

LE BON LÉGISLATEUR

Norberto BOBBIO

Sommaire: 1. L'image du bon législateur. 2. Les attributs essentiels. 3. Importance de cette image pour l'interprétation du juge. 4. Confirmation de cette image à travers le raisonnement par l'absurde. 5. Attributs non essentiels. 6. Arguments principaux et arguments secondaires. 7. Le bon législateur et le juge loyal.

1. Quelle image le juge italien se fait-il du législateur, de ce personnage si souvent nommé et si souvent évoqué au cours d'une sentence, et dont il doit chercher à pénétrer l'esprit, comme le veut l'article 12 des Dispositions sur la loi en général ?

A partir d'une recherche en cours sur l'argumentation du juge italien de la Cour de Cassation, j'ai essayé de tracer à grands traits le portrait de ce personnage en m'efforçant de déterminer les attributs qu'on lui reconnaît le plus souvent et qu'il *doit* avoir pour être considéré un bon législateur.

La première observation à faire est que, parmi ces attributs, certains sont généralement considérés comme essentiels, d'autres comme non essentiels. J'appelle attributs essentiels ceux qui sont reconnus sur la base d'une présomption absolue, telle qu'elle ne peut être démentie par la preuve contraire et dont il faut donc tenir compte dans chaque cas pour arriver à une interprétation correcte. J'appelle attributs non essentiels ceux qui sont présumés jusqu'à preuve contraire, et dont on doit seulement tenir compte dans certaines limites et à certaines conditions.

La meilleure façon de représenter ces attributs est de les traduire en règles de comportement correspondantes (règle qui est, pour le soldat courageux de ne pas fuir pendant une bataille, pour l'élève diligent de faire ses devoirs et d'étudier ses leçons etc...). Les attributs essentiels sont alors les attributs traduisibles en règles que le législateur ne peut absolument pas violer, sans exception aucune; les attributs non essentiels

ceux qui sont traduisibles en règles auxquelles le législateur ne se conforme pas d'une manière rigide, et qui doivent donc être considérés comme non contraignants, comme un principe directeur du comportement plus qu'un impératif.

2. Les règles dont la validité est absolue, c'est-à-dire auxquelles il est impossible de se soustraire et dont on peut déduire l'image du bon législateur sont surtout les trois règles suivantes:

a) la règle de justice, selon laquelle on applique un traitement identique à des êtres qui sont égaux, et des traitements différents à ceux qui ne sont pas égaux;

b) la règle de cohérence selon laquelle deux propositions énoncées par le législateur ne peuvent être contradictoires;

c) la règle de rationalité conforme au but, selon laquelle les moyens choisis sont toujours les plus aptes à atteindre le but. A mi-chemin entre les règles auxquelles on ne peut déroger et celles auxquelles on peut déroger — mais plus près des premières que des secondes — se situe:

d) la règle de la non-redondance, selon laquelle deux normes du système ne peuvent être identiques, autrement dit, que l'une ne peut être la répétition pure et simple de l'autre.

Si l'on traduit ces règles en comportements caractéristiques du personnage imaginaire appelé législateur, ce dernier est vu comme un être parfaitement juste (au sens de justice formelle), cohérent (au sens de cohérence logique), raisonnable (au sens de la *zweckrationalität* de Max Weber). En outre il est vu comme quelqu'un qui, sans exception aucune, dit uniquement ce qu'il doit dire, sans une phrase de plus ou de moins.

3. Ces quatre attributs ont une très grande importance puisqu'ils orientent dans un sens ou dans un autre l'interprétation des juges. On peut déduire de ces attributs et des règles correspondantes quatre règles constantes de l'interprétation du juge. Ces quatre règles sont:

a) aucune norme ne peut être interprétée de façon à avoir pour conséquence une disparité dans la manière de traiter des personnes appartenant à la même catégorie essentielle;

b) il ne peut être donné à aucune norme un sens qui la rende incompatible avec une autre norme du système (et si deux normes semblent incompatibles l'interprète devra faire tous les efforts possibles pour éliminer la contradiction en ayant recours à une interprétation ayant pour résultat la correction ou l'abrogation d'une des deux normes);

c) toute norme doit être interprétée compte tenu du but ou des buts qu'elle se fixe, en se basant sur l'idée qu'elle est le moyen le plus adéquat qu'une personne raisonnable puisse trouver pour atteindre ce ou ces buts dans une situation donnée;

d) aucune norme ne peut avoir un sens tel qu'elle semble la répétition d'une autre norme, c'est-à-dire une norme inutile;

En d'autres termes, cela signifie que parmi toutes les interprétations possibles d'une même norme le juge choisit toujours celle qui reflète le plus fidèlement l'image d'un législateur juste, cohérent, raisonnable, et non redondant.

4. Une confirmation de ce que je viens de dire peut être déduite *a contrario* de la façon dont est utilisé le raisonnement par l'absurde, c'est-à-dire le raisonnement sur la base duquel l'on veut démontrer, non pas que sa propre thèse est correcte, mais que la thèse d'autrui — ou une thèse différente de celle que l'on croit correcte — est incorrecte. L'utilisation de cet argument est très fréquente dans l'activité d'un juge. Et elle est loin d'être univoque. Sous le nom «d'absurdes» l'on met toutes les interprétations qui amèneraient à contrevenir à trois des règles auxquelles le bon législateur ne peut déroger, ou plus simplement qui s'opposent à l'image du bon législateur, de celui qui respecte scrupuleusement ces règles.

D'une façon plus précise, l'on appelle absurde toute interprétation:

a) qui amène à soutenir que le législateur a traité d'une façon inégale deux cas égaux;

b) qui puisse mettre le législateur en contradiction avec lui-même;

c) qui comporte des conséquences en contradiction avec les

buts de la norme, c'est-à-dire qui fasse apparaître le législateur comme quelqu'un qui n'est pas raisonnable, qui se propose certains buts mais ne réussit pas à les atteindre parce qu'il n'a pas choisi les moyens les plus adéquats pour y parvenir.

Seule l'interprétation qui amène à une conclusion en opposition avec la quatrième règle, celle de la non-redondance, n'est pas qualifiée d'absurde mais, d'une façon plus générale, «d'incorrecte» ou «d'inopportune»: expressions moins fortes qui révèlent que l'argument fondé sur la non-redondance est moins contraignant, et que sa validité est sujette à quelques exceptions, dans des cas très rares il est vrai.

Il n'est pas difficile de montrer qu'absurde est synonyme tout à tour de «inique» ou «injuste», d'«illogique» ou «juridiquement impossible» (cette seconde expression vaut pour non conforme à une règle du système, elle équivaut donc à l'illogique), et de «non raisonnable».

5. À côté des attributs essentiels du bon législateur, il y a, nous l'avons dit, des attributs non essentiels. Encore une fois, alors qu'il est fondamental que le législateur soit juste, cohérent et raisonnable, il n'est pas essentiel qu'il soit *rigoureux* dans l'usage qu'il fait des mots, *systématique* dans l'ordre d'exposition des normes, *exhaustif* dans la détermination des cas spécifiques. Par conséquent, l'on présume que le langage du législateur est rigoureux, que l'ordre qu'il assigne aux lois obéit, à un critère systématique, que la détermination des cas spécifiques est complète, seulement jusqu'à ce que l'on découvre de bonnes raisons pour soutenir le contraire.

En ce qui concerne la rigueur linguistique, l'image du bon législateur n'est aucunement entamée si l'on considère:

a) qu'il utilise les mots de la langue courante alors qu'il pourrait utiliser des mots du langage technique, et donc moins susceptibles d'interprétations contradictoires;

b) qu'il utilise des mots qui ne sont pas tout à fait appropriés, des mots ambigus ou bien des mots différents dans des contextes analogues ou identiques dans des contextes différents;

c) qu'il n'exprime pas de façon claire sa propre pensée afin

de permettre l'application de deux règles d'interprétation opposées comme «ubi dixit voluit, ubi non dixit non voluit» et «plus vel minus dixit quam voluit».

En ce qui concerne l'ordre de l'exposition, on ne demande pas au législateur de mettre à leur juste place, suivant un ordre systématique, les énoncés de ses propres règles, d'où le peu d'importance donné à l'argument fondé sur la *sedes materiae*.

En ce qui concerne la complétude dans la détermination des cas spécifiques, il est couramment admis que le meilleur des législateurs puisse avoir des moments de distraction («quandoque dormitat Homerus») et qu'il y ait des limites à sa faculté de comprendre tous les cas possibles et de prévoir tous les cas futurs.

La preuve en est que, sur son manque de rigueur, de systématisation et de complétude, aucun de ceux qui interprètent la loi ne pourrait fonder un raisonnement par l'absurde. Personne ne considère une proposition comme absurde pour le seul fait que, si elle est admise, il en résulterait un manque de précision linguistique, une différence de position, une lacune au sens technique du mot.

6. Aux fins d'une recherche sur l'argumentation juridique, la distinction que nous avons tenté de faire entre présomptions absolues et présomptions relatives par rapport au comportement du législateur, permet de distinguer les arguments forts des arguments faibles, ou mieux les plus forts des plus faibles, les principaux des secondaires, ceux qui sont décisifs de ceux qui sont subsidiaires.

Les arguments principaux ou décisifs sont ceux qui s'appuient sur la démonstration que la thèse à soutenir respecte certaines règles ou seulement l'une d'entre elles, auxquelles il est impossible de déroger, alors que la thèse adverse que l'on veut réfuter les viole.

Le but auquel tend finalement l'argumentation du juge est de montrer que sa propre thèse, et non celle de l'adversaire, sauvegarde le principe de justice, maintient la cohérence du système normatif, permet d'atteindre les buts prévus ou évite

de conduire à des conséquences non prévues, ne rend une norme ni superflue, ni privée de sens. Au contraire, aucun interprète ne peut se limiter à faire appel à des arguments littéraux sur le fait que le législateur soit rigoureux dans l'usage qu'il fait des mots, ou à la *sedes materiae* sur le fait qu'il procède selon un ordre systématique dans la disposition des matières, ou au *silentium legis* sur le fait qu'un législateur doit être exhaustif.

Des arguments de ce genre sont généralement fournis à l'appui d'arguments principaux: en eux-mêmes ils sont insuffisants et pas même nécessaires. Dans une argumentation complexe et articulée en plusieurs arguments enchaînés, comme l'est celle du juge, ils sont utiles parce qu'ils servent à faciliter ou à rendre possible l'utilisation des arguments principaux. Ce sont des arguments subordonnés. Leur subordination se révèle clairement en ceci que, ni l'appel à la rigueur, ni l'appel à la systématisation, ni l'appel à la complétude ne possèdent assez de force d'argumentation lorsqu'ils mènent à des interprétations qui sont en contraste avec une ou plusieurs règles absolues. Autrement dit: l'appel à la rigueur, à la systématisation ou à la complétude n'a de valeur que lorsqu'il sert à confirmer l'image du législateur, non lorsqu'il s'oppose à cette image.

Cela explique pourquoi de tels arguments sont tantôt importants, tantôt sans importance. Ils sont importants quand ils servent à confirmer l'idée d'un législateur juste, cohérent et raisonnable; sans importance si leur acceptation conduit à déformer cette idée. C'est en ce sens que doit être comprise l'affirmation qu'ils sont valables jusqu'à preuve contraire. La preuve contraire est donnée au moment où les conclusions que l'on peut en tirer conduiraient à admettre que le législateur a été infidèle à une ou plusieurs règles absolues.

7. C'est seulement au cas extrême — mais c'est un cas très rare — où le texte est assez clair pour ne donner lieu à aucun doute sur son interprétation, et par conséquent à ne concéder aucune marge à l'interprète, que le juge est contraint à admettre que soit détruite l'image du bon législateur. Dans ce cas, un contraste existe entre l'idéal du *bon législateur* et celui du

juge loyal (idéal non moins constant et non moins persistant) dont la tâche est d'appliquer le droit établi et non de créer un droit nouveau. Dans cette opposition, le second idéal l'emporte en général sur le premier. On peut exprimer cette priorité en ces termes: en certains cas extrêmes, mieux vaut admettre que soit affaiblie l'image du *bon* législateur plutôt que d'accepter le principe du *bon juge*, au sens du bon juge Magnaud, c'est-à-dire du juge qui prend la place du législateur. Pour conclure, le principe suprême de l'interprétation du juge, auquel tous les autres principes finissent par céder le pas, même ceux auxquels il est impossible de déroger est: «*Dura lex sed lex*».

Université de Turin