Les certitudes du droit

Certainty and the Law

Sous la direction de
Ejan Mackaay
Editor

Les Éditions Thémis

Université de Montréal
Faculté de droit
Centre de recherche
en droit public

Le juge, arbitre de la certitude du droit

François Rigaux*

Introduction 19

I. Vie, mort et résurrection de la jurisprudence conceptuelle (*Begriffsjurisprudenz*) 20

A. *Freirechtslehre* c. *Begriffsjurisprudenz* 20

B. Le courant réaliste américain 24

II. L'arbitrage du juge 28

A. Le conflit de normes 28

B. Les choix successifs de la jurisprudence civile 30

C. Argument d'analogie et évaluation des précédents 32

D. La division des juges 35

III. Doute méthodique et incertitude 37

A. La notion d'acte clair 38

B. La doctrine du «*constitutional doubt*» 41

C. Les voies du contrôle de légalité sur l'interprétation des actes juridiques privés 45

D. Univocité ou ambiguïté des textes soumis au juge 46

* Professeur émérite de l'Université catholique de Louvain.

Conclusion : jugez sur ce que je fais plutôt que sur ce que j'en dis 48

A. L'administration des questions préjudicielles d'interprétation par la Cour de justice des Communautés européennes 50

B. Canons d'interprétation et recours aux travaux préparatoires 51

Selon l'épithète dont il est accompagné, le mot «certitude» a deux significations. Après l'avoir défini comme «la qualité de ce qui est certain», Littré donne les deux usages suivants : «Certitude morale, mathématique». Il faut opérer une disjonction entre ces deux variétés de certitude. Alors qu'une certitude mathématique se place à l'abri de tout doute, il se glisse dans la certitude morale plus qu'une nuance d'hésitation. Impliquant l'adhésion du sujet, elle est empreinte de subjectivisme; ce qui est certain pour Pierre ne l'est pas pour Paul, pareil relativisme caractérisant le modèle de certitude que le juge confère au droit. Mais notons d'abord l'érosion quasi générale du vocabulaire. Une expression voisine, «sans doute», a perdu en français son sens originel, il faut y suppléer par «hors de doute» ou «assurément» si l'on veut évincer l'idée de simple probabilité qui est devenue le sens le plus usuel aujourd'hui de «sans doute».

À l'incertitude du droit correspond plutôt, selon le langage des Réalistes américains, la notion d'indétermination (*indeterminacy*)[1]. En mathématiques, on tient pour indéterminé un problème qui a un nombre indéterminé de solutions et ici on se trouve très proche de l'incertitude ou de l'indétermination du droit[2]. À la vérité, l'expression est elle-même ambiguë et, si l'on ose ce jeu de mots, incertaine. Pour qui, en faveur de qui, dans quel contexte le droit se pare-t-il de la vertu de certitude? La certitude est-elle un idéal à poursuivre? Par qui, par quels moyens? S'agit-il d'une question de sémantique, c'est-à-dire

---

1 Voir notamment : David B. WILKINS, «Legal Realism for Lawyers», (1990) 104 *Harvard L.R.* 468, 474-499; Karl N. LLEWELLYN, *The Bramble Bush*, New York, Oceana Publications, 1951, pp. 68-78 (il s'agit de la reproduction d'un cours d'introduction au droit fait en 1929-30). L'idée apparaît aussi en Angleterre chez un ami et correspondant d'Oliver Wendell Holmes, Jr., Sir Frederick POLLOCK, «Lay Fallacies in the Law», dans *Legal Essays in Honor of John H. Wigmore*, Chicago, 1919, reproduit, dans : *Essays in the Law*, London, MacMillan, 1922, pp. 258-278. Comparer Gunther TEUBNER, *Recht oder Autopoietisches System*, Frankfurt, M. Suhrkampf, 1989, pp. 132-148; Christopher L. KUTZ, «Just Desagreement : Indeterminacy and Rationality in the Rule of Law», (1994) 103 *The Yale L.J.* 997; Paul D. CARRINGTON et Paul H. HAAGEN, «Contract and Jurisdiction», *1996 The Supreme Court Review*, Chicago University Press, 1997, p. 331.

2 Selon C. L. KUTZ, *loc. cit.*, note 1, 1001, il s'agit plutôt d'*underdeterminacy* que d'*undeterminacy* : *the legal system permits the logical derivation of more than one conclusion from any given set of premises.*

d'interprétation, ou y va-t-il de l'application de la règle à une situation litigieuse? Mais voici qu'apparaît la figure emblématique du juge. Le droit est-il un ensemble de règles ou de normes ou faut-il se laisser guider par des principes, des directives (*guidelines*), des «standards»?[3] Le mot «principe» met sur la voie d'un autre glissement sémantique : l'expression «en principe» signifie que la règle ainsi modalisée tolère des exceptions, c'est-à-dire qu'un principe est un peu moins fort, moins certain, moins déterminé qu'une règle.

Pour tenter de répondre à quelques-unes de ces questions, d'ailleurs liées entre elles, il est proposé de développer les points suivants. D'abord, le contraste entre l'âge d'or de la certitude et l'âge de fer, qui est le nôtre, où l'on s'efforce laborieusement de restituer au droit la certitude qu'il aurait perdue. Le second point a pour objet le rôle du juge dans cette tentative, ce qui conduit aussitôt à la relation que les juges entretiennent avec la loi et avec les précédents judiciaires. Mais de tous les côtés c'est le conflit qui domine : multiplicité des lois dont les aires respectives ne sont qu'imparfaitement délimitées, diversité des précédents, irréductibilité du cas litigieux à aucun de ceux auxquels il se laisse comparer, division du siège dans les juridictions collégiales. Dans un troisième et dernier point, il faudra s'efforcer de démêler les fils d'un écheveau passablement embrouillé : comment dépasser l'incertitude des méthodes?

I. Vie, mort et résurrection de la jurisprudence conceptuelle (*Begriffsjurisprudenz*)

A. *Freirechtslehre* c. *Begriffsjurisprudenz*

Ce sont les hérésies qui mettent en relief les traits fondamentaux de la religion dont elles ne s'écartent que partiellement. De même, le positivisme dogmatique – aux États-Unis on dira le formalisme – de la jurisprudence du XIXe siècle

---

3 Voir par exemple K.N. LLEWELLYN, «Rule of Thumb and Principle», reproduit dans William TWINING, *The Karl Llewellyn Papers*, Chicago, The Law School, University of Chicago, 1968, pp. 81-96. Comparer en faveur d'une stricte adhésion aux règles : Antonin SCALIA, «The Rule of Law as a Law of Rules», (1989) 56 *University of Chicago, L.R.* 1175.

n'a été perçu que par la voix de ceux qui l'ont critiqué. C'est à peu près à la même époque qu'en Allemagne et en Autriche l'École de la libre recherche scientifique (*Freirechtslehre*) et aux États-Unis les premiers Réalistes dénoncent l'aveuglement de ceux qui pratiquaient une «jurisprudence conceptuelle» (*Begriffsjurisprudenz*). Mais, par définition, un aveugle ne saurait voir et les juristes dogmatiques n'auraient pu se percevoir tels que d'autres les ont vus. Mais que signifiait «jurisprudence conceptuelle»? Deux choses, semble-t-il. D'abord, que le droit est fait d'un ensemble de propositions hiérarchisées et logiquement liées entre elles. Ensuite, que toute situation particulière doit pouvoir être appréhendée (*subsumiert*, subsumée) par une des normes appartenant à l'ordonnancement juridique dont la pureté cristalline épargne toute incertitude quant à la nature et à l'étendue des droits et devoirs respectifs des parties. Énoncé en ces termes, le modèle frise la caricature, mais on ne saurait assez le répéter, ce sont toujours les autres qui parlent.

Durant l'âge d'or de la certitude du droit, celle-ci est faite de logique et, l'on peut ajouter, d'une logique binaire dominée par le principe de non-contradiction et du tiers-exclu. Le juge choisit entre le blanc et le noir, le oui et le non, sur le modèle du récit de la Genèse où Dieu a séparé les eaux de la terre ferme, divisé le temps entre le jour et la nuit, créé l'homme et la femme. On en trouve une expression nostalgique dans une opinion convergente du juge Clarence Thomas[4]. Le schéma binaire de l'outil informatique est, lui aussi, une nouvelle émergence du modèle ancestral.

Si contestable que puisse paraître l'utilisation de catégories trop appuyées, les conquêtes foudroyantes de la science au XIXe siècle et le positivisme juridique vont de pair.

---

4 À propos d'un problème qui ne méritait sans doute pas une telle envolée (il s'agissait de la répartition des compétences entre les juridictions fédérales et celle des États à propos d'un accident survenu dans une voie navigable), le juge Clarence Thomas écrit qu'il existe une règle déterminant la compétence : «*almost as clear as the 9th and 10th verses of Genesis : — And God said, let the waters under heaven be gathered together unto one place, and let the dry land appear : and it was so. And God called the dry land Earth; and the gathering together of the waters called he Seas : and God saw that it was good. — The Holy Bible*, Genesis 1 : 9-10 (King James version) : *Grubart* v. *Great Lakes Dredge and Dock Cy*, 130 L Ed 2d 1024, 1045 (1995).

À l'âge d'or de la certitude a succédé l'ère du soupçon ou, si l'on préfère, de l'incertitude. Le droit n'y a pas échappé et il a, l'un des premiers, abordé l'époque postmoderne, qui désigne, précisément, la fin des illusions. De ce côté-ci de l'Atlantique, c'est un article du Juge Oliver Wendell Holmes, Jr., qui a amorcé un renversement de tendance. La définition qu'il y donne du droit est relativiste et elle fait la place belle aux juges :

> *The object of our study, then, is prediction, the prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the courts.*[5]

Il y revient plus loin :

> *The prophecies of what the courts will do in fact and nothing more pretentious, are what I mean by the law.*[6]

L'Europe continentale n'est pas en reste, une pléiade de jeunes juristes menant le combat contre les Pandectistes et la jurisprudence conceptuelle. Les plus notables sont Eugen Ehrlich, qui enseigne à cette époque à Cernowitz (aujourd'hui Tchernovtsy) en Bucovine, province orientale de l'Empire austro-hongrois, et Hermann Kantorowicz. Les titres de leurs écrits sont significatifs. Du premier paraît, en 1903, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*[7]. Le second publie quelques années plus tard, sous le pseudonyme de Gnaeus Flavius, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*[8]. Face aux

---

5 O.W. HOLMES, «The Path of the Law», (1897) 10 *Harvard L.R.* 457.

6 *Id.* 461. Douze ans plus tard, rédigeant l'opinion de la Cour suprême dans *American Banana Cy* v. *United Fruit Cy,* il paraphrase un passage de l'article cité à la note précédente : *Law is a statement of the circumstances in which the public force will be brought to bear upon men through the courts. But the word commonly is conferred to such prophecies as threats ...* : 213 US 347, 356 et 357 (1909).

7 Leipzig, Verlag von C.L. Hirschfeld (1903). Les autres principaux ouvrages d'EHRLICH sont : *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1. Aufl. 1913) et *Die juristische Logik* (1. Aufl. 1918). Le doyen Roscoe POUND, qui connaissait bien la doctrine européenne, principalement allemande, a publié à l'occasion de la mort d'Ehrlich, le 1er avril 1922, «An Appreciation of Eugen Ehrlich», suivie de la traduction anglaise d'un texte du défunt «The Sociology of Law», (1922) 36 *Harvard L.R.* 129.

8 Heidelberg, Carl Winter's Universitätsbuchhandlung, 1906. Avant d'être contraint à l'exil, Kantorowicz avait fait une application intéressante et peu

contradictions et aux lacunes qu'ils relèvent dans le système juridique, ils prônent sous le nom d'«École du droit libre» (*Freirechtslehre*) une méthode qui libère le juge du carcan – sans doute plus imaginaire que réel – du droit écrit, du droit posé, dans lesquels le juge trouverait une solution prédéterminée, selon l'image que propose beaucoup plus tard Josef Esser :

> *L'interprétation judiciaire reçoit la forme mythique de l'éveil d'un sens sommeillant dans le texte à la manière de la Belle au bois dormant, sens qui serait donné depuis toujours.*[9]

La force obligatoire du droit écrit est, toutefois, plus apparente que réelle. Les juges n'avaient pas attendu ni Holmes ni Ehrlich ni Kantorowicz pour se libérer, quand il était nécessaire, de la pesanteur législative, mais selon une méthode qui caractérise la fonction même de juger, ils le faisaient sans le dire, ou plus exactement ils faisaient le contraire de ce qu'ils déclaraient faire[10].

---

connue de la *Freirechtslehre* dans une consultation rédigée à la demande du ministre des Affaires étrangères de la République de Weimar et dans laquelle il concluait à la responsabilité majeure des Empires centraux dans le déclenchement de la Première Guerre mondiale. Le texte n'en fut divulgué qu'à titre posthume : *Gutachten zur Kriegsschuldfrage 1914*, Aus dem Nachlass herausgegeben und eingeleitet von Emmanuel Geiss, Frankfurt/M. Europäische Verlagsanstalt, 1967. En 1934, Kantorowicz participe à un séminaire de K.N. Llewellyn où il établit une comparaison entre la *Freirechtslehre* et le mouvement réaliste : «Some Rationalism about Realism», (1934) 43 *Yale L.J.* 1240.

9 Josef ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 3. unver. Auflage, Tübingen, J.C.B. Mohr [Paul Siebeck] 1974, p. 175. Le passage est difficile à traduire. L'original est : *oder in mystischer Weise als Entdeckung eines im Text dornröschengleich «schlummenden», aber von je mitgegebenen Sinnes... Dornröschen* est dans les contes de Grimm l'héroïne endormie qui correspond à la Belle au bois dormant de Perrault.

10 Kantorowicz le remarque lui-même à propos de la Cour de cassation de France (*der nach seiner regelmässig gepredigten, aber ebenso regelmässig unbefolgt gelassenen Auffassung*) : «Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre», Mannheim, Bennsteiner, 1925, reproduit dans *Rechtswissenschaft und Soziologie*, Karlsruhe, Verlag C.F. Müller, 1962, p. 63.

B. Le courant réaliste américain

Aux États-Unis, le juge Holmes ouvrit la voie à ce qui devint une forme d'école qualifiée de réaliste bien qu'elle eût constitué un groupe plutôt disparate de personnalités indépendantes[11]. Il est symptomatique que la common law et la doctrine des précédents avaient suscité une frustration au moins égale à celle qui s'était manifestée dans les pays de droit écrit et, même, de codification. Non moins significative apparaît l'époque à laquelle la *Freirechtslehre* se manifeste en Allemagne, elle coïncide avec l'entrée en vigueur, le 1er janvier 1900, du BGB, oeuvre combien plus dogmatique et sûre d'elle-même que la codification napoléonienne à laquelle avaient contribué des survivants de l'Ancien Régime[12], praticiens peu imbus de théorie.

---

11 Sur les désaccords entre les différents auteurs qualifiés de réalistes, voir l'un d'entre eux, Jérome FRANK, «Mr Justice Holmes and Non-Euclidian Legal Thinking», (1932) 17 *Cornell L.Q.* 568, 586. Comparer Roscoe POUND, 1931, pp. 697-703; Lon L. FULLER, «American Legal Realism», (1934) 82 *Univ. of Pennsylvania L.R.* 429, 430. Dans le même article Fuller cite une série d'auteurs européens qu'il qualifie de réalistes et où l'on trouve pêle-mêle Jhering, Geny, Duguit, Ehrlich, Wurzel, Bozi, Sternberg, Kantorowicz et Radbruch (438). Voir encore : Anthony D'AMATO, «The Limits of Legal Realism», (1978) 87 *Yale L.J.* 468; Joseph William SINGER, «Legal Realism Now», (1988) 76 *California L.R.* 467; Laura KALMAN, *Legal Realism at Yale, 1927-1960*, Chapel Hill and London, The Univ. of North Carolina Press, 1986; Gary J. AICHELE, *Legal Realism and Twentieth-Century American Jurisprudence. The Changing Consensus*, New York and London, Garland Publ. Inc. 1990.

12 Le BGB a été, dès son entrée en vigueur, une des cibles préférées de la *Freirechtslehre*. Voir par exemple : EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts, op. cit.*, note 7, pp. 410 et 411; *Die juristische Logik, op. cit.*, note 7, pp. 165-179. La critique est double. La codification entérine le droit du passé au lieu d'ouvrir les voies de l'avenir et même du présent et il induit le praticien à une méthode d'interprétation conceptuelle (*Begriffsjurisprudenz*). Voir aussi : Ernst FUCHS, *Was will die Freirechtsschule* ? Im Greifenverlag zu Rudolfsstadt, Thür, 1929, pp. 11-17. Le BGB fut, dès sa publication, l'objet de critiques doctrinales aussi prestigieuses que celle de Gierke : Erik WOLF, Introduction à Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie* 1914, 1922, 1932, 1952, 7e Aufl. nach dem Tode des Verfassers besorgt und biographisch eingeleitet von Dr. Dr. Erik Wolf, Stuttgart, K.F. Koehler, 1970, pp. 22-23. Il est significatif que la réédition soit dédiée à Kantorowicz. Radbruch lui-même s'était joint à la critique du BGB : *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 12. durchgearbeitete Auflage nach dem Tode des Verfassers besorgt von Konrad Zweigert, 1969, pp. 101 et 102.

Le legs des Réalistes américains a été pieusement recueilli par le mouvement des *Critical Legal Studies*[13]. L'indétermination – ou l'incertitude – du droit est l'un des fondements de leur doctrine, mais ils s'écartent sans doutes des Réalistes par la moindre confiance qu'ils font au juge pour dissiper pareille incertitude. Ici apparaît aussi l'ambiguïté de la notion d'indétermination. S'il s'agit, en effet, d'appliquer une règle de droit – ou, le cas échéant, un standard – à une situation particulière, seul le juge est à même de le faire, et la question se ramène alors au choix de la méthode appropriée. Selon la *Begriffsjurisprudenz*, l'opération se réduirait à une subsomption purement logique. Mais cela suppose aussi que le sens de la norme soit lui-même certain et ainsi le problème de la certitude du droit s'identifie avec une question d'interprétation.

Deux arguments peuvent être avancés à l'appui des méthodes nouvelles. Le premier a pour objet le caractère inéluctable de l'interprétation contextuelle. Aucun concept n'a de sens que référé à un contexte déterminé. En d'autres termes, la signification de la loi, du standard, du précédent ne va se laisser déceler que dans le contexte qui en fixe les contours.

---

13 Roberto Mangabeira UNGER, *The Critical Legal Studies Movement,* Harvard University Press, 1983; *What should Legal Analysis Become* ?, London-New York, Verso, 1996; Mark TUSHNET, «Critical Legal Studies and Constitutional Law : An Essay in Deconstruction», (1984) 36 *Stanford L.R.* 623; «Critical Legal Studies : A Political History», (1991) 100 *The Yale L.J.* 1515; Joseph William SINGER, «The Player and the Cards : Nihilism and Legal Theory», (1984) 94 *The Yale L.J.* 1. Parmi les nombreux auteurs critiques du mouvement : Joan C. WILLIAM, «Critical legal Studies : The Death of Transcendance and the Rise of the New Langdells», (1987) 62 *New York Univ. L.R.* 426; David R. DOW «Gödel und LANGDELL — A reply to Brown and Greenberg's Use of Mathematics in Legal Theory», (1993) 44 *Hastings L.J.* 707, 709-710; Andrew ALTMAN, *Critical Legal Studies, A liberal critique,* Princeton University Press, 1990.

La critique du racisme et du sexisme a suscité des mouvements parallèles qui s'écartent sur certains points du mouvement principal. Voir : Kimberle William CRENSHAW, «Race, Reform and Retrenchment : Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Laws», (1988) 101 *Harvard L.R.* 1331; Eric K. YAMAMOTO, «Critical Race Praxis : Race Theory and Political Lawyering Practice in Post-Civil Rights America», (1997) 95 *Michigan L.R.* 821; Derek P. JINKS, «Essays in Refusal : Pre-Theoretical Commitments in Postmodern Anthropology and Critical Race Theory», (1997) 107 *The Yale L.J.* 499. Sur les «*fem-crits*», voir les références dans TUSHNET, «Critical Legal Studies and Constitutional Law», *loc. cit.*, note 13, 1517, note 10.

Comme tout autre phénomène de langage, le droit n'est ni absolument certain ni radicalement incertain, il n'acquiert une certitude (relative) que dans le contexte où il s'insère. Or, cette opération est l'oeuvre du juge, ce qui conduit au second argument; il n'y a pas d'interprétation affranchie de l'application[14], et les circonstances dans lesquelles une situation particulière s'offre au juge aident celui-ci à choisir et à interpréter le droit qui y est applicable.

Les données du cas d'espèce révèlent ainsi les conflits de normes que le juge est seul en mesure de trancher. Les règles protectrices des droits fondamentaux, telles qu'elles sont inscrites dans une constitution écrite ou dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, sont énoncées en termes généraux et elles couvrent des domaines qui se recouvrent partiellement. Stanley Fish a écrit, il y a quelques années : «*There's no such thing as free speech and it's a good thing, too...*»[15]. Le juge de la constitutionnalité n'appréhende la liberté d'expression que par les exceptions qui y sont apportées et dont il doit décider si elles sont tolérables ou non. Les conflits entre la liberté d'expression et la protection de l'honneur et de la vie privée sont bien connus, mais on peut aussi évoquer le conflit entre cette liberté et la liberté d'association[16] ou le conflit entre la liberté d'expression et le droit de propriété. Le propriétaire d'un lieu ouvert au public, telles la société qui gère le bâtiment d'accès à un aéroport[17], celle qui a construit une ville[18], gère un espace commercial dont les voies d'accès ne se laissent pas distinguer d'une rue ouverte

---

14 Voir notamment Hans-Georg GADAMER, *Wahrheit und Methode, Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, 1. Aufl. 1960; 6. Aufl. durchgesehen, J.C.B. Mohr [Paul Siebeck], Tübingen, 1990, pp. 314-316, p. 331 : *Verstehen ist hier immer schon Anwenden* (p. 314); Bernard S. JACKSON, *Semiotics and Legal Theory*, London, Routledge and Kegan Paul, 1985, p. 220, p. 228.

15 Oxford University Press, 1994.

16 *Hurley* v. *Irish — American Gay Group*, 132 L Ed 2d 487 (1995).

17 *International Society for Krishna Consciousness* v. *Lee*, 505 US 672 (1992). Mais comparer *Board of Airport Commissioners of the City of Los Angeles* v. *Jews for Jesus, Inc.*, 482 US 569 (1987).

18 *Marsh* v. *Alabama*, 326 US 501 (1946).

aux piétons[19], peut-il interdire ou réglementer la diffusion de dépliants publicitaires ou les sollicitations adressées au public[20]? Alors que dans *Krishna*, la liberté d'expression était renforcée par la liberté religieuse, dans une autre affaire jugée la même année, la Cour suprême des États-Unis a décidé que l'interdiction de diffuser une information sur le parking d'une entreprise attenant au bâtiment principal pouvait s'étendre aux informations données aux travailleurs par une organisation syndicale[21].

Aucun législateur ne saurait, à l'avance, déterminer les réponses à de telles questions. Seul le juge est à même de le faire et, après qu'il s'est prononcé sur un cas d'espèce déterminé, toute incertitude n'est pas levée à l'égard d'hypothèses futures différentes.

Si éloignée qu'elle puisse paraître d'un système juridique codifié ou législatif, la culture du précédent ne suscite pas des problèmes radicalement différents. Au même titre que les lois, les précédents sont multiples, il faut choisir le plus pertinent ou concilier ceux qui envoient des messages contradictoires. Il faut, dans les deux cas, en interpréter le contenu. La différence la plus notable a pour objet la liberté de certains juges d'écarter (*overrule*) un précédent qui a cessé de

---

19 *Lloyd Corporation, Ltd.* v. *Tanner*, 407 US 551 (1972).

20 Les solutions sont diverses, généralement favorables au droit de propriété. Dans la première affaire citée à la note 17, la Cour a été divisée, certains juges estimant que la sollicitation des voyageurs pouvait être interdite, mais non la distribution silencieuse de brochures, d'autres affirmant que seule l'une et l'autre pouvaient être interdites, un troisième groupe considérant que les deux interdictions étaient incompatibles avec le premier amendement. Comparer *International Society for Krishna Consciousness* v. *Lee*, 505 US 672 (1992) à *Lee* v. *International Society for Krishna Consciousness*, 505 US 830 (1992) (*per curiam*). Voir notamment : Kathleen M. SULLIVAN, «The Justices of Rules and Standards», (1992) 106 *Harvard L.R.* 22, 105 et 106; Frank J. MICHELMAN, «Liberties, Fair Values and Constitutional Method», (1992) 59 *The Univ. of Chicago L.R.* 91, 104; Richard A. EPSTEIN, «Property, Speech, and the Politics of Distrust», (1992) 59 *The Univ. of Chicago L.R.* 41, 45-59.

21 *Lechmere* v. *National Labor Relations Board*, 117 L Ed. 2d 79 (1992). Dans cette affaire, bien que la liberté d'expression fût renforcée d'une disposition du *National Labor Relation Act* (29 USCS § 158(a)(1)), la Cour a donné la prépondérance au droit de propriété.

paraître satisfaisant, encore que les tenants les plus radicaux de la *Freirechtslehre* n'hésitent pas à encourager le juge à prendre des libertés avec la loi elle-même.

II. L'arbitrage du juge

A. Le conflit de normes

La théorie du droit s'est, de longue date, intéressée au problème des lacunes. Il s'agit, toutefois, d'un faux problème. Il n'existe que durant une phase éphémère de l'élaboration du dispositif juridique : au terme de celle-ci, il appartient au juge de se prononcer. À cela s'ajoute que la lacune n'est souvent qu'apparente, avancée par un plaideur astucieux ou issue d'une connaissance insuffisante des sources. À la lacune, présentée comme un conflit négatif, paraît s'opposer le conflit positif : la situation est appréhendée par de multiples sources de droit. La dogmatique traditionnelle a construit une série de règles ou de «canons» : principe de hiérarchie (la norme constitutionnelle prime une loi ordinaire, le droit fédéral brise le droit de l'État, *Bundesrecht bricht Landesrecht*), *Specialia generalibus derogant, Lex posterior* ... Il s'agit, cependant de sécurités illusoires, traversées par d'autres canons d'interprétation. On ne peut présumer que le législateur ordinaire ait voulu transgresser un précepte constitutionnel ou une norme internationale. Aux deux normes dont le conflit n'est qu'apparemment régi par le principe de hiérarchie, le juge va donner une interprétation accommodante, mais l'assouplissement ne vaut pas moins pour la norme de rang supérieur que pour celle qui y est constitutionnellement subordonnée.

La jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis à propos du premier amendement est la plus significative à cet égard. En dépit des termes catégoriques de la première phrase du premier amendement (*Congress shall make no law* [...] *abridging the freedom of speech, or of the press*...), la Cour suprême n'a pas hésité à assortir la règle d'une quantité d'exceptions[22] et de modaliser celles-ci selon la nature du

22 Dans l'opinion concurrente du juge Frankfurter sous *Dennis* v. *United States*, 341 US 494, 517 et suiv. (1951), on trouve la liste de six séries d'hypothèses qui, à cette époque, faisaient apparaître un conflit entre la liberté d'expression et des intérêts concurrents. Dans *Dennis*, la Cour suprême a refusé de déclarer

discours protégé[23] ou le moyen de communication utilisé[24]. De la même manière, à propos de la liberté de l'art et de la science qui, selon les termes de l'article 5 de la Loi fondamentale allemande est, à la différence de la liberté d'expression, soustraite à toute restriction ou immixtion législatives, le Tribunal constitutionnel fédéral a décidé que la liberté de l'art est garantie «sans réserve» (*vorbehaltlos*) mais «non sans limites» (*nicht schrankenlos*)[25]. L'art d'accommoder la constitution fut porté à son suprême degré durant la Seconde Guerre mondiale quand les Américains de lignée (*ancestry*) japonaise furent déplacés de la côte du Pacifique où ils résidaient régulièrement et transférés dans des camps de concentration (*relocation camps*). La Cour suprême a justifié de telles mesures par les nécessités de la guerre bien que, selon

---

inconstitutionnelle la condamnation pénale de dirigeants du parti communiste accusés de promouvoir par leur propagande un changement violent de gouvernement. L'opinion de la Cour dans *Dennis* n'est pas inattentive à l'incertitude des critères : «*We agree that the standard as defined is not a neat, mathematical formulary. Like all verbalizations it is subject to criticism on the score of its indefiniteness*». La jurisprudence récente révèle des cas beaucoup plus complexes : *Rust* v. *Sullivan*, 111 S Ct 1759 (1991); *R.A.V.* v. *City of St Paul*, 112 S Ct 2538 (1992); *Forsyth County* v. *Nationalist Movement*, 112 S Ct 2395 (1992); *Waters* v. *Churchill*, 114 S Ct 1878 (1994); *United States* v. *National Treasury Employees Union*, 130 L Ed 2d 964 (1995); *Arkansas Educational Television Commission* v. *Forbes*, 118 S Ct 1633 (1998).

23 La jurisprudence a tracé une échelle graduée allant de la discussion de questions d'intérêt général (qui contribue davantage à la formation de l'opinion publique), à la défense d'intérêts économiques ou professionnels, à la publicité commerciale, aux publications de divertissement, à celles qui sont indécentes sans franchir la barrière impermissible de l'obscénité. Mais qui établira la différence entre la «simple» indécence et l'obscénité ?

24 Le langage gestuel (*symbolic speech*) est protégé. Il inclut les démontrations, la formation de piquets de grève (*picketing*), etc. Les films de cinéma (*motion pictures*) sont protégés au même titre que les écrits : *Kingsley Int'l Pictures* v. *Regents of New York University*, 360 US 684 (1959). L'exemple le plus notable de *symbolic speech* a pour objet la destruction publique du drapeau national (*flag-burning* ou *flag-desecrating*) : *Texas* v. *Johnson* 491 US 397 (1989); *United States* v. *Eichman*, 496 US 310 (1990). Mais le premier arrêt place ce type d'expression dans une catégorie moins bien protégée que le langage écrit ou parlé : «*The government has a freer hand in restricting expressive conduct than it has in restricting the written or spoken word*» (406). Voir : *Kent GREENAWALT*, «O'er the Land of the Free : Flag Burning as Speech», (1990) 37 *U.C.L.A. L.R.* 925.

25 BVerfG 15 juillet 1987, *Anachronischer Zug* 1987, *NJW* 1988, 328.

l'opinion dissidente du juge Murphy, elles fussent critiquables pour deux motifs au moins : l'utilisation de «profils», tous les Américains de lignée japonaise étant présumés suspects, et la discrimination raciale dont ils furent victimes, les Américains d'origine allemande ou d'origine italienne ayant, durant la même période, été soumis à un contrôle sélectif limité à ceux dont la loyauté paraissait douteuse[26].

B. Les choix successifs de la jurisprudence civile

Non moins que la jurisprudence constitutionnelle, l'application des lois civiles donne matière à des choix successifs des cours et tribunaux. Quand la victime d'un accident mortel imputable à un tiers vivait en concubinage, la jurisprudence française a d'abord hésité à mettre à charge de l'auteur responsable l'obligation de réparer le préjudice causé à la survivante. Il fallait admettre que l'application de l'article 1382 du Code civil n'était pas limitée à la lésion d'un droit mais qu'elle s'étendait à l'atteinte portée à un simple intérêt, à condition que celui-ci fût juridiquement protégé. Or l'objection dirigée contre l'action de la concubine était le caractère immoral et, partant, illicite, des rapports sexuels en dehors du mariage. En France, l'objection fut définitivement levée en 1970 par un arrêt de la Chambre mixte de la Cour de cassation[27]. Encore ne s'agissait-il que d'un concubinage simple. À quoi pouvait prétendre la femme qui, étant engagée dans les liens d'un mariage, demandait réparation pour le décès d'un autre homme avec lequel elle s'était mise en ménage? La concubine adultère aurait-elle les mêmes droits que la concubine simple? La transgression permanente et délibérée des devoirs de fidélité et de cohabitation ne rendrait-elle pas illégitime l'intérêt dont la demanderesse se prévalait? La motivation des deux premiers arrêts de la chambre criminelle qui accueillent l'action de la concubine adultère est prudente et paraît dépendre des particularités du cas d'espèce. En 1972, un arrêt de rejet concède que le caractère illicite du concubinage dans lequel est engagée une handicapée physique abandonnée par son mari

---

26 *Korematsu* v. *United States*, 323 US 214 (1944). Outre l'opinion dissidente du juge Murphy sous cet arrêt (241), voir aussi son opinion concurrente dans *Ex parte Mitsuge Endo*, 323 US 283 (1944).

27 Cass. (Ch. mixte), 27 février 1970, *Veuve Gaudras* c. *Dangereux*, D.S., 1970, 201.

depuis 36 ans «n'est pas certain»[28]. L'année suivante la même chambre casse un arrêt de la cour d'appel de Bordeaux qui a refusé le droit d'action à une concubine séparée de son mari en 1937, au moment de la guerre civile espagnole, et qui n'en a plus reçu de nouvelles depuis : l'existence du conjoint étant devenue «incertaine», la «base légale» de la décision disparaît[29]. On notera comment dans les deux cas le regard d'incertitude jeté par le juge sur le fait conduit à une nouvelle certitude du droit. Ce n'est qu'en 1975 que la Chambre criminelle renonce à pareil subterfuge en adoptant une motivation juridique péremptoire. L'arrêt d'appel qui refuse le droit d'action parce que l'adultère est réprimé par le Code pénal est cassé : il s'agit, en effet, d'un délit dont la poursuite est subordonnée à la plainte de l'époux offensé et dont l'auteur de l'homicide involontaire est d'autant moins fondé à se prévaloir qu'il s'agit «d'un état de fait touchant à la vie privée de la partie adverse»[30]. Mais on notera aussi la connivence entre le juge et le législateur : moins d'un mois plus tard, la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce supprime l'adultère comme cause spécifique de divorce et abolit la répression pénale qui y était attachée.

On a parfois rapproché la concubine adultère de la victime en situation irrégulière. Le soldat qui a fait le mur de la caserne, le prisonnier en cavale sont blessés par un chauffeur en état d'ivresse qui les a renversés sur un trottoir. Celui qui conduit une voiture sans permis, mais n'a commis aucune autre faute, celui qui au temps des *Sunday laws* de certains États américains, chassait, ou, en dehors de circonstances exceptionnelles, voyageait le dimanche, sont victimes d'un accident qui ne serait pas survenu s'ils n'avaient pas eux-mêmes transgressé une obligation légale ou réglementaire. Toutefois, ce que demande la victime en situation irrégulière est d'être traitée comme ceux qui respectent la loi, sans que l'auteur du fait dommageable soit autorisé à se prévaloir d'un fait qui, tout en jouant un rôle déterminant dans un modèle mécaniciste du rapport de causalité, laisse intacte la responsabilité morale de l'auteur du fait dommageable. À la différence de la victime en

28 Cass. (Crim.), 20 avril 1972, *Gauthier*, J.C.P., II, 17278.

29 Cass. (Crim.), 14 juin 1973, *Dame Sans*, D.S., 1973, 585.

30 Cass. (Crim.), 19 juin 1975, *Dame Toros* c. *Bérigaud*, D.S., 1975, 679, note André Tunc.

situation irrégulière, la concubine adultère se prévaut du fait même que d'aucuns tiennent pour illégitime. Loin de gommer ce fait elle entend obtenir qu'il figure parmi les éléments, qu'il soit même l'élément central de la relation causale prévue par l'article 1382 du Code civil.

C. Argument d'analogie et évaluation des précédents

L'évolution de la jurisprudence française sur le droit d'action de la concubine illustre à la fois le caractère relatif de la notion de cas difficile (*hard case*) et l'évaluation des précédents. Tant qu'aucun arrêt de la Cour de cassation n'a statué sur une telle action introduite par une concubine simple, la demande peut être rangée parmi les cas difficiles. La situation change après un tel arrêt mais la catégorie des cas difficiles accueille alors la demande de la concubine adultère. Cette situation peut être réglée par une solution d'espèce limitée aux circonstances particulières d'un adultère dont le caractère illicite ou la réalité ne sont pas certains, ou, ce qui implique un pas de plus, par une décision définitivement favorable à toutes les concubines adultères. Le développement de l'assurance de la responsabilité civile a, certes, favorisé pareille extension des obligations mises à charge de l'auteur d'un fait dommageable. Si celui-ci devait s'acquitter sur ses propres biens, on pourrait concevoir un conflit entre la faute, supposons-le légère, d'un homme marié et devant subvenir à l'entretien d'une famille nombreuse et l'intérêt de la victime de cette faute à laquelle il devrait garantir une pension de survie.

Quant à la doctrine du précédent, elle n'épargne pas au juge le devoir de lever lui-même les incertitudes du droit. Il s'agit d'une variété de l'argument d'analogie, mais il est bien connu que celui-ci implique une comparaison dont l'issue n'est pas certaine : entre l'hypothèse explicitement réglée par la loi et le cas déjà jugé ou celui qui l'est actuellement, les similitudes l'emportent-elles sur les différences? La concubine adultère peut-elle être assimilée à une concubine simple? Et la question qui se pose aujourd'hui avec une acuité particulière en France est la suivante : la vie commune de personnes de même sexe équivaut-elle au concubinage protégé par la loi ou de nature à s'inscrire dans la suite des précédents? Un arrêt récent de la troisième chambre civile de la Cour de cassation de France a donné à cette question une réponse négative pour l'interpré-

tation de l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989, qui dispose que «lors du décès du locataire, le contrat de location est transféré (...) au concubin notoire (...) qui vivait avec lui depuis au moins un an à la date du décès».

Pour rejeter le pourvoi, la Cour de cassation se borne à énoncer :

> *Qu'ayant retenu, à bon droit, que le concubinage ne pouvait résulter que d'une relation stable et continue ayant l'apparence du mariage, entre un homme et une femme, la cour d'appel n'a ni violé l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ni l'article 8, alinéa 1er, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.*[31]

Pour l'interprétation d'une disposition particulière de la loi, la Cour de cassation a donc écarté l'argument d'analogie et il est possible qu'elle ferait de même s'il elle était invitée à étendre sa jurisprudence sur le droit d'action de la concubine à un partenaire de même sexe. Toutefois, certains juges du fond ont appliqué l'article 1382 du Code civil au partenaire du même sexe de la victime d'un accident[32].

L'arrêt du 17 décembre 1997 invite aussi à s'interroger sur la fonction du juge pour définir les termes non définis par le législateur lui-même. Les rédacteurs de la loi du 6 juillet 1989 auraient pu dire ce qu'ils entendaient par «concubin notoire»[33]

---

31 Cass. (3e civ.), 17 décembre 1997, D., 1998, J. 111, avec les conclusions contraires de l'avocat général Weber, note Jean-Luc Aubert. Voir Bernard BEIGNIER, «À propos du concubinage homosexuel», D. 1998, chronique, 215.

32 Voir par exemple trib. gr. inst. Belfort, 25 juillet 1995, J.C.P. 1996 II n° 22724, note C. Paulin, et les commentaires de MÉCARY et G. de la PRADELLE, *Les droits des homosexuelles*, coll. «Que sais-je?», 2e éd., Paris, P.U.F., 1998, p. 939 et suiv.; Flora LEROY-FORGEOT, *Histoire juridique de l'homosexualité en Europe*, Paris, P.U.F., 1997, p. 120; *Droit de la Famille* (sous la direction de Jacqueline Rubellin-Devichi (Dalloz Action, 1999), n° 1061 et 1062.

33 Les travaux préparatoires révèlent des tentatives à cette fin mais elles ne purent aboutir. Voir sur ce point les conclusions précitées de l'avocat général Weber.

et préciser si cette qualité était limitée à une relation «ayant l'apparence du mariage, entre un homme et une femme». En conférant, en ces termes, une interprétation limitative à la volonté du législateur, la Cour de cassation paraît prendre appui sur une conception surdéterminée du droit positif, qu'elle se réfère à la «morale civile» ou à l'idée de nature[34].

La tendance actuellement dominante à la Cour de cassation ainsi que dans une large part de la doctrine française et qu'il est permis de qualifier d'homophobe n'est pas indemne du soupçon d'incohérence. En quoi la concubine adultère mérite-t-elle un sort meilleur que les partenaires d'un couple de deux personnes de même sexe auxquelles la loi qui leur interdit le mariage n'offre d'autre modèle de vie commune que le concubinage? Et l'on rappellera à cet égard le grief d'incohérence dirigé contre la Cour suprême des États-Unis selon laquelle la doctrine de la *privacy* garantit le droit de la femme à obtenir, sous certaines conditions, une interruption médicale de grossesse alors qu'elle ne protège pas contre les visites domiciliaires et la menace d'une sanction pénale les cohabitants de même sexe[35] .

Le conflit de normes de même rang a déjà été mis en parallèle avec un conflit négatif souvent qualifié de lacune. Mais le conflit positif dissimule lui aussi une lacune. La technique consistant à tenir en équilibre les deux intérêts en concours (*balancing of interests test*, *Interessenabwägung*) est un faux-semblant. Pour arbitrer le cas, le juge doit nécessairement faire prévaloir sur l'autre l'intérêt qui pèse le plus lourd. Le plus souvent, toutefois, il élimine le conflit de normes par énoncé d'une troisième norme, proprement nouvelle, produit de l'ingéniosité judiciaire. *Roe* v. *Wade* en procure l'illustration la plus convaincante. Pour concilier la

---

34 Comparer sur ce point François GAUDU, «À propos du "contrat d'action civile" : critique d'un profane» D., 1998, Chr. 19, 19; J.L. Aubert, note sous Cass. 17 décembre 1997, D., 1998, Jur. 115; Ph. MALAURIE, «Couple, procréation et parenté», D., 1998, Chr. 127.

35 Comparaison entre *Roe* v. *Wade*, 410 US 113 (1973) et *Bowers* v. *Hardwick*, 104 S Ct 1949 (1984). Les commentaires de *Bowers* qui font une comparaison avec *Roe* sont trop nombreux pour être reproduits ici. Alors que l'intérêt de l'enfant conçu et l'intérêt de l'État à protéger la vie en gestation cèdent devant la liberté de la femme enceinte, la relation de deux adultes consentants se déroule dans une sphère strictement privée et ne porte atteinte à personne.

liberté de la femme enceinte, rattachée un peu arbitrairement à la doctrine de la *privacy*, et la somme d'intérêts divers que l'État peut faire valoir, la Cour suprême a enfermé la liberté de la femme dans des limites précises : l'interruption médicale de grossesse ne peut intervenir que dans les trois premiers mois de la conception et elle doit être pratiquée en milieu hospitalier par un médecin. Ainsi, le juge de la constitutionnalité n'est pas seulement «un législateur négatif», selon la formule de Kelsen[36], il se voit contraint d'élaborer une règle inédite.

D. La division des juges

Non seulement le conflit de lois, le conflit de normes exigent un arbitrage permanent des juges mais la logique du conflit se poursuit jusqu'au sein de la fonction judiciaire. Même dans un pays comme la France où l'absence d'opinions séparées ou d'opinions dissidentes donne aux décisions judiciaires un vernis d'unanimité, il est possible d'observer de telles divergences. L'action de la concubine en fournit un exemple puisqu'elle a opposé la Chambre criminelle à la Chambre civile de la Cour de cassation, l'arrêt de la Chambre mixte de 1970 ayant fait triompher la position plus libérale de la première. Il n'est, dès lors, pas exclu que si la Chambre criminelle venait à être saisie de l'action civile du partenaire de même sexe de la victime d'un homicide, elle serait plus accueillante à l'argument d'analogie que ne l'a été une Chambre civile en 1997. Dans l'affaire tranchée par ce dernier arrêt, l'avocat général Weber avait conclu en sens contraire, en invitant la Cour à «interpréter les textes en fonction de l'évolution de la société à laquelle ils s'appliquent». Pour encourager la Cour à ce faire, il avait relevé que la formation saisie était la Chambre spécialisée des baux d'habitation dont la décision n'aurait pas la même force de précédent qu'un arrêt de l'Assemblée plénière. La doctrine de l'acte clair n'a pas non plus fait l'unanimité (*infra, note* 40).

À la Cour européenne des droits de l'homme, où la diversité des motivations peut se faire jour, il existe des décisions dont le dispositif n'est obtenu que par une majorité boiteuse. Un arrêt du 25 mai 1993 était relatif à l'accusation,

---

36 Hans KELSEN, «La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)», (1928) 35 *Revue du droit public et de la science politique* 197, 226.

dirigée contre la Grèce, de violation des libertés de religion (art. 9) et d'expression (art. 10) garanties par la Convention. Un Témoin de Jéhovah avait subi une condamnation pénale en vertu d'une loi sur la répression du prosélytisme manifestement discriminatoire puisqu'elle n'avait jamais été appliquée qu'à la diffusion de croyances religieuses autres que la religion orthodoxe dominante. Composée de neuf juges, la Cour s'est divisée en trois groupes de trois[37]. Pour le premier la loi est, comme telle et par l'application qui y est donnée, discriminatoire. Trois autres juges estiment au contraire que ni la loi ni la condamnation faisant grief au requérant n'étaient contraires à la Convention. Les trois juges qui énoncent l'opinion de la cour suivent une voie médiane; bien que la loi ne soit pas discriminatoire et qu'elle poursuive une fin légitime, l'application qui en a été faite en l'espèce ne satisfait pas au principe de proportionnalité. Les trois membres du premier groupe se joignent au verdict de condamnation et cette majorité boiteuse n'adresse pas un message clair ni aux États ni aux personnes relevant de leur compétence[38].

À la Cour suprême des États-Unis les opinions composites *(plurality opinions)* sont devenues de plus en plus nombreuses. En voici un exemple récent. La loi fédérale sur les naturalisations (8 USC § 1409 (a)(4)) soumet à des conditions plus rigoureuses l'octroi de la nationalité américaine à l'enfant né à l'étranger des relations entre un Américain et une étrangère qu'à celui dont la mère est américaine. Pareille discrimination entre le père et la mère (mais dont seul l'enfant est victime) est-elle contraire à l'*Equal Protection Clause* du cinquième amendement? Le grief d'inconstitutionnalité a été rejeté par six juges sur neuf[39], mais pour des motifs incompatibles. Le juge Stevens annonce la décision de la Cour et, selon son opinion, à laquelle ne se rallie que le Chief Justice (Rehnquist), la disposition législative critiquée résiste au contrôle le plus strict (*heightened scrutiny*). D'après la juge O'Connor et le juge Kennedy elle ne satisfait pas à ce test, mais bien à celui de la

---

37 Cour européenne des droits de l'homme, *Kokkinakis* c. *Grèce*, *Publ. de la Cour*, Série A, n° 260-A; *Rev. tr. dr. homme*, 1994, p. 137, note F. Rigaux.

38 Comp. Cour européenne des droits de l'homme, 26 septembre 1996, *Rev. tr. dr. homme*, 1997, p. 521, note Gérard Gonzalez.

39 *Miller* v. *Albright*, 118 S Ct 1428 (1998).

rational scrutiny. Enfin, les juges Scalia et Thomas estiment que les conditions auxquelles le Congrès subordonne l'acquisition de la nationalité par les personnes nées à l'étranger sont soustraites à tout contrôle juridictionnel. Les trois juges émettant des opinions dissidentes ne parviennent même pas à y donner une formulation unique, la juge Ginsburg ayant émis une opinion dissidente à laquelle se joignent les juges Souter et Breyer et qui est complétée par l'opinion du juge Breyer, à laquelle se joignent les juges Souter et Ginsburg.

Pour s'en tenir à l'opinion composite qui conduit au rejet de la requête, force est de constater qu'elle s'inscrit en dehors de toute ligne de précédent. L'opinion la plus radicale (celle du juge Scalia) refuse de se prononcer sur la constitutionnalité de la loi. Les deux autres groupes d'opinions s'opposent sur une question qui n'a pas cessé de diviser la jurisprudence américaine : alors que le test le plus rigoureux du contrôle de constitutionnalité s'applique incontestablement aux discriminations raciales et ethniques, il demeure controversé si le même test doit être étendu aux discriminations sexuelles (*gender discriminations*). Bien loin d'y mettre fin l'arrêt nourrit la controverse.

On peut donc conclure cette deuxième partie de l'exposé en observant que les juges sont parfois en défaut d'arbitrer l'incertitude du droit et qu'en affichant leur division, ils contribuent à l'entretenir.

III. Doute méthodique et incertitude

Quand il faut appliquer la constitution, une loi ou un précédent, il y va d'un problème d'interprétation, et l'un des pièges auxquels le juge est exposé, mais auquel il est rarement capable de résister, consiste à séparer à l'aide d'une formule préétablie le bon grain de l'ivraie. Seuls les textes ambigus ont besoin d'être interprétés, la plupart des conflits sont évacués par le doute qui est jeté sur leur réalité. On aura reconnu ici la doctrine française de l'acte clair et la théorie américaine du *constitutional doubt*. En Allemagne aussi la jurisprudence fait le partage entre un texte ou une notion univoque (*eindeutig*) et celle qui est ambiguë (ou plurivoque, *zweideutig*). Voici quelques illustrations de la méthodologie du doute.

A. La notion d'acte clair

La théorie de l'acte clair s'est greffée sur une scission entre l'application et l'interprétation. Selon la tradition française il est des normes que le juge doit appliquer sans pouvoir les interpréter. Tel est le cas, notamment, pour les traités internationaux dont l'interprétation relève en principe du gouvernement auquel il appartient de déterminer l'étendue de ses obligations dans les relations qu'il conduit au nom de la République avec les autres États. Une interprétation erronée ou malencontreuse du juge national pourrait engager la responsabilité internationale de l'État. C'est par la voie d'un référé au ministre des Affaires étrangères que les cours et tribunaux ainsi que les juridictions administratives sollicitent une interprétation qui, au moins dans l'ordre interne, doit être tenue pour authentique. La prolifération des traités internationaux devant être appliqués par les tribunaux a conduit à restreindre la portée de la règle. Cela se fait de diverses manières qu'il serait d'autant plus superflu de développer ici qu'elles illustrent une observation précédemment faite, à savoir la divergence entre les divers organes de l'État[40]. Même dans les cas où le juge serait en principe tenu de solliciter l'interprétation du Gouvernement, il peut s'en abstenir si l'interprétation du texte n'est pas douteuse. Le texte doctrinal dont l'exégèse a soutenu la notion contemporaine d'acte clair (bien qu'il ne contienne pas cette expression) est l'oeuvre du vice-président du Conseil d'État, Laferrière :

> *Cela revient à dire que, pour qu'il y ait question préjudicielle, il faut qu'il y ait une* question, *et qu'elle préjuge en tout ou en partie le jugement du fond. Il faut qu'il y ait une question : c'est-à-dire une difficulté réelle, soulevée par les parties ou spontanément reconnue par le juge, et de nature à faire naître un doute dans un esprit éclairé.*[41]

---

40 Voir notamment Henri BATIFFOL et Paul LAGARDE, *Traité de droit international privé*, 8e éd., t. 1er, Paris, LGDJ, 1993, n° 3 : «Cette question complexe qui oppose depuis longtemps la Cour de cassation et le Conseil d'État, et même les différentes chambres de la Cour de cassation entre elles, est actuellement en cours d'évolution».

41 E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 1er, Paris, Nancy, Berger-Levrault et Cie, 1896, p. 498.

Et de préciser sa pensée à la page suivante :

> *Dans le doute il faut surseoir. S'il hésite, il doit surseoir, car lorsqu'on est embarrassé de dire si une question est ou non douteuse, tout porte à croire qu'elle l'est réellement.*

Le problème du référé en interprétation va rejaillir avec l'entrée en vigueur de l'article 177 du traité CE, qui, en certaines circonstances, impose aux juridictions des États membres, en principe compétentes pour appliquer le droit communautaire, d'adresser à la Cour de justice des Communautés européennes une question préjudicielle d'interprétation. Dans ses conclusions précédant un arrêt du 27 mars 1963, l'avocat général Lagrange paraphrase la doctrine de Laferrière, ce qui n'est guère étonnant puisqu'il était lui-même issu du Conseil d'État. Mais il ajoute au texte de 1896 en évoquant explicitement «la théorie de l'acte clair» :

> *si le texte est parfaitement clair, il n'y a plus lieu à interprétation, mais à application, ce qui ressortit à la compétence du juge chargé précisément d'appliquer la loi. C'est ce qu'on appelle parfois, d'une expression d'ailleurs peu exacte et souvent mal comprise, la théorie de l'acte clair : à vrai dire, il s'agit simplement de la ligne de démarcation entre deux compétences. Bien entendu, comme toujours en pareil cas, il peut y avoir des cas douteux, des cas limites; dans ce doute, évidemment, le juge devrait prononcer le renvoi.*[42]

Bien qu'aucun des deux arrêts de 1963 et de 1964 n'ait dû entériner l'enseignement de son avocat général, des décisions ultérieures paraissent le refléter en ce compris la réticence exprimée à l'égard de la notion d'acte clair. Elle exclut notamment le devoir de poser la question préjudicielle dans l'hypothèse suivante :

---

42 Conclusions de l'avocat-général Lagrange du 13 mars 1963 précédant Cour de justice des Communautés européennes, 27 mars 1963, affaires jointes 28/62, 29/62, 30/62, *Société Da Costa et autres* c. *Administration fiscale néerlandaise*, *Recueil*, 1963, pp. 88 et 89. Voir aussi les conclusions du 25 juin 1964 précédant l'arrêt du 15 juillet 1964, affaire 6/64, *Flaminio Costa* c. *Enel*, *Recueil*, 1964, p. 1172.

> *Enfin, l'application du droit communautaire peut s'imposer avec une évidence telle qu'elle ne laisse aucun doute raisonnable sur la manière de résoudre la question posée. Avant de conclure à l'existence d'une telle situation, la juridiction nationale doit être convaincue que la même évidence s'imposerait également aux juridictions des autres États membres et à la Cour de justice. Ce n'est que si les conditions sont remplies que la juridiction nationale pourra s'abstenir de soumettre la question à la Cour et la résoudre sous sa propre responsabilité.*[43]

En 1964, un an après la position prise par l'avocat général Lagrange devant la Cour de justice des Communautés européennes, la doctrine du Conseil d'État fait retour à son lieu d'origine, précisément à propos de l'application de l'article 177 du traité CE. C'est sans faire référence aux conclusions précitées, mais seulement à Laferrière que Madame Questiaux, commissaire du gouvernement, conclut dans les termes suivants :

> *L'application d'actes clairs au procès ne soulève pas de question préjudicielle.*[44]

Les conclusions de Madame Questiaux et la doctrine de Laferrière sont encore évoquées à propos de la procédure en cassation :

> *Cette référence, faite par Laferrière, à un «esprit éclairé» et impartial, qui est celui du magistrat, est indispensable.*[45]

Le moindre reproche qu'on puisse adresser à la théorie de l'acte clair est qu'elle pèche par imprécision. Le texte de Laferrière qui paraît véritablement la matrice de cette théorie et

---

43 Arrêt du 6 octobre 1982, affaire 238/81, *Srl Cilfit* c. *Ministère de la Santé*, *Recueil*, 1982, p. 3430, par. 16.

44 Conclusions précédant Conseil d'État, 19 juin 1964, *Rev. dr. public*, 1964, 1019, 1029.

45 Jacques BORÉ, «Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes», (1972) 70 *Rev. tr. dr. civil* 245, 265.

auquel se réfère la précédente citation exige l'opération d'un «esprit éclairé, et impartial». Ainsi, la clarté n'est pas une vertu émanant du texte lui-même, elle nécessite le truchement d'un «esprit» éclairé. La circularité du propos ne saurait échapper : seule une lumière d'origine subjective établit la clarté du texte. Les commentateurs qui font l'économie du concept d'acte clair recourent à des raisonnements non moins circulaires : pour que la question préjudicielle doive être posée «il faut qu'il y ait une *question*» (Laferrière) et si la question de la question est elle-même douteuse, il y a matière à question (Laferrière et Lagrange). Ce doute est qualifié par la Cour de justice («aucun doute raisonnable»). À la question de la question paraît faire écho le doute sur le doute. S'il est un cas dans lequel l'indétermination du droit se réfugie sous un langage abscons et lâche, c'est bien celui-là, et la conclusion qui en est tirée est que c'est à «l'esprit éclairé et impartial» du juge qu'il appartient de faire la lumière.

B. La doctrine du «*constitutional doubt*»

À la Cour suprême des États-Unis, la doctrine du *constitutional doubt* contribue à la police du contentieux de constitutionnalité. De même que le doute profite à l'accusé – *In dubio pro reo* – quand l'inconstitutionnalité d'une norme de rang inférieur est douteuse il n'y a pas lieu de l'examiner plus avant. Dans un système où chaque juge a la faculté d'opiner, cette doctrine a pour écueil les divergences d'appréciation des juges : ce qui est douteux pour l'un ne l'est pas pour l'autre. Pareille division des opinions ne renforce-t-elle pas l'idée que le doute est à ce point sérieux que la question de constitutionnalité mérite d'être soumise à un examen approfondi? Car c'est de cela qu'il s'agit : évacuer le débat par une affirmation liminaire qui implique néanmoins une prise de position tranchée sur la question de la question : le grief d'inconstitutionnalité repose-t-il ou non sur une interprétation de la constitution et de la loi excluant tout doute, que celui-ci soit qualifié de sérieux ou de raisonnable.

La doctrine du *constitutional doubt* remonte aux origines de la Cour suprême[46] et elle a fait l'objet de nombreuses

46 Elle a ses racines dans *Murray* v. *The Charming Betsy*, 6 US (2Cranch) 64, 143 (1804).

décisions dont la teneur est loin de concorder. Il faut considérer successivement trois problèmes : la diversité des termes dans lesquels la doctrine est exprimée, le défaut de distinction rigoureuse entre deux questions d'interprétation et la multiplicité des motifs avancés à l'appui de la solution.

Bien qu'on se soit limité à un échantillon restreint de décisions, force est de constater la variété des formulations. Pour que la loi résiste au doute quant à sa constitutionnalité il suffit que l'interprétation avancée à l'appui de celle-ci soit «*fairly possible*»[47]. Pareille interprétation peut être retenue encore qu'elle paraisse contraire au «sens littéral»[48]. Même si «le langage de la loi est plutôt complexe», il faut considérer «la question dans son contexte», ce qui oriente dans une seule direction[49]. Pour que la Cour puisse écarter le doute de constitutionnalité il faut que la disposition législative puisse raisonnablement recevoir deux interprétations[50]. Des interprétations alternatives il ne faut écarter que celle qui serait «manifestement contraire à l'intention du Congrès»[51]. Enfin tant le doute que le problème ou la question sont qualifiés en des termes variés : «*serious doubt*»[52], «*grave doubt*» ou «*doubt*

---

47 *United States* v. *Jin Fuey Moy*, 36 S Ct 658, 659 (1916); *Panama R. Co.* v. *Johnson*, 264 US 375, 390 (1924); *Crowell* v. *Benson*, 285 US 22, 62 (1932); *Almandarez-Torres* v. *United States*, 118 S Ct 1219 (1998), *J. Scalia dissenting*, 1243. Mais la même opinion précise le sens des mots employés : «*I emphasize that fairly possible is all that needs to be established. The doctrine of constitutional doubt does not require that the problem — avoiding construction be the preferable one — the one the Court would adopt in any event. Such a standard would deprive the doctrine of all function*».

48 *United States ex rel. Attorney General of the United States* v. *Delaware and Hudson Co.*, 29 S Ct 527, 536 (1906) : «*despite the litteral sense of some of the prohibitions, they should all be construed so as to accomplish the result intended*».

49 *Almandarez-Torres* v. *United States*, précité, note 47, 1228.

50 *United States ex rel. Attorney General of the United States* v. *Delaware and Hudson Co.*, précité, note 48, 535 et 536 : «*reasonably susceptible of two interpretations*».

51 *Edward J. DeBartolo Corp.* v. *Florida Gulf Coast Building and Construction Trades Council*, 485 US 568, 575 (1988) : «*unless such construction is plainly contrary to the intent of Congress*». L'intention du Congrès, déchiffrée par la Cour, est aussi mise en avant dans : *Federal Trade Commission* v. *American Tobacco Co.*, 264 US 298, 305-307 (1924).

gravely»[53], «*serious constitutional problems*»[54]; «*significant constitutional question*» et «*serious likelihood that the statute will be held unconstitutional*»[55].

La seconde observation tend à distinguer plus rigoureusement deux questions d'interprétation qui peuvent, l'une comme l'autre, être douteuses. Existe-t-il un doute quant à la constitutionnalité de la loi et l'interprétation de la loi est-elle douteuse? Le juge Scalia qui distingue en ces termes les deux questions[56] n'appréhende toutefois pas le coeur du problème : une chose est d'interpréter la loi, une autre chose d'interpréter la constitution. Comme il a déjà été indiqué ci-dessus, ce n'est pas seulement la loi qui est ouverte à plusieurs interprétations, il dépend aussi de l'interprétation de la constitution – quel que soit, par ailleurs, le sens de la loi – que celle-ci satisfasse ou non à la norme supérieure telle qu'elle est interprétée. Or, la Cour paraît raisonner comme si le doute n'atteignait jamais la constitution elle-même.

Les motifs pour lesquels la Cour suprême des États-Unis refuse de tenir pour inconstitutionnelle une loi qui peut recevoir une interprétation compatible avec la constitution sont variés. Une première idée est l'économie de moyens : pourquoi résoudre une question de constitutionnalité qu'il est possible d'éviter? L'opinion dissidente de la juge O'Connor dans *Rust* v. *Sullivan* en donne un exemple : au lieu de se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi du Congrès la Cour aurait pu se borner à décider que la réglementation prise en vertu de cette loi n'en donnait pas une interprétation raisonnable[57].

---

52 Opinion du juge Holmes dans *Blodgett* v. *Holden*, 275 US 142, 148 (1928); *Crowell* v. *Benson*, précité, note 47, 62.

53 *United States ex rel. Attorney General of the United States* v. *Delaware and Hudson Co.*, précité, note 48, 536; *United States* v. *Jin Fuey May*, précité, note 47, 659; *Almandarez-Terres* v. *United States*, précité, note 47, 1228.

54 *Edward J. DeBartolo Corp.* v. *Florida Gulf Coast Building and Construction Trades Council*, note 51, 575.

55 *Almandarez-Torres* v. *United States*, précité, note 47, 1228.

56 *Almandarez-Torres* v. *United States*, précité, note 47, 1234.

57 *Rust* v. *Sullivan*, 111 S Ct 1759, 1788 et 1789 (1991), (J. O'Connor dissenting). Comparer l'opinion dissidente du juge Holmes suivie par deux autres juges, dans *Kuhn* v. *Fairmont Coal Cy*, 215 US 348, 372 (1909) et

Un deuxième argument en faveur de la doctrine du *constitutional doubt* est que la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi du Congrès est «le plus grave et le plus délicat» parmi les devoirs que la Cour est appelée à remplir[58]. Mais cette affirmation doit être tempérée (*qualified*) par la proposition selon laquelle «le souci d'éviter une difficulté ne doit pas être poussé au point de se transformer en faux-fuyant inavoué»[59].

La motivation à laquelle plusieurs décisions paraissent sensibles est la déférence à l'égard du législateur et elle se conjugue alors avec une forme de réserve du judiciaire (*judicial restraint*).

> *Le Congrès n'est pas moins que cette Cour tenu, en vertu du serment que ses membres ont prêté, à respecter la Constitution. Les tribunaux ne peuvent dès lors avancer à la légère que le Congrès a pu avoir l'intention de transgresser des libertés constitutionnelles ou d'usurper un pouvoir qui ne lui appartenait pas.*[60]

La fragilité de la doctrine du *constitutional doubt* est attestée par le grand nombre de décisions suivies d'opinions dissidentes[61]. Le plus notable à cet égard est *Blodgett* v. *Holden*, arrêt *per curiam*, dans lequel les huit membres de la Cour se

---

celles du juge Butler dans *Erie Railroad Co.* v. *Tompkins*, 304 US 64, 87 (1938) ainsi que du juge Reed dans la même affaire (304 US 91 et 92).

58 Selon les termes du juge Holmes exprimant l'opinion de la Cour dans *Blodgett* v. *Holden*, précité, note 52, 147 et 148, repris dans *Rust* v. *Sullivan*, 500 US, 173, 190 et 191 (1991).

59 *Rust* v. *Sullivan*, précité, note 57, citant *George Moore Ice Cream Co.* v. *Rose*, 289 US 373, 379 (1933).

60 *Edward J. DeBartolo Corp.* v. *Florida Gulf Coast Building and Construction Trades Council*, précité, note 51, 575. Plus récemment : *Almandarez-Torres* v. *United States*, précité, note 47, 1228, citant *Rust* v. *Sullivan*, précité, note 57 : «*This canon is followed out of respect for Congress, which we assume legislates in light of constitutional limitations*».

61 *Kuhn* v. *Fairmont Coal Cy*, précité, note 57; *Crowell* v. *Benson*, précité, note 47; *Erie Railroad Co.* v. *Tompkins*, précité, note 57; *Rust* v. *Sullivan*, précité, note 57; *Almandarez -Torres* v. *United States*, précité, note 47, arrêt le plus récent et rendu par cinq voix contre quatre.

sont divisés en deux groupes de nombre égal, l'opinion généralement citée étant celle du juge Holmes suivie par les juges Brandeis, Sanford et Stone.

C. Les voies du contrôle de légalité sur l'interprétation des actes juridiques privés

Bien que l'interprétation des actes juridiques privés ne soit pas une opération intellectuellement distincte de l'interprétation d'une loi, d'un règlement ou d'un acte de l'autorité publique et que certains actes privés – les contrats d'adhésion par exemple – soient beaucoup plus souvent appliqués que la plupart des lois, la Cour de cassation de Belgique s'abstient en principe de contrôler l'interprétation de tels actes par le juge du fond[62]. Il n'y est procédé que si ce juge est accusé d'avoir excédé son pouvoir d'interpréter les actes juridiques privés, bien que ceux-ci ne soient que de simples «faits» au regard du contrôle de légalité. La distinction entre le fait et le droit[63] qui, en principe, ferait obstacle à un tel contrôle est tempérée par une autre distinction, celle qui sépare les actes privés dont les termes sont «clairs et précis» de ceux qui sont ambigus. Quand le juge du fond s'est écarté du sens «objectif» ou «naturel» de telles dispositions contractuelles il a, selon la Cour de cassation de France, dénaturé ces actes ou, d'après le langage de la Cour de cassation de Belgique, violé la foi qui leur est due[64].

La Cour refuse de contrôler l'interprétation des actes juridiques privés sauf si le juge du fond les a dénaturés : «Il n'est pas permis aux juges, lorsque les termes des conventions sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent

---

62 Voir François RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966, pp. 284-302; «Le juge, ministre du sens», dans *Justice et Argumentation, Essais à la mémoire de Chaim Perelman*, Bruxelles, Éditions de l'ULB, 1986, pp. 79-95; *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1997, pp. 192-198.

63 Voir F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation, op. cit.*, note 62, pp. 75-140.

64 Sur la différence d'approche entre les deux cours de cassation, voir F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cessation, op. cit.*, note 62, pp. 285-288. Sur la doctrine française de la dénaturation, voir l'article de J. BORÉ, *loc. cit.*, note 45.

et de modifier la stipulation qu'elles contiennent»[65]. Ou encore : «La Cour de cassation n'exerce son droit de contrôle que lorsque sous prétexte d'interprétation, le juge détourne de leur sens les termes clairs et formels d'une convention»[66].

L'adoption de ces terminologies voile (assez pauvrement) la réalité : la doctrine de la dénaturation comme celle de la foi due aux actes imposent à la juridiction de cassation de comparer l'une à l'autre deux interprétations de l'acte juridique privé, celle qui a été faite par la décision attaquée à celle que révèle à la Cour elle-même le «sens naturel» des termes. Tant la distinction entre les actes clairs et ceux qui sont ambigus que la distinction du fait et du droit ne sont que des chevilles bouchant les interstices d'un raisonnement qui s'épuise dans ses propres dichotomies. De même que la Cour de cassation répute question de fait les points qu'elle se refuse à examiner, elle affirme l'ambiguïté des écrits privés sur l'interprétation desquels elle étend son contrôle. Ce faisant, elle donne à ses propres méthodes une certitude illusoire. Est-ce moins arbitraire que les nombreuses décisions de rejet de la requête en *certiorari* que la Cour suprême des États-Unis motive par la constatation que la demande ne soulève pas une question «substantielle» de droit constitutionnel ou de droit fédéral?

D. Univocité ou ambiguïté des textes soumis au juge

Un exemple emprunté à la jurisprudence constitutionnelle allemande[67] illustre la nature illusoire de la recherche du sens usuel, du sens naturel ou du sens littéral d'un texte isolé de l'application qui en est faite en articulation avec des normes diverses. Des militants pacifistes sont poursuivis pour avoir apposé sur leur véhicule un autocollant reproduisant une phrase de Kurt Tuscholsky : «*Soldaten sind Mörder*». Il leur est reproché de diffamer la Bundeswehr, mais l'accusation ne vise pas, même collectivement, les membres de celle-ci, elle ne lui impute pas les crimes commis par la Wehrmacht durant la Seconde Guerre mondiale, elle affirme plutôt ce que l'auteur du

---

65 Civ., 15 avril 1872, D., 1872, 1, 176.

66 Cass. (Belg.) (1re Ch.), 9 février 1933, 2de espèce, Pas., 1933, I, 103, 125.

67 BVerfG, 25 août 1994, *NJW*, 1994, 2943.

texte tient – à tort ou à raison, peu importe – pour une vérité universelle, à savoir que tout soldat équipé d'armes aptes à donner la mort et exercé à s'en servir est un meurtrier potentiel. Il s'agit donc d'une opinion plutôt que de l'énoncé d'un fait, et, en régime démocratique, les opinions, dont il est impossible de démontrer la vérité ou la fausseté, bénéficient d'une protection constitutionnelle renforcée. Dès lors, l'interprétation du texte litigieux est elle-même subordonnée à l'interprétation de la loi en vertu de laquelle son auteur ou son utilisateur pourrait être réprimé. Mais la loi ne peut être appliquée, et interprétée, qu'en fonction du sens attribué à la norme – constitutionnelle ou internationale – qui garantit la liberté d'expression. Si l'on y ajoute les autres normes constitutionnelles ou internationales qui protègent le droit à l'honneur au rang de bien de la personnalité ou qui sauvegardent la présomption d'innocence de l'accusé en matière pénale, on aura à peu près fait le tour d'un problème qui ne saurait se réduire à la lecture ou à l'exégèse de chacun des textes séparés des autres. Aucun de ceux-ci n'a de sens littéral et quand le juge constitutionnel allemand se fonde sur le caractère non univoque (*nicht eindeutig*) du texte de l'autocollant pour l'interpréter à la lumière de tous les autres textes avec lesquels il entretient une relation contextuelle, il se donne une raison commode d'écarter le fantôme du sens littéral. L'interprétation de la phrase «*Soldaten sind Mörder*» est inséparable de l'interprétation des quatre normes en présence et la signification d'aucune de celles-ci ne se laisse disjoindre de celle qui est donnée aux trois autres. Ce n'est pas à dire que ce qui est décoré du titre de sens littéral soit privé de toute signification : il peut se concevoir «littéralement» qu'un groupe de personnes désignées comme des soldats soient publiquement accusées de meurtre et c'est sous le bénéfice de cette signification que le juge pénal a cru pouvoir prononcer une condamnation du chef de diffamation. Mais il s'agit d'une interprétation parmi toutes les autres et pour le choix entre celles-ci le juge du fond doit notamment tenir compte des règles de poursuite et d'incrimination en matière pénale : parmi plusieurs significations il doit choisir celle qui est la plus favorable à l'acquittement de l'accusé. En outre, le contexte oriente vers la même interprétation : la phrase est empruntée à un écrivain qui n'a pu viser une situation factuelle déterminée, et le choix du sens anagogique se trouve renforcé par l'utilisation qui en est faite par un mouvement pacifiste.

Conclusion : jugez sur ce que je fais plutôt que sur ce que j'en dis

On pourrait s'étonner que la doctrine américaine du *constitutional doubt* ne soumette au «doute» que l'interprétation de la règle inférieure et non celle de la norme de rang supérieur apte à déterminer la constitutionnalité de la première. L'une des explications est que l'organe habilité à formuler chacune des interprétations n'est pas identique dans les deux cas. La juridiction investie en dernier ressort du contrôle de constitutionnalité est l'interprète autorisé des normes constitutionnelles[68] mais il se peut que ses différents membres ne s'accordent pas sur la signification d'un texte ou que la force d'un précédent soit récusée par une nouvelle majorité. La certitude ainsi atteinte est affectée d'une double relativité : dans le temps, d'abord, puisqu'elle est exposée à être renversée, quant à la matière ensuite, car sans faire l'aveu d'un revirement de jurisprudence une décision ultérieure peut limiter la portée de celle qui la précède[69]. En revanche, pour l'interprétation de la norme inférieure la juridiction constitutionnelle ne bénéficie pas d'une égale latitude. La doctrine du *constitutional doubt* implique le respect de la volonté du législateur ordinaire, élucidée par l'exploitation des travaux préparatoires, même si celle-ci est souvent controversée et permet des conclusions opposées[70]. Quand la norme dont l'inconstitutionnalité est alléguée appartient au droit d'un État fédéré, la Cour suprême de cet État est en principe compétente pour y donner une interprétation qui lie les juridictions fédérales[71].

---

68 Selon la formule de *Marbury* v. *Madison*, 5 US (1 Cranch) 137 (1803), réitérée dans *Cooper* v. *Aaron*, 358 US 1, 18 (1958) : «*It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is.* [...] *It follows that the interpretation of the Fourteenth Amendment enunciated by this Court in the Brown Case is the supreme law of the Land, and Article 6 of the Constitution makes it of binding effect on the States..*»

69 Selon un arrêt récent de la Cour suprême des États-Unis : «*Stare decisis is not an inexorable command*» : *State Oil Co* v. *Khan*, 118 S Ct 275 (1997).

70 Voir par exemple *Ratzlaf* v. *United States*, 126 L Ed 2d 615, 626 (1993) : «*There are, we recognize, contrary indications in the statute's legislative history*». Ou encore *National Organization for Women* v. *Scheidler*, 127 L Ed 2d 99 (1994) : «*Both parties rely on legislative history to support their positions*».

71 La jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis paraît constante sur ce point : *Beauregard* v. *New Orleans*, 59 US (18 How) 497, 502 (1855); *Hawks*

À la différence de la Cour suprême des États-Unis qui peut appliquer et interpréter le droit fédéral, les juridictions constitutionnelles spécialisées n'ont certainement pas le pouvoir d'appliquer les lois ordinaires ni sans doute même celui de les interpréter. Un arrêt récent de la Cour d'arbitrage atteste bien la réserve observée à cet égard par la juridiction constitutionnelle belge. Sur une demande de question préjudicielle relative à la nature de la mission du directeur des contributions, la Cour d'arbitrage établit une alternative entre deux interprétations de la disposition légale pertinente (l'article 366 du Code des impôts sur le revenu 1992) : si celle-ci a conféré au directeur des contributions une mission juridictionnelle, et, à défaut d'une procédure de récusation, l'article 366 précité est contraire au principe d'égalité des articles 10 et 11 de la Constitution. S'il s'agit au contraire d'une mission administrative, le vice d'inconstitutionnalité doit être écarté[72]. La Cour d'arbitrage ne choisit pas entre les deux interprétations et elle n'a pas le pouvoir de le faire puisqu'il ne lui appartient pas d'appliquer la loi fiscale[73]. À l'arrière-plan de la demande de question préjudicielle il faut noter que la Cour de cassation, compétente pour contrôler la légalité des décisions rendues en matière fiscale, avait donné à la mission du directeur des contributions la qualification juridictionnelle à présent tenue pour inconstitutionnelle par la Cour d'arbitrage[74]. Il ne restera, dès lors, à l'avenir, à la Cour de cassation que de modifier sa jurisprudence, sans que la cour d'arbitrage ait le pouvoir de la censurer si elle s'abstient de le faire. Mais le juge du fond qui a posé la question est en principe tenu de donner à la disposition légale l'interprétation en harmonie avec la Constitution.

---

v. *Hamill*, 288 US 52, 58 (1933); *Mutual Life Ins. Co. of New York* v. *Johnson*, 293 US 335, 339 (1934); *John Hancock Mut. Life Ins. Co.* v. *Yates*, 299 US 178, 182 (1936); *RAV* v. *City of St Paul*, 112 S Ct 2538, 2541 et 2542 (1992); *Wisconsin* v. *Mitchell*, 113 S Ct 2194, 2198 (1993).

72 Cour d'arbitrage , 10 juin 1998, arrêt n° 67/98, *Journal des Tribunaux*, 1998, 674, note Marc Baltus.

73 De la même manière, le Tribunal constitutionnel fédéral allemand laisse à la juridiction de cassation en matière civile (Bundesgerichtshof) la compétence de contrôler l'interprétation du droit civil : BVerfG 14 février 1973, *Prinzessin Soraya*, BverfE, 34, 269, 279 et 280. Voir F. RIGAUX, *La loi des juges*, *op. cit.*, note 62, pp. 139-142.

74 Cass. 16 février 1954, Pas., 1954, I, 540.

A. L'administration des questions préjudicielles d'interprétation par la Cour de justice des Communautés européennes

Le caractère artificiel de la plupart des distinctions dichotomiques qui ne donnent qu'une apparence de certitude au raisonnement judiciaire est encore attesté par l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes à propos de la distinction entre l'application et l'interprétation d'une norme de droit communautaire.

Dans ses premiers arrêts, la Cour de justice insiste avec force sur cette distinction et sur le partage de compétence qui en est la conséquence[75]. Un arrêt du 30 janvier 1974 fait encore une application rigoureuse de la distinction en décidant à propos de la question préjudicielle qui lui est posée :

> *qu'il s'agit non d'une question d'interprétation mais d'application réservée à la juridiction nationale.*[76]

Toutefois, bien qu'elle répète, à titre de principe, qu'il appartient exclusivement à la juridiction nationale de décider si la disposition ou la décision de droit interne est ou non conforme au droit communautaire tel qu'il a été interprété dans la réponse à la question préjudicielle, la Cour ne laisse pas de faire implicitement pareille «application» de ce droit en décidant, par exemple, «qu'une taxe présentant les caractéristiques mentionnées ci-dessus» ne doit pas être «remboursée à l'exportateur du produit en cause»[77].

La barrière de la fiction est délibérément franchie quand la Cour écrit, par exemple que :

> *Le droit communautaire s'oppose à l'application d'une règle de procédure nationale qui, dans des conditions telles que celles de la procédure en l'espèce au*

---

75 Voir notamment l'arrêt du 27 mars 1963, précité, note 42, 76.

76 Arrêt du 30 janvier 1974, Affaire 158-73, *E. Kampffmayer* c. *Einfuhr- und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel*, *Recueil*, 1974, p. 101, § 12, p. 111.

77 Arrêt du 3 mars 1994, *Enrico Italia Srl* c. *Ente Nazionale Risi*, *Recueil* 1974, I-711, § 33, p. I-739.

> *principal, interdit au juge national, saisi dans le cadre de sa compétence, d'apprécier d'office la compatibilité d'un acte de droit interne avec une disposition communautaire, lorsque cette dernière n'a pas été invoquée dans un certain délai par le justiciable.*[78]

De la même manière que la Cour d'arbitrage a, sans le dire expressément, censuré l'interprétation donnée par la Cour de cassation à une règle de droit fiscal et indirectement contraint la juridiction suprême en matière civile à aligner sa jurisprudence sur le verdict d'inconstitutionnalité, après que la Cour de justice des Communautés européennes a énoncé l'incompatibilité avec son interprétation du droit communautaire d'une règle de droit interne présentée comme imaginaire mais qui est la soeur jumelle de la norme nationale dont l'application avait été l'occasion de la demande de question préjudicielle, le juge national qui reçoit cette réponse y trouve quasi dictée la solution qu'il doit donner au conflit de normes qui avait été soulevé devant lui.

B. Canons d'interprétation et recours aux travaux préparatoires

Certains canons d'interprétation faisant appel au contenu substantiel de la norme constitutionnelle ou internationale renforcent ou tempèrent, selon le cas, la présomption de constitutionnalité. La vertueuse hostilité que la Cour suprême des États-Unis affecte aujourd'hui à l'égard des classifications liées à la race ou à l'appartenance ethnique justifie d'élever le niveau du contrôle de constitutionnalité (*heightened scrutiny*). Le statut des libertés fondamentales appelle aussi un contrôle particulièrement vigilant : c'est pourquoi on ne saurait imputer au Congrès l'intention de «jeter au bûcher toutes nos traditions» inscrites dans le quatrième amendement[79]. Le Tribunal constitutionnel fédéral allemand a mis en oeuvre une directive d'interprétation analogue pour annuler un arrêt de

---

78 Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 14 décembre 1995, Affaire C-312/93, *Peterbroeck, Recueil*, I-4599. Comparer l'arrêt du 15 décembre 1995, Affaire C-415/93, *Bosman, Recueil* 1995, I-5040, qui déclare incompatibles avec l'interprétation donnée au droit communautaire les «règles édictées par les associations sportives».

79 *Federal Trade Commission* v. *American Tobacco Co.*, précité, note 51, 306.

l'Oberverwaltungsgericht qui avait restreint par son interprétation la garantie constitutionnelle des libertés de réunion et de manifestation[80]. Le principe constitutionnel de légalité des incriminations et des peines requiert aussi un canon interprétatif qui restreigne le champ d'application d'une norme pénale selon une vieille directive qui remonte à l'ancien droit, *Odiosa sunt restringenda* ou *lenity principle*[81]. Toutefois la mise en oeuvre de ce principe ramène à la doctrine du sens clair car il ne s'appliquerait que pour évincer les termes ambigus de la norme pénale. Là où la volonté du législateur est «claire», s'arrête le pouvoir d'interprétation du juge :

> *If the intent of Congress is clear, that is the end of the matter; for the court, as well as the agency, must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress.*[82]

C'est encore au couple clarté-ambiguïté que l'on revient pour la mise en oeuvre d'une autre méthode d'interprétation, l'utilisation des travaux préparatoires (*legislative history, Entstehungsgeschichte*) de la loi ou du traité.

Outre que l'interprétation des travaux préparatoires est elle-même parfois conflictuelle[83] et n'est alors qu'un «faible roseau» (*a rather thin reed*) donnant appui à une interprétation de la loi, les juges adoptent souvent un double langage à l'égard des travaux préparatoires. Tantôt ils déclarent n'y avoir recours que pour contribuer à l'interprétation d'un texte obscur ou

---

80 BVerfG, 14 mai 1985, *BVerfGE* 69, 315, 372.

81 Voir par exemple BVerfG, 10 janvier 1995, *NJW* 1995, 1141; *United States* v. *Shabani*, 115 S Ct 382, 386 (1994). Dans son opinion dissidente sous *Almendarez-Torres* v. *United States*, précité, note 47, le juge Scalia relève aussi que «*the rule of lenity*» pourrait se substituer à la doctrine du *constitutional doubt* : 118 S Ct 1244 (1998), De même, pour le choix entre diverses interprétations de la phrase «*Soldaten sind Mörder*», le Tribunal constitutionnel fédéral estime que le juge doit préférer celle qui justifie l'acquittement à celle qui a motivé une condamnation.

82 *Chevron USA, Inc.*, v. *Natural Resources Defense Council*, 467 US 837, 842-843 (1984), passage repris à son compte par *Good Samaritan Hospital* v. *Shalala*, 113 S Ct 2151, 2157 (1993).

83 Voir notamment *National Organization for Women* v. *Scheidler*, 127 L Ed 2d 99 (1994) et *supra*, note 70.

ambigu[84] et l'écartent quand le texte est clair[85]. Toutefois, quand la majorité de la Cour suprême des États-Unis s'appuie fortement sur la clarté d'un langage non équivoque (*plain language*), assurance discréditée par des voix dissidentes autorisées[86], on peut douter de la valeur d'une méthode d'interprétation accrochée à la notion de langage univoque (*plain language*). Tantôt, et ceci vient renforcer les doutes, les juges affirment que le texte est «suffisamment clair en lui-même» et rend superflu tout recours aux travaux préparatoires, pour ensuite y rechercher une confirmation de l'interprétation déduite du seul texte. Pareille expression de l'insécurité des juges est partagée par la Cour internationale de Justice[87] et par la Cour suprême des États-Unis[88]. Mais d'éminents juges critiquent pareil affaiblissement de la doctrine du sens clair par un recours inutile (et, par conséquent, nuisible) aux travaux préparatoires. C'est ce que fit, dès 1932, le juge Anzilotti dans son opinion dissidente sous un Avis consultatif de la Cour permanente de Justice internationale :

> *Si vraiment l'article 3, d'après le sens naturel des termes était parfaitement clair, il ne serait guère admissible de chercher une interprétation autre que celle qui répond au sens desdits termes.*[89]

---

84 Cass., Civ. 22 novembre 1932, Bull. civ., 1932, 353; Cass. (Belg.) 1re ch., 20 juillet 1916, Pas., 1917, I, 203, 210.

85 *Ratzlaf* v. *United States*, 126 L Ed 615, 626 (1993); *United States* v. *X-Citemed Video, Inc.*, 130 L Ed 2d 372, 382-384 (1994).

86 Par exemple dans *INS* v. *Cardoza-Fonseca*, 486 US 421, 431-432 (1987), suivi de l'opinion dissidente du juge Powell à laquelle se sont joints le Chief Justice et le juge White.

87 On en trouve une application dans deux arrêts récents de la Cour internationale de Justice : 3 février 1994, *Jamahirya arabe libyenne/Tchad Différend territorial, CIJ Recueil 1994*, p. 6, § 55, p. 27; 15 février 1995, *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahrein, compétence et recevabilité, CIJ Recueil 1995*, p. 6, § 39, p. 21.

88 *INS* v. *Cardoza-Fonseca*, 480 US 421, 432-436 (1987); *Negonsott* v. *Samuels*, 122 L Ed 2d 457, 466 (1992).

89 Avis consultatif du 15 novembre 1932, *Interprétation de la Convention de 1919 concernant le travail de nuit des femmes, CPJI*, Série A/B, n° 50, p. 365, p. 383.

De même, le juge Schwebel, actuellement président de la Cour internationale de Justice, a joint une opinion dissidente sous l'arrêt précité du 15 février 1995[90]. On peut encore citer l'opinion convergente du juge Scalia sous *INS* v. *Cardozo-Fonseca*. Il y déplore l'examen circonstancié des travaux préparatoires de la disposition litigieuse :

> *Although it is true that the Court in recent times has expressed approval of this doctrine, that is to my mind an ill-advised derogation from the venerable principle that if the language of a statute is clear, that language must be given effect — at least in the absence of a patent absurdity.*[91]

Entre l'opinion du juge Scalia et celle des présidents Anzilotti et Schwebel, il existe une différence notable : alors que le premier paraît faire confiance à la possibilité de fonder la solution sur la doctrine du sens clair, les deux juges internationaux sont plus circonspects à cet égard. Anzilotti paraît même sceptique :

> *Je ne vois pas comment il est possible de dire qu'un article d'une convention est clair avant d'avoir déterminé l'objet et le but de la convention, car c'est seulement dans cette convention que l'article assume sa véritable signification.*[92]

Le même scepticisme est partagé par la doctrine[93].

---

90 *CIJ Recueil 1995*, p. 27, pp. 36-39.

91 480 US 452 (1987). Dans l'opinion dissidente du juge Powell, qui ne soulève pas cette question de principe, il est donné aux travaux préparatoires une interprétation contraire à celle qu'ils ont reçue de l'opinion de la majorité.

92 *CPJI*, Série A/B, n° 50, p. 383.

93 Alfred ROSS, *On law and Justice*, Berkeley and Los Angeles, Univ. of California Press, 1958, repr. 1974, pp. 134 et 135; Karl ENGISH, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, Kohlhammer Urban-Tachenbücher, 1. Aufg. 1956, 8. Aufg. 1983, p. 232 et note 74; Josef ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, op. cit.*, note 9, p. 179, p. 253; Gérard TIMSIT, *Les noms de la loi*, Paris, P.U.F, La vie du droit, 1991, p. 81.

Que les principales théories jurisprudentielles analysées dans le présent exposé paraissent se contredire s'explique par l'éclectisme et, osons le dire, l'opportunisme des motivations. Mais le plus significatif reste le caractère illusoire et, même, simplificateur de ces théories. Les juges ne cessent de faire ce dont ils déclarent devoir s'abstenir et les concepts qu'ils utilisent comme les canons d'interprétation auxquels ils se réfèrent ne donnent même pas une justification formelle à leurs décisions.

Cela ne les empêche pas de conférer au droit une certitude qu'il n'aurait pas sans eux, mais une certitude éphémère qui ne contribue guère à la prévisibilité des solutions.