

JUSTIFICATION DE LA DÉCISION EN DROIT

Luis LEGAZ Y LACAMBRA

D'après la doctrine généralement admise, l'ordonnancement juridique est un système de normes; mais dans un livre devenu déjà ancien, *Rechtsnorm und Entscheidung*, Berlin, 1929, Hermann Isay avait représenté l'idée que l'ordonnancement juridique est plutôt un ensemble de décisions; parce que seule la décision peut accomplir la finalité du Droit, qui est de créer une régulation des rapports extérieurs entre les membres d'une communauté.

L'idée de décision montre d'ordinaire une liaison trop étroite avec celle d'application ou concrétisation d'une règle générale. Or, nous croyons 1) que la décision est inséparable de la création du Droit, et 2) que la création du Droit est en même temps application du Droit et le processus juridique une symbiose de création et d'application. En conséquence, la décision appartient elle-même à la structure de la réalité du Droit; mais la structure juridique réelle ne s'épuise pas dans la décision. La règle juridique — la Constitution y comprise — est le résultat d'une décision. Mais l'ordonnancement juridique est un ensemble de règles, de normes générales, singulières ou individuelles, qui, soit dans leur ensemble soit particulièrement prises, découlent d'une décision. Le problème de la justification de cette décision se pose donc à des niveaux différents et possède des sens différents par rapport à chacun d'eux.

La constitution est une décision mais on ne doit pas croire que son entité juridique s'épuise en décisionisme pure et simple ou en créativité radicale. Car elle présuppose du moins certains principes juridiques fondamentaux que le jusnaturaliste pourra peut-être considérer comme «transcendants» mais que le sociologue pourra du moins regarder comme étant en vigueur dans la conscience juridique de la communauté et reconnus par elle comme supérieurs et «devant être». Et c'est

dans cette *opinio necessitatis* qui se trouve la justification de la règle constitutionnelle provenant de l'acte de décision politique constituant.

Mais de quelle sorte de justification s'agit-il ? Justement parce que nous nous trouvons ici sur un plan juridique fondamental, la question qui se pose est fondamentale elle aussi, c'est-à-dire, la question de la possibilité d'une fondation objective des jugements et des systèmes de valeurs. Quelle que soit la réponse théorique qu'on donne à cette question, aucun problème pratique n'est affecté. Au niveau de la praxis politique il est irrelevant que l'on puisse démontrer «scientifiquement» ou non la vérité des valeurs assumées et des idéologies proclamées ou s'il suffit de les défendre avec toute sorte d'arguments théoriques et pratiques qu'on a sous la main. Celui qui professe une idée et qui lutte pour l'imposer, croit qu'elle est *la vérité* et peu importe qu'il admette ou non, d'après sa conscience scientifique, qu'on peut ou non la «démontrer». C'est une chose qui relève plutôt du niveau le plus théorique auquel se posent les questions telles que «relativisme», «dogmatisme», existence ou non de vérités éternelles, etc.

Et cependant, ce sont des questions qui ont aussi une certaine portée pratique, en tant qu'elles conditionnent des attitudes politiques, et même des contenus politiques différents. Un relativiste conséquent, en effet, doit être tolérant et par là-même il doit professer une idéologie de la tolérance. Une doctrine relativiste devient ainsi la justification théorique de la démocratie dans le sens qui d'une façon classique a été exposé par Kelsen. Mais néanmoins, il a existé historiquement une démocratie totalitaire, un dogmatisme démocratique antitolerant et antilibéral et, au contraire, on peut penser qu'une conception relativiste conduise directement à l'imposition autoritaire d'une vérité, qu'on reconnaît comme relative et incapable d'être scientifiquement fondée — même si on ne l'avoue pas — mais qui est utile pour mobiliser et enthousiasmer un peuple. Les fascismes ne sont-ils pas un exemple de cette absolutisation du relatif ?

Si nous descendons maintenant du plan constitutionnel à celui de la législation, nous sommes encore en face d'un déci-

sionisme, mais plus lié à des conditionnements formels et de contenu que le niveau, préalable du point de vue logico-juridique, de la constitution. La législation est décision en tant qu'elle est interprétation: interprétation de la constitution. Mais à vrai dire, elle n'est interprétation de la constitution que jusqu'à un certain point, parce que la constitution contient une délégation très large en faveur de la législation. En tant qu'il s'agit de ce domaine délégué, la justification de la décision législative pose des questions qui ne diffèrent point de celles de la décision constitutionnelle. Les critères justificatifs de la décision se trouvent dans un système de valeurs qu'il ne faut pas — bien qu'il puisse l'être — démontrer comme scientifiquement inéluctable et objectif et qui est accepté par la conscience des secteurs les plus progressifs de la communauté en question. Le Droit, en effet, ne peut se limiter à consacrer les croyances en vigueur mais il doit être un facteur, certainement prudent (dans le sens le plus exacte de la *prudencia*), de renouvellement, d'amélioration et de progrès.

En tant qu'il s'agit du domaine où la législation ordinaire se trouve proprement conditionnée par les règles constitutionnelles qu'elle doit développer et appliquer et par conséquent interpréter, les questions concernant l'interprétation sont les mêmes que celles qui se posent dans la théorie traditionnelle de l'interprétation de la loi, quand il s'agit de son application aux cas singuliers. C'est ici qu'on se trouve dans le domaine de la décision proprement dite: car on décide en vue des cas singuliers, soit par l'acte juridique des individus privés, soit par le juge dans la sentence, soit par une résolution ou un arrêt de l'Administration. Mais le pouvoir de décision n'est pas un pouvoir arbitraire, justement parce que la décision implique une interprétation. Si elle est une interprétation, cela signifie qu'il y a un cadre à interpréter qu'elle ne peut pas dépasser; mais étant une interprétation, cela signifie aussi qu'elle jouit d'une certaine liberté, faute de quoi elle cesserait d'être une décision.

La décision en vue du cas singulier doit donc avoir une double justification, en tant qu'elle interprète et qu'elle interprète en liberté et, en conséquence, créativement. Nous voici

de nouveau en présence de la dichotomie dogmatisme-relativisme, qui joue maintenant un rôle dans un sens un peu différent. Ce qui sur le plan des règles les plus générales — constitutionnelles ou législatives — se posait comme la question concernant la possibilité d'une fondation objective, «scientifique» — des systèmes de valeur assumés, devient maintenant une sorte de rationalisme ou d'intellectualisme outrancier qui n'admet qu'une interprétation possible des normes, il n'y aurait donc pas à vrai dire une interprétation, mais une déduction logique, — la seule correcte du point de vue logique —; le «relativisme», à son tour, consiste maintenant à affirmer que celui qui applique le Droit possède un degré de liberté assez large; malgré tous les conditionnements normatifs qui le limitent il peut agir beaucoup plus librement qu'il ne le pense, parce que toute règle juridique contient un cadre d'indétermination qui n'a rien à faire avec les théories ou les idéologies concernant le syllogisme judiciaire. C'est-à-dire, celui qui applique le Droit peut décider entre des possibilités diverses parce que des interprétations diverses sont possibles et «logiquement correctes».

Or, la correction logique est un critère de justification: mais il ne peut être le seul critère valable.

Toute décision étant prise en vue d'un cas singulier, le Droit manque sa fonction essentielle de régler justement la réalité sociale s'il renonce préalablement à la recherche de la solution la plus juste et la plus raisonnable pour rester dans le cadre des «possibilités». La correction logique de la décision, c'est-à-dire, la possibilité pure de l'interprétation n'est que la limite indépassable de la pensée juridique et de l'application du Droit; mais elle est insuffisante pour justifier la situation. On ne doit pas tomber dans le dogmatisme intellectualiste de la «seule interprétation correcte du point de vue logique», mais il faut échapper à un relativisme qui admet n'importe quelle interprétation, à condition qu'elle soit logiquement correcte. Un tel relativisme est ici beaucoup plus perturbateur que dans le domaine des principes généraux, quand il affirme simplement que les grandes options personnelles devant les valeurs ne sont pas justifiables scientifiquement. Dans le domaine

de l'application du Droit, en effet, la recherche d'une solution plus ou moins juste peut avoir lieu à un niveau «scientifique», parce que le rapprochement de la «réalité» permet d'avoir recours aux méthodes scientifiques, mathématiques, statistiques et de toute sorte et à travers elles de saisir des tendances, prévoir des comportements, orienter les conduites et en général obtenir des résultats désirables, parce qu'on peut éprouver hypothétiquement les résultats d'une application de la solution contraire.

Mais ici le problème de la justification change de sens en tant qu'il s'insère dans un domaine de scientificité et rationalité technique. On ne peut pas vraiment parler de justification (*justificatio*, de *facere justum*) que par rapport aux grands principes généraux et pour dépasser une situation existentielle concrète devenue *iniusti-ficata*. La justification relève de l'injustice à dépasser, elle est l'utopie basée sur le besoin, la faim de ce qui manque. Si l'on fait abstraction de ce donné sociologique, le problème de la justification devient une question purement technique.

Tout d'abord, comme une question de technique linguistique. Le langage, c'est l'expression d'un raisonnement. Par le moyen du raisonnement, une décision est raisonnée, c'est-à-dire expliquée dans ses raisons, justifiée. Cela veut dire que la justification ne dépend pas du raisonnement, mais au contraire, le raisonnement sert à montrer que la décision personnelle, basée sur une intuition de valeurs à réaliser était déjà intimement justifiée avec indépendance du raisonnement justificateur. Mais il est évident que le raisonnement peut manquer sa mission fondamentale s'il se met consciemment au service d'une décision connue ou reconnue comme injustifiée ou s'il s'érige comme un raisonnement qui n'est pas seulement «en soi» mais qui veut devenir «pour soi»; s'il fait de soi-même, de sa propre correction logico-formelle la seule raison d'être de la justification. Qu'on puisse exprimer le raisonnement dans un langage formalisé n'a rien à faire avec la question de la justification, de la justice de la décision prise sur la base des normes existentes. La décision du cas singulier est juste quand elle relève d'un système de valeurs acceptée par la plupart des

membres de la communauté, non parce que telle acceptation majoritaire soit la seule garantie de sa justice intrinsèque, mais parce que le Droit appartient à la communication inter-humaine et il faut que le «message» de justice d'une décision puisse être compris intersubjectivement par un grand nombre d'hommes, aucun d'eux n'ayant le monopole de la compréhension de ce qui est juste. Il faut donc aussi épurer le langage transmetteur du «message» si l'on veut dépasser «l'ineffable» et renforcer la compréhension et la reconnaissance intersubjectives.

Mais la justice de la décision ne relève pas seulement d'une intuition de valeurs bien raisonnée; elle doit être garantie par une «information» de toutes les données réelles d'incidence sur le cas, une information qui ne peut être apportée que par les *computers*. Le *computer* peut apporter non seulement une information précieuse, il peut quand même apporter la décision — et dans ce cas-là tout le problème disparaît, la machine ne pouvant par elle-même rien décider ni rien interpréter, et la décision n'étant que l'application la plus stricte et la plus mécanique de la théorie du «syllogisme» judiciaire. En principe, la machine ne peut pas se tromper, il n'y a point d'erreur possible; elle ne peut non plus «prévariquer». Il s'agit en tout cas de savoir si l'élimination de la décision personnelle est possible et si elle est désirable. Si l'on pense que la machine répond à une question qu'on lui pose, on voit qu'une sorte de décision — quelque chose de personnel — se trouve dans la demande: celui qui demande, qui pose la question est un homme, qui doit *sélectionner* les données avec lesquels on fait la demande; et la sélection n'implique-t-elle pas déjà un jugement de valeur? On n'a donc jamais l'assurance absolue d'une objectivité intégrale, la subjectivité ne pouvant pas être radicalement éliminée, et au fond, le risque d'injustice que comporte toute décision personnelle peut être compensé par l'effort et la lutte pour la justice de tous les hommes de bonne volonté, et une volonté bonne est encore et toujours une des plus grandes valeurs du monde.

Madrid