

## Communication Congrès AHJUCF Cotonou – Juillet 2022

### La motivation des décisions des Cours suprêmes judiciaires

#### *Le contenu et la motivation des arrêts au regard des arguments en débat : historiques, culturels, comparés, conséquentialistes...*

Le contenu et la nature de la motivation des arrêts sont liés à la spécificité culturelle du raisonnement, c'est ce que l'on pourrait appeler le style des décisions judiciaires<sup>1</sup>. Et il est vrai que le style d'une décision se résume bien souvent à sa motivation. Cette obligation de motivation s'impose évidemment avec force pour les Cours suprêmes. Tranchant un litige en dernière instance, et avec une fonction d'unification de la jurisprudence, on comprend que la légitimité d'une décision de Cour suprême soit « sensible », car regardée, observée, attendue, discutée, ....

Partant de ce constat, il apparaît nécessaire que les juges suprêmes construisent leurs décisions de manière telle qu'elle prête le moins possible le flanc à la critique sur ce terrain. C'est une question de légitimité, tant à l'endroit des juges que du public auquel est destinée la décision, au premier rang desquels le justiciable auteur du recours.

Cette recherche de la garantie d'une décision non arbitraire et mûrement réfléchie suppose d'abord de penser la motivation au regard de la tradition judiciaire dans laquelle la Cour s'inscrit (I) ; d'où il découle une sélection d'arguments les plus à même de justifier la décision (II).

#### **I. Tradition judiciaire et enjeux de la motivation.**

Le souci de légitimation de la décision judiciaire est appréhendé différemment par les Cours selon la tradition juridique dans laquelle elles s'inscrivent et la culture juridique et judiciaire, voire constitutionnelle, qui les irrigue ; le point commun à tous les raisonnements restant cependant le souci de légitimation et la perception de la décision de justice par l'auditoire, participant ainsi d'une forme de stratégie de légitimation sociale qui va s'incarner dans le choix des arguments débattus au cœur du processus de justification de la décision.

Ainsi, si les décisions des Cours suprêmes se ressemblent dans les pays européens de tradition romano germanique, *civil law*, elles se ressemblent aussi en grande partie dans les pays des espaces régionaux africains francophones (notamment liés par les héritages de la tradition du droit continental), le recours à la technique de *l'imperatoria brevitatis* irriguant peu ou prou les styles de rédaction et modes de raisonnement.

---

<sup>1</sup> P. Mimin, *Le style des décisions judiciaires*, 1970.

Le style dans lequel les décisions sont rédigées peut néanmoins varier d'un pays à l'autre : qu'il s'agisse de la technique française, des « attendus » ou « considérant » qui s'est diffusée dans les pays nordiques (sauf Suède), Portugal, Espagne, Belgique, Pays-Bas - poussé à l'extrême avec le style laconique de la Cour de cassation et la concentration du raisonnement en quelques phrases - et qui laisse aujourd'hui la place, au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ainsi qu'au Conseil constitutionnel, à un style plus narratif et direct ; ou qu'il s'agisse d'une décision juridictionnelle rendue sous forme de « dissertation », plus ou moins longue, avec un plan plus ou moins construit selon les Cours (Allemagne, Italie)<sup>2</sup>.....

Parallèlement, qu'en est-il des Cours suprêmes, bien souvent faisant aussi fonction de Cours constitutionnelle, en pays de *common law* ? Les espaces africains francophones ne sont a priori pas concernés même s'il faudrait certainement regarder du côté du Nigeria, de la Sierra Leone et, bien sûr, de l'Afrique du sud pour ne citer que quelques exemples. La spécificité (sans être une exclusivité) de la dynamique justificatrice se traduit notamment par l'utilisation des opinions séparées, caractéristiques de la méthode de raisonnement dans les systèmes judiciaires du « *judge made law* » ; ou encore par le recours à un raisonnement par lequel la motivation fait corps avec la décision, ce qui n'est pas nécessairement le cas dans les pays de tradition francophone.

Il y a donc bien, à la lecture des décisions, un style « *made in common law* », dont le réalisme autorise certaines libertés avec la rigueur juridique, face à un style « produit du droit continental », pour lequel la démarche formaliste et hypothético-déductive du raisonnement trouverait sa traduction dans le positivisme de la motivation. Difficile de nier a priori cette dualité.

En toutes hypothèses, pour toutes les Cours suprêmes appartenant à ces espaces, et bien qu'elle soit diversement entendue, la motivation, telle qu'induite par les spécificités de l'histoire constitutionnelle et de la « *legal culture* » a la même fonction. La motivation empêche en effet que la norme de référence soit une « coquille vide », protégeant les individus de l'arbitraire du juge et le juge de l'arbitraire (le cas sud-africain est à cet égard révélateur, notamment sur les questions d'interprétation des droits fondamentaux et la nécessité d'une concrétisation immédiate de ces derniers pour rompre avec la période d'apartheid).

La motivation, entendue comme une forme de contrainte procédurale qui enserme le juge, devrait donc conduire le juge à statuer rationnellement, en fonction du droit et non de présupposés. Mais la réalité est peut-être un peu plus éloignée : car une interprétation moderne, téléologique et finaliste oblige les Cours suprêmes à devoir prendre en considération une série d'arguments au-delà du droit, mais qui

---

<sup>2</sup> F. Zenati, *La jurisprudence*, Méthodes du droit, Dalloz, 1991.

conditionnent l'application du droit (c'est la fameuse dialectique du fait et du droit). On en veut pour preuve, en Afrique comme ailleurs, le recours par les juridictions aux arguments de droit comparé, à l'argument conséquentialiste, à l'argument historique voire à l'argument doctrinal. Autant de spécificités culturelles, voire contextuelles, qui sont, d'une part, le marqueur de l'appartenance d'un Cour suprême à un sous ensemble régional partageant une culture juridique et judiciaire commune ; et, d'autre part, l'indicateur d'une véritable stratégie de légitimation de la Cour suprême, particulièrement dans des pays où la défiance à l'endroit de la justice peut être forte.

Ce qui conduit les Cours à sélectionner un certain nombre d'arguments justificatifs tant du raisonnement du juge, que de la décision rendue.

## **II. Motivation et arguments en débat**

Parmi les références argumentatives au soutien de la motivation, toutes teintées de contextualisme culturel, on retiendra ici plus spécifiquement, compte tenu de la pratique des Cours suprêmes francophone et d'un rapide passage en revue de leurs jurisprudences, l'argument de droit comparé d'une part (**A**) ; et l'argument conséquentialiste d'autre part (**B**).

### **A. L'argument de droit comparé ou la réception du droit et des décisions étrangères par les Cours suprêmes**

Le recours au précédent étranger est certainement la manifestation la plus aboutie du dialogue transnational des juges et de l'ouverture (de la porosité diront certains) des systèmes juridiques. Bien connue en common law, car finalement plutôt consubstantielle à la tradition d'ouverture et à la culture judiciaire des droits ressortissants à cette famille notamment en raison d'un mode de production du droit essentiellement jurisprudentiel et donc, à ce titre, plus réceptif à la diversité des méthodes d'interprétation<sup>3</sup>, son utilisation est plus récente dans les systèmes de droit continental davantage marqués par les identités nationales et particulièrement en Afrique francophone. De ce point de vue là, l'espace francophone est à la croisée des chemins et des cultures. Car le champ francophone est d'une part, et par nature, un espace de coexistence de droits nationaux issus, affiliés ou émancipés des deux grands modèles type. Et parce que, d'autre part, chacun des ordres juridiques nationaux est porteur d'un métissage d'autant plus complexe qu'adosé à un système de référence, il repose aussi sur des éléments de droit coutumier, traditionnel, musulman, etc...

---

<sup>3</sup> V. pour les Etats-Unis, R. Bismuth, L'utilisation des sources de droit étrangères dans la jurisprudence de la Cours suprême des Etats-Unis, *RIDC*, n° 1, 2010, pp. 105-133.

## 1. Pourquoi ? (recourir à cet argument)

Réceptionner les décisions des juridictions étrangères relève d'une double justification.

D'abord sur le terrain de la légitimité du juge. A l'heure de la juris-globalisation, il importe que les juges nationaux ne donnent pas le signal d'un isolement qui les conduirait à être en dehors du dialogue juridictionnel transnational émergent. L'argument du précédent étranger est alors pensé comme un outil de légitimation.

C'est le cas pour les jeunes Cours suprêmes ou constitutionnelles ou les Cours en périodes de transition politique ou sortie de crise ; l'espace francophone offre de nombreux exemples (Afrique, Europe centrale et orientale...). L'importation des décisions étrangères permet ainsi de donner à la communauté internationale un gage d'ouverture réelle, mais aussi d'inscrire la nouvelle société en construction dans une logique de mise en conformité avec les exigences universelles en matière de suprématie (constitutionnelle) et de garantie des droits fondamentaux. Le droit jurisprudentiel étranger constitue, au moins au début, une sorte de « balise juridique ». C'est aussi le cas pour les Cours membres de systèmes d'intégration ou de coopérations régionales : le recours aux précédents étrangers semble d'ailleurs y être plus poussé. La problématique est forte pour les Cours suprêmes d'Afrique francophone avec les espaces CEDEAO, CEMAC, OHADA et leurs Cours suprêmes respectives. Plus qu'une faculté, la réception des décisions étrangères deviendrait presque une nécessité, tant l'objectif de convergence juridique et jurisprudentielle est au cœur des processus d'harmonisation sectorielles par le droit. La notion de dialogue des juges prend ici tout son sens.

Mais, ensuite, en dehors de cette vision systémique, le phénomène d'importation des décisions étrangères peut aussi correspondre au souhait de diversifier les méthodes d'interprétation dont dispose le juge francophone pour avoir une vue plus compréhensive du problème juridique posé. Le recours au précédent étranger devient ici une méthode d'interprétation. Certes, le juge américain Scalia estime que les emprunts étrangers ne peuvent valoir qu'en matière d'élaboration de la constitution, et non pour l'interprétation des autres normes par les autres juges suprêmes qui ne seraient pas juges constitutionnels, s'inscrivant dans un courant interprétatif extrêmement peu favorable à des apports extérieurs, celui de l'originalisme. A l'inverse, la théorie du droit vivant élaborée par la Cour constitutionnelle italienne permet de justifier une interprétation ouverte et évolutive des textes<sup>4</sup>. Dans l'espace francophone, la Cour suprême du Canada peut fournir un excellent exemple de cette interprétation ouverte et dynamique du droit, notamment à travers l'exemple de la comparaison de la Charte des droits et libertés de 1982 au *Bill of Rights* de la

---

<sup>4</sup> G. Zagrebelsky, La doctrine du droit vivant et la question de constitutionnalité, *Constitutions*, n°1, 2010, pp. 9-20.

constitution américaine. La réception des décisions étrangères a alors une vocation justificatrice du raisonnement judiciaire : se référer aux précédents permet de combler un vide juridique ou de surmonter une difficulté sérieuse (on pense notamment à certaines décisions des Cours suprêmes ou constitutionnelles du Mali, du Tchad, du Sénégal, du Niger...). Mais dès lors, comment procéder ?

## 2. Comment ? (y recourir)

Le travail de justification sur la base duquel se construit la motivation suppose que le juge suprême soit à même d'identifier le précédent significatif. L'argument de droit comparé doit donc être signifiant.

La recherche du précédent peut s'appuyer sur plusieurs indices. Le paramètre culturel en est un. Le choix de réceptionner une décision de justice est lié à la culture judiciaire et est donc largement tributaire de l'appartenance à l'un ou l'autre des deux grands systèmes de droit. Le style judiciaire en est un autre : un style judiciaire discursif, narratif et analytique qui, bien souvent et de surcroît, autorise la pratique des opinions individuelles, est davantage propice au recours au droit jurisprudentiel étranger car il permet d'objectiver le processus d'échange des arguments et de révéler le sens des interprétations. La proximité textuelle peut aussi justifier le recours, si le texte à interpréter est de même nature juridique ; ou si le texte servant de référence à l'interprétation est similaire. Dans la même idée, la proximité contentieuse est un autre indice. Le cas soumis est-il identique à celui traité par une autre juridiction ? L'affaire est-elle similaire en fait et/ou en droit ? Enfin, le choix peut être guidé par l'appartenance à un ensemble régional qui forme une communauté de valeurs (OHADA, UEMOA notamment dans l'espace francophone ; mais aussi système de la convention européenne des droits de l'homme dans l'espace européen).

Pour autant, un certain nombre de contraintes pèsent aussi sur la recherche. Le juge doit en être conscient et les intégrer dans sa démarche. D'abord, la contrainte de la formation des juges. Il est aisé de comprendre que juges formés aux Etats unis se tournent plus facilement vers la Cour suprême ; par opposition aux juges formés en Europe qui s'inspirent davantage du droit continental. C'est à la lumière de cet argument que l'on peut mesurer l'importance des programmes de coopération dans la formation des juges ; et les actions menées par la DAPG sur le terrain de la coopération juridique et judiciaire vont tout à fait dans ce sens<sup>5</sup>. La nécessité de formations spécialisées au droit étranger ou/et à la comparaison des droits s'impose alors. Derrière cette problématique de la formation et de l'ouverture aux droits étrangers c'est en réalité, par ricochet, la question de la traduction des décisions de justice qui est posée.

---

<sup>5</sup> Voir en ce sens les différents Rapport sur l'état des pratiques de la démocratie, des droits et des libertés dans l'espace francophone, <https://www.francophonie.org/ressources?type=395&theme=All> ; et les actions menées par les Réseaux institutionnels de la Francophonie, <https://www.francophonie.org/reseaux-institutionnels-286>.

Une décision exportable, c'est-à-dire utilisable, est une décision traduite. Beaucoup de Cours font déjà l'effort de la traduction (et un certain nombre de Cours suprêmes et constitutionnelles font apparaître sur leurs sites les « grands arrêts » ou « grandes décisions » traduites en plusieurs langues, dont avant tout l'anglais). Il convient de relever, là encore, l'importance des programmes d'appui de l'OIF à la traduction et à la mise en ligne et particulièrement la base de données jurisprudentielles JURICAF portée par l'Association des Hautes juridictions francophones de cassation (AHJUCAF)<sup>6</sup>. En toutes hypothèses, la réception des solutions étrangères repose, en dernière instance, sur une démarche finaliste. Il faut que le recours au précédent apporte une valeur ajoutée à la décision ; ce qui posera, inévitablement, la question de l'autorité juridique du précédent étranger auquel le juge recourt (un argument à l'autorité simplement informative ou plus persuasive ?)<sup>7</sup>.

Ce système de « judicial globalization » qui est à l'œuvre dans l'espace francophone, et qui se manifeste à travers les techniques argumentatives potentiellement au service des Cours suprêmes est une réalité : recourir à l'argument de droit étranger pour étayer la motivation permet de rendre visible aux yeux de tous le fait que le juge s'insère dans un dialogue transnational. L'argument conséquentialiste renforce cette tendance.

## **B. L'argument conséquentialiste ou la prise en compte des paramètres contextuels extra-juridiques par les Cours suprêmes**

Ce processus de justification qui consiste à tester les alternatives possibles d'une décision de justice par l'évaluation de ses effets non seulement juridiques mais surtout sociaux, économiques, voire même politiques, est véritablement au cœur de la motivation des décisions des juges anglo-saxons. Pour autant, il n'est pas interdit de penser que le juge suprême continental, et donc de l'espace francophone, s'inspire de la pratique et recourt à cette technique de motivation. Mais avec une différence notable : il ne le revendique pas (encore/toujours...) véritablement<sup>8</sup>.

### **1. Une démarche réaliste et finaliste des Cours suprêmes**

Le recours à l'argument conséquentialiste consisterait à justifier la solution ou l'interprétation d'un texte par les conséquences qu'impliquerait une solution contraire. Ce test conséquentialiste vise à une balance optimale des intérêts en présence en

---

<sup>6</sup> www.juricaf.org.

<sup>7</sup> D. Maus, Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles, *RFDC*, n° 80, 2009, pp. 675-696.

<sup>8</sup> Pour une étude exhaustive, voir F. Hourquebie, L'argument conséquentialiste dans les décisions de justice, *Les Cahiers de la justice*, n°2, 2014, pp. 199-216 ; et du même auteur, L'emploi de l'argument conséquentialiste par les juges de common law, in *La motivation des décisions des Cours suprêmes et constitutionnelles*, F. Hourquebie et M.-Cl. Ponthoreau (dir.), Bruylant, 2012, pp. 25-46.

permettant de mesurer les effets d'une décision dans la sphère sociale et, en dernière instance, en rendant la solution choisie suffisamment acceptable par et pour la communauté.

En mobilisant l'argument conséquentialiste, le juge de common law fait clairement appel à des références que l'on pourrait qualifier d'extra-juridiques, qui ont pour effet de placer la démarche conséquentialiste en dehors de tout positivisme. C'est avant tout la plus grande liberté dont jouit le juge en common law, puisqu'il est le créateur du droit et bénéficie, à ce titre d'un véritable rôle social, qui justifie le recours à un argument atypique, qui échappe aux contraintes juridiques inhérentes tant au raisonnement judiciaire qu'à la motivation de la décision qui en découle. Car la motivation, telle qu'elle est conçue dans le droit anglo-saxon, consiste avant tout à indiquer les raisons de toute nature qui ont guidé la Cour dans les options qu'elle a jugées préférables, plutôt qu'à réduire la justification au seul droit applicable. Cette observation qui pourrait surprendre rend parfaitement compte d'un fonctionnement de la justice qui cesse d'être purement formaliste et qui vise l'adhésion des parties et le soutien de l'opinion publique. Dans ce schéma, l'autorité et le pouvoir du juge se trouvent accrus et il est normal qu'il justifie par une argumentation appropriée comment il en a usé. Ainsi, il ne suffit plus d'indiquer que la décision est prise sous couvert d'une motivation simplement légale mais bien de montrer qu'elle est équitable, opportune et socialement utile.

Ce raisonnement singulier repose donc sur l'identification de facteurs extra juridiques. Au vu du réalisme du juge, que doit-on penser de la rédaction des décisions sur le modèle anglo-saxon ? Décision dans laquelle le juge dévoile les « vrais » motifs de la décision, c'est-à-dire les motifs que le juge continental dissimule derrière des motivations de droit. Ce type d'argumentation doit-il être combattu pour la seule raison que le « non-dit » que l'on trouverait dans la motivation de la décision d'un juge continental est révélé au moyen d'arguments au mieux para-juridiques et « au pire » extra-juridiques, qui relèvent de la subjectivité du juge, plus que d'une démarche objective et empirique ? En tout état de cause, l'argument conséquentialiste permet de porter à la connaissance le sens caché et non plus le seul sens apparent de la motivation ; et ce, contrairement à ce que permet une simple lecture formaliste de cette dernière. C'est ainsi que les auteurs anglo-saxons considèrent que les facteurs externes au droit n'en sont pas moins indispensables au bon fonctionnement du système juridique ; ils sont une sorte d'accessoire de l'ordre juridique, que Hart qualifie de « *règles secondaires* »<sup>9</sup> et Mac Cormick de « *justifications de second ordre* »<sup>10</sup>. L'exposé des avantages économiques, sociaux, moraux ou éthiques passe en toutes hypothèses par la mobilisation des exigences d'équité ou la recherche du soutien de l'opinion

---

<sup>9</sup> H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1976, p. 119.

<sup>10</sup> N. Mac Cormick, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, PUF, Les voies du droit, 1996, p. 117.

publique. C'est par cette balance des intérêts impliqués (« *multifactor balancing tests* ») que se construit une solution socialement acceptable et juridiquement raisonnable.

Pour cela, le raisonnement prend en compte la réalité en s'appuyant sur les considérations que l'on peut qualifier de pratiques, à défaut de strictement extra-juridiques, d'opportunité, des considérations sociologiques et plus largement sociales. En cela le conséquentialisme s'oppose radicalement au formalisme, remarquablement incarné par le syllogisme judiciaire « à la française » et qui irrigue aussi les raisonnements des Cours suprêmes de l'espace francophone.

Il en découle que l'argument conséquentialiste pourrait être considéré comme une forme d'inversion du raisonnement du juge et de renversement du sens de la motivation<sup>11</sup>. Inversion du raisonnement, premièrement, car c'est l'évaluation des conséquences possibles d'une décision à la lumière du standard de l'acceptable et du raisonnable dans une société démocratique qui va rétroagir sur le choix du juge de privilégier une solution plutôt qu'une autre. Le syllogisme formel et sa rigueur logique semblent bien loin. La rigueur formaliste et positiviste est donc assez largement étrangère au recours à l'argument conséquentialiste. Renversement du sens de la motivation, deuxièmement, car le prisme de la tradition continentale a toujours conduit à considérer que la motivation enserrait le pouvoir de juge dans un système de contraintes<sup>12</sup>. La transcription de ses présupposés normatifs dans la motivation devait ainsi limiter son arbitraire et conforter sa soumission à la loi. L'exposé des choix politiques ou éthiques en amont, et l'étude de leur impact sur le système social entendu largement en aval, ont décomplexé la motivation (au sens de libérée) d'un côté, mais l'ont aussi « recompléxée » (au sens de compliquée) de l'autre. Là où le juge était contraint, il devient libre.

## **2. Une démarche transposable aux Cours suprêmes francophones ?**

L'argument conséquentialiste pleinement assumé dans la démarche justificatrice des juges anglo-saxons ne relèverait-il pas du non-dit dans le raisonnement des juges des espaces francophones ? Il semble que la justification par les conséquences ne soit pas inexistante chez les juges francophones ; simplement elle est peut-être moins assumée parce que, au vu de la tradition juridique, il n'est pas utile ni ne serait légitime qu'elle le soit.

---

<sup>11</sup> Ce rôle assigné au conséquentialisme ferait du raisonnement judiciaire en common law un autre modèle-type de raisonnement en concurrence avec le modèle d'argumentation strictement déductif, in N. Mac Cormick, *art. cit.*, p. 181.

<sup>12</sup> Sur la notion de contrainte v. M. Troper, V. Champeil-Desplats et G. Grzegorzczak (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, 2005. Dans le même sens, v. M. Troper, La motivation des décisions constitutionnelles, in Ch. Perelman et P. Foriers, *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant 1978, pp. 296 et s.

Sans affirmer que la dichotomie classique entre les deux grandes familles de droit a vécu, ce qui serait excessif, il serait pour autant aussi excessif de ne pas soutenir qu'il n'y a pas aujourd'hui une certaine convergence entre ces deux modèles et donc, des méthodes d'interprétation. Même dans la tradition continentale, le juge n'est plus exclusivement dans une démarche déductive et une vision légaliste, mais va bien chercher une solution équitable et raisonnable au jugement. Tout en restant dans ce que son système de droit l'autorise, le juge réalise, peut-être sans l'assumer pleinement, une synthèse entre l'équité et la loi en corrigeant la rigueur de cette dernière par l'utilisation d'un droit prétorien. Le juge n'est plus seulement l'auxiliaire du législateur ; il en est aussi le complément. Cette modification de l'office se traduit alors très directement dans la diversité des arguments justificatifs qu'il utilise.

Par ailleurs, en s'appuyant sur la sociologie du droit, on peut considérer que la motivation des décisions de justice ne reflète pas uniquement la culture judiciaire ou le phénomène de juridictionnalisation croissante de la société ; elle révèle aussi les « *nouveaux paradigmes* »<sup>13</sup> qui s'imposent de manière identique aux juges, quelle que soit leurs traditions juridiques, common law ou continentale, et aux destinataires de la décision de justice. Il en va ainsi, d'une part, du paramètre éthique et moral qui, explicitement ou implicitement, irrigue de plus en plus tant le délibéré que la motivation. Il en va aussi, d'autre part, de l'exigence de communication dans une société où « *l'autorité de la décision ne suffit pas à elle seule* »<sup>14</sup>. La nécessité d'expliquer, de justifier et d'argumenter vis-à-vis des tiers fait que « *la motivation est devenue communication (...); elle n'est plus [seulement] un procédé de justification mais [devient] aussi un procédé de justification* »<sup>15</sup>. La motivation juridique n'est alors plus suffisante ; elle doit se doubler de justification sur les contradictions entre les normes et les valeurs dans un souci d'intelligibilité, d'équité et de justice de traitement.

Les raisons sont donc fortes pour conclure à l'importation dans les droits francophones d'une technique de justification dont il n'est pas certain que les juges francophones ne la pratiquent pas déjà de manière « officieuse ». Ce que relevait André Tunc dès 1985, plaidant en faveur de l'ouverture de la Cour de cassation française à la réalité sociale - c'est-à-dire à la prise en compte des conséquences économiques et sociales de ses arrêts -, et relevant à cet égard que « *la possibilité de prononcer et répéter des formules abstraites permet d'esquiver une réelle discussion des problèmes ; elle permet de n'envisager que superficiellement les conséquences qui résulteront de la décision* »<sup>16</sup>. C'est ici implicitement rappeler que la théorie du bilan coût/avantages, chère au Conseil d'Etat français et aux autres juridictions suprêmes francophones, n'est peut-être pas si éloignée de la logique conséquentialiste.

---

<sup>13</sup> E. Jouannet, Remarques conclusives, in H. Ruiz-Fabri et J.-M. Sorel, (dir.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Coll. Contentieux international, Pedone, 2008, p. 279.

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 280.

<sup>16</sup> A. Tunc, La Cour de cassation en crise, *Archives de philosophie du droit*, 1985, p. 166.

D'ailleurs, peut-être plus encore que les Cours suprêmes des ordres juridictionnels ordinaires, les Cours constitutionnelles francophones se livrent plus facilement au conséquentialisme. Il est vrai que la matière constitutionnelle s'y prête particulièrement avec l'exigence d'adéquation optimale de la norme fondamentale à la réalité sociale qu'elle est censée traduire et refléter (v. *supra* les propos *supra* sur la théorie du droit vivant ou la thèse américaine du « *living constitutionalism* »<sup>17</sup>). Pour autant, et cet écueil est encore plus saillant dans la motivation constitutionnelle, si le juge est amené à prendre en considération les effets d'une décision qui, pour être la plus acceptable possible, implique une réserve d'interprétation voire une censure de la disposition législative en cause, la démarche conséquentialiste risque aboutir à substituer à la volonté du législateur celle du juge constitutionnel. Car rien ne garantit que le choix opéré par le juge aurait pu être celui du législateur, le Conseil constitutionnel français rappelant par exemple régulièrement qu'il ne « *dispose pas d'un pouvoir d'appréciation identique à celui du Parlement* ». La critique du gouvernement des juges se fait alors entendre et le procès en illégitimité de la justice n'est jamais bien loin. C'est peut-être là, en réalité, la limite la plus contraignante au recours explicite à l'argument conséquentialiste par les Cours suprêmes francophones.

Fabrice Hourquebie  
Professeur de droit public – université de Bordeaux  
Directeur du Centre d'Etudes et de Recherches Comparatives sur les Constitutions, les Libertés et  
l'Etat (CERCCLÉ)

---

<sup>17</sup> D.-J. Goldford, *The american constitution and the debate over originalism*, New York, Cambridge University Press, 2005, pp. 67 et s.