychologique – découverte – et la dimension purement juridique – justification. À l'examen, il semble peu pertinent d'appliquer cette distinction au droit et au processus de décision judiciaire.

D'abord parce que la distinction est loin d'être claire pour la science : d'une part, elle est formulée différemment selon les auteurs³⁶, chacun définissant ce qui relève de la découverte ou de la justification comme il l'entend ; d'autre part, elle est circulaire puisque découvrir c'est parvenir à connaître quelque chose et que la connaissance requiert une justification ; elle est enfin peu éclairante car toutes les méthodes scientifiques tendent au développement d'hypothèses justifiées : la justification et la découverte (la formulation des hypothèses) sont donc contemporaines l'une de l'autre³⁷.

Elle est ensuite très peu pertinente pour ce qui concerne la décision judiciaire. D'une part, il est fort délicat d'assimiler sans précaution les décisions judiciaires aux théories scientifiques, l'application du droit à la recherche scientifique, ou encore un processus éminemment décisionnel à un processus éminemment cognitif. Or, les décisions judiciaires n'ont ni les mêmes finalités, ni le même objet et n'obéissent pas

34 R. Posner, « Realism about judges », *Northwestern University Law Review*, vol. 105, n° 2, 2011, p. 577-588.

35 B. Leiter, « Legal formalism and legal realism: what is the issue ? », *Legal Theory*, vol. 16, n° 2, 2010, p. 111-133.

36 T. Nickles, (ed.), *Scientific Discovery, Logic and Rationality*, Dordrecht-Boston-London, Reidel, 1980, p. 1-59 (ici p. 18).

37 G. Gutting, « The logic of invention », in T. Nickles, *op. cit.*, p. 221-234.

aux mêmes processus que l'activité scientifique³⁸. D'autre part, en admettant que la décision judiciaire soit bien une décision, on ne sait pas très bien comment identifier ce qui relève de la découverte et ce qui relève de la justification.

En réalité, il apparaît à l'analyse que ceux qui utilisent cette distinction et l'opposent aux réalistes commettent eux-mêmes une confusion, à savoir que la justification juridique ou judiciaire – ce que l'on appelle en droit la motivation – serait une justification dans le même sens que l'emploi la science. Or, d'une part, la motivation d'une décision judiciaire reste une notion assez indéterminée. Elle peut désigner aussi bien une action que le résultat de cette action. Les juristes définissent la motivation comme l'expression des motifs juridiques (donc des raisons et non des pulsions) de décider que le juge a suivis pour arriver à sa décision ou dont il se sert pour justifier sa décision, quand bien même des motifs psychologiques différents seraient la cause de cette décision. Et c'est alors moins l'action qui importe que son résultat. Mais une telle définition est en définitive peu éclairante³⁹. Au mieux lui reconnaît-on l'avantage de faire la distinction entre ce qui relève des raisons juridiques et des motifs purement psychologiques ou idéologiques. Elle repose néanmoins sur le présupposé non démontré que l'on sait faire la part entre les raisons juridiques et les motifs non juridiques. Or cette distinction est bien souvent affaire de style – conduisant les juges à faire appel à des arguments de texte – et de cultures juridiques – les conduisant à faire état de leurs sentiments personnels. Qui pourra dire que la référence aux seconds prive la décision de toute validité juridique ? Et il est des cas où les sentiments ne sont pas loin des raisons juridiques⁴⁰.

D'autre part, est-il si aisé de faire la part entre la motivation – la justification – de la décision et la décision elle-même ? C'est que la motivation est un processus lui-même très largement constitué de multiples décisions interprétatives : l'interprétation des dispositions relatives à la compétence de la juridiction, au fond, à la preuve... Comment dans ces conditions distinguer entre le contexte de découverte et le contexte de justification ?

Enfin, en admettant que la distinction entre les deux contextes soit appliquée à la décision judiciaire pour distinguer entre le moment de la décision – la solution du cas – et le moment de la justification – l'élaboration de la motivation, de la rationalisation –, on négligerait le phénomène de *feed back* entre la décision et sa justification⁴¹ : si toute décision peut effectivement être juridiquement justifiée au sens où l'on peut toujours trouver une justification juridique à une solution quelle qu'elle soit, la construction de la justification a aussi des conséquences sur la solution elle-même,

38 T. Mazzaresse, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Turin, Giappichelli, 1996, p. 105-157.

39 Comme le fait remarquer M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padoue, Cedam, 1975, chap. 1.

40 Cf. dossier consacré : P. Brunet, J.-L. Halpérin, R. Nollez-Goldbach, « "Les styles judiciaires" : diversité des approches, nécessité des évolutions », *Droit et société*, vol. 3, n° 91, 2015, p. 465-471.

41 G. Bergholtz, "Some thoughts on judges' decision-making", *Scandinavian Studies in Law*, 2007, p. 78-88.

sa portée, sa réitération future ou non⁴². La conséquence est que non seulement la distinction entre les deux contextes est intenable mais ceux qui pensent pouvoir complètement séparer la rationalisation de la décision de la décision elle-même se trompent.

On peut parfaitement rendre compte de façon réaliste du processus de décision judiciaire sans tenir compte de cette distinction dont on espère avoir montré qu'elle est bien plus obscure que lumineuse.

Que signifie « justifier une décision » pour un juge ? Dans son sens le plus ordinaire et le plus courant, la justification de sa décision par le juge (la juridiction) consiste en une opération logique, de nature essentiellement déductive. Bien que répandue, cette conception n'est cependant pas la seule et certains ont tenté de montrer que la justification des décisions judiciaires pouvait parfois faire appel à des arguments non déductifs mais abductifs⁴³ et donc convaincants. On a cependant objecté que cette argumentation peut être reconstruite comme une inférence logique dans laquelle, étant donné certaines prémisses, on parvient à la conclusion selon laquelle certaines conséquences juridiques sont applicables au cas spécifique⁴⁴.

La discussion logique n'épuise cependant pas la question de la justification de leurs décisions par les juges.

D'une part, la justification à laquelle est applicable la logique est ce que l'on appelle la « justification interne » de la décision judiciaire⁴⁵. Elle est certainement une affaire de logique laquelle peut permettre de vérifier que les déductions sont logiquement valides. Mais la validité de la logique n'est pas encore une validité juridique : la seule conformité d'un raisonnement aux lois de la logique ne suffit pas à en faire un raisonnement juridiquement valide, pas plus qu'un raisonnement illogique ne peut être déclaré comme juridiquement invalide au seul motif qu'il déroge aux lois de la logique⁴⁶. En d'autres termes, le droit n'obéit pas à la logique. Pour que la norme logiquement déduite soit juridiquement valide, la prémisses normative doit être une

42 On peut illustrer ce point : le juge Roberts voulait maintenir l'obligation imposée par l'« Obamacare » de souscrire une assurance. Il pouvait justifier cette décision par la clause de commerce. Mais afin de ne pas permettre au Congrès de revenir sur cette obligation, il a choisi un autre fondement.

43 M. Atienza, *op. cit.*, p. 33 s. G. Tuzet, *Dover decidere. Diritto, incertezza e ragionamento*, Rome, Carocci, 2010, chap. 1.

44 E. Bulygin, *Norme, validità e sistemi normativi*, Turin, Giappichelli, 1995, p. 259-260.

45 La justification interne est le raisonnement déductif – la plupart du temps syllogistique – par lequel les juges justifient leur décision. Sur la distinction entre justification interne et externe, voir J. Wróblewski, “Legal decision and its justification”, *Logique et Analyse*, vol. 14, n° 53-54, 1971, p. 403-419 et “Paradigms of justifying legal decisions”, in A. Peczenik, L. Lindahl, B. van Roermund (eds.), *Theory of Legal Science. Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science*, (Lund, Suède, 11-14 décembre 1983), Dordrecht, Reidel, 1984, p. 253-273 ; A. Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, Reidel, 1986, p. 120.

46 On pense au raisonnement par analogie par exemple qui est logiquement invalide mais juridiquement admis.

norme positive elle-même juridiquement valide et les faits doivent avoir été prouvés conformément aux règles de preuve⁴⁷.

D'autre part, le problème le plus délicat que pose la justification des jugements se situe plutôt en amont de la question logique. Il relève de ce que l'on appelle la justification externe⁴⁸ et concerne le choix ou, si l'on préfère, l'identification de la prémisse majeure qui servira de fondement à la justification déductive : cette prémisse est-elle choisie ou s'impose-t-elle au juge ? La justification de ce choix obéit-il lui aussi à la logique ? Et si la logique ne guide pas ce choix, doit-on conclure que ce choix est arbitraire ou dépend-il de certaines contraintes ?

Enfin, qu'elle soit interne ou externe, cette justification ne dit rien du processus psychologique ou cognitif par lequel les juges parviennent à leur décision. La question est en définitive de savoir qui, des juges qui se reconnaissent un rôle créateur ou de ceux qui le nient, ont raison et, mieux encore, si la question est elle-même susceptible de recevoir une réponse cognitive ou si l'on doit la résoudre par une décision.

La justification de la décision est la partie émergée de l'iceberg, le raisonnement « purement juridique » que les juges livrent au public afin de se comporter comme on l'attend d'eux : en fournissant les raisons – juridiques et non psychologiques – de leur décision. Les juristes réalistes ont souligné combien ce raisonnement-là n'était qu'une rationalisation d'une décision dépendante de bien d'autres facteurs.

Cependant la grande difficulté que rencontrent les juristes est qu'ils n'ont pas accès au processus psychologique de la décision. Dès lors, il leur faut soit envisager des « modèles » de justification, éventuellement en mettant en évidence l'idéologie que les modèles véhiculent ou expriment⁴⁹, soit, s'ils souhaitent proposer une analyse empirique et donc *vraiment* réaliste du jugement, travailler avec les matériaux que mettent à leur disposition les disciplines qui analysent le processus de décision, avec les aléas, les approximations, les contradictions, voire les limites qu'elles connaissent et comme celles des modèles qu'elles élaborent. On pense ici aux nombreux travaux qui, dans le prolongement du réalisme américain, portent sur l'analyse du comportement des juges (*judicial behavior*) et mettent en évidence la part que prend l'idéologie des juges dans leur décision⁵⁰. Si certains soutiennent que les juges qui se disent soumis au droit sont des menteurs, on doit aussitôt reconnaître que le mensonge est institutionnel et institué mais non individuellement imputable aux

47 R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milan, Giuffrè, 2011, p. 258.

48 La justification externe cherche à justifier les prémisses de la justification interne (ou du syllogisme), elle consiste en raisonnements le plus souvent persuasifs et non déductifs : A. Aarnio, *op. cit.*, p. 122 et R. Guastini, *Interpretare e argomentare, ibid.*

49 J. Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht, Springer, 1992, p. 265 s.

50 On pourrait ici donner de nombreuses références. On se limitera à J.A. Segal, H.J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002; L. Baum, *The Puzzle of Judicial Behavior*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2003 et L. Epstein, W.M. Landes, R. Posner, *The Behavior of Federal Judges. A Theoretical & Empirical Study of Rational Choice*, Cambridge USA, Harvard University Press, 2013.

juges⁵¹. Et si l'analyse réaliste peut montrer que les juges ne sont pas contraints par un droit qui existerait indépendamment d'eux, elle ne peut toutefois éluder la prise en compte des contraintes qui pèsent sur eux.

Or les juges sont contraints de deux façons. D'une part, il y a les contraintes du système judiciaire lui-même, que l'on peut appeler le droit au sens large. Les juges ont subi une formation, ils ne décident pas seuls, ils sont même pris dans des systèmes de plus en plus complexes ; enfin, ils sont tenus de justifier leurs décisions non pas seulement à l'égard des justiciables mais aussi à l'égard des autres juges⁵² et des autres institutions politiques, comme y insistent les tenants du « modèle stratégique » de la décision judiciaire⁵³. À ces contraintes externes, s'ajoutent des contraintes internes aux juges eux-mêmes⁵⁴ : le désir de jouer le rôle institutionnel qui est désormais le leur et la recherche d'une satisfaction personnelle en tant que juge – ce qui n'est pas un plaisir purement égoïste⁵⁵. Une approche réaliste peut à cet égard adhérer à la thèse néo-institutionnaliste qui reconnaît l'importance de l'autoperception de leur propre action par les juges : ils agissent en général en faveur de leur institution et non de leur seul point de vue personnel⁵⁶. Bien évidemment, cette généralité mériterait d'être nuancée au regard des pratiques de certaines cours dans lesquelles les juges prennent la liberté de mener des stratégies strictement individuelles⁵⁷.

Contrairement à ce que soutient la théorie du choix rationnel, les juges ne cherchent pas seulement à maximiser leur profit en poursuivant une stratégie égoïste – bien qu'on ne puisse l'exclure –, ils cherchent aussi à « coller » à l'image de bon juge que

51 Cf. M. Shapiro, art. cit., p. 155-156 : pour qui les juges se trouvent pris dans un paradoxe dont ils ne peuvent pas sortir. D'un côté, ils doivent constamment nier qu'ils disposent d'un pouvoir politique et dans le même temps ils en disposent effectivement ; ils doivent nier qu'ils créent du droit et ne peuvent faire autrement que de le créer.

52 Cf. R.J. Traynor, « The limits of judicial creativity », *Iowa Law Review*, vol. 63, 1977, p 1-13, p. 8 : « Un juge est contraint par sa formation, son expérience et sa position professionnelle elle-même à ne pas assumer des compétences qui relèvent de la législation. »

53 N. William, Jr. Eskridge, « The judicial review game », *Northwestern University Law Review*, vol. 88, n° 1, 1993, p. 382-395, not. p. 386 s. et le grand classique L. Epstein, J. Knight, *The Choices Justices Make*, Washington DC, Congressional Quarterly Press, 1998.

54 E.W. Thomas, *op. cit.*, chap. 10, p. 245-246 : « Le pouvoir judiciaire en tant qu'institution est contraint et, tout en étant contraint, et bien que jouissant d'un pouvoir discrétionnaire considérable, le juge est individuellement contraint [...]. Le juge désirera être un membre qui compte dans cette institution et remplira le rôle institutionnel qui est attendu de lui. Sous l'effet d'un conditionnement social, il ou elle désirera être à la hauteur de ses propres attentes et de celles des autres et, dans la plupart des cas, fera tout pour cela. »

55 R. Posner parle de la « satisfaction intrinsèque de juger » : *How Judges Think*, Cambridge, USA, Harvard University Press, 2008, p. 80.

56 D. Robertson, *The Judge as Political Theorist: Contemporary Constitutional Review*, Princeton, Princeton University Press, 2010, p. 20 s.

57 On pense à la Cour constitutionnelle du Brésil par exemple, voir T. Passos Martins, *La Cour suprême du Brésil et l'« État démocratique de droit »*. Contribution à une théorie de la démocratie réflexive, Paris, Presses de l'Institut universitaire Varenne, 2013 et notre recension : P. Brunet, *Jus Politicum*, n° 15, 2015.

l'institution au sein de laquelle ils évoluent génère et prescrit au travers de ses règles propres. Dans ces conditions, on doit dépasser la dichotomie entre droit et politique qui repose sur le présupposé que les juges auraient le choix entre le droit ou la politique, car pour être forcé à choisir, un juge doit éprouver que la solution moralement correcte qu'il envisage serait incompatible avec le droit existant. Or, on peut présumer qu'en même temps qu'ils habillent leurs préférences morales en arguments juridiques, l'indétermination du droit leur fournit toute latitude pour faire l'inverse. C'est aussi ce qui explique qu'il soit tout simplement impossible d'affirmer qu'une décision est juridiquement « erronée » et qu'une question juridique peut ne recevoir qu'une seule – et bonne – réponse.

En définitive, il faut distinguer la part purement logique de la thèse réaliste qui porte sur l'interprétation et la part sociologique de la thèse réaliste qui reconnaît que les juges ne peuvent exercer une liberté que la logique leur reconnaît, mais qu'ils ne peuvent se reconnaître eux-mêmes. C'est ce qui explique que le jugement juridique n'est pas ce mécanisme qu'on imagine parfois et que certains juges tentent de représenter. Le jugement juridique aussi souple, évolutif et incertain qu'il se donne pour rigide, définitif et certain. Quant aux juristes, ils peuvent compléter le travail des autres disciplines qui s'intéressent au jugement à la condition d'accepter de ne pas se focaliser sur la seule dimension logique de la justification juridique, ni sur les seuls outils que leur fournit l'analyse juridique.

Pierre Brunet,
Professeur de droit public,
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne