

LA PROBLÉMATIQUE DU JUGEMENT DE LA LOI DANS LE RÔLE DU JUGE

Bi Zaouli Sylvain ZAMBLÉ
Université Alassane Ouattara (CI)
Email : bizaoulisylvain@gmail.com

Résumé

Le jugement de la loi est traditionnellement considéré comme une activité incompatible avec le rôle du juge, ce dernier ayant pour tâche d'appliquer la loi et non de la juger. Or, le juge peut se trouver confronté à une règle inique dont l'application mécanique produirait de l'injustice dans la société. Cette situation pose la nécessité de l'examen des règles juridiques avant leur application. Un tel examen est un acte de jugement porté sur la loi. En effet, loin d'être une activité incompatible avec le rôle du juge, le jugement de la loi en est une des dimensions. Il est présent à travers certaines activités judiciaires telles que le choix de la norme adéquate, l'interprétation et le contrôle de la constitutionnalité de la loi. À travers ces activités, le juge examine la capacité de la loi à réaliser la justice. Cet examen comporte un aspect éthique consistant à évaluer les règles juridiques à l'aune des principes de justice et d'équité. Il s'agit d'une évaluation éthique de la loi qui pourrait contribuer à garantir la justesse des décisions judiciaires.

Mots-clés : Éthique, juge, jugement, justice, loi.

Abstract

Judging the law has traditionally been seen as an activity incompatible with the role of the judge, the latter having the task of applying the law, not judging it. However, the judge may be faced with an iniquitous rule, the mechanical application of which would produce injustice in society. This situation poses the need to review legal rules before they are applied. Such an examination is an act of judgment on the law. Indeed, far from being an activity incompatible with the role of the judge, the judgment of the law is one dimension. It is present through certain judicial activities such as the choice of the adequate standard, the interpretation and the control of the constitutionality of the law. Through these activities, the judge examines the capacity of the law to achieve justice. This review includes an ethical aspect consisting in evaluating the legal rules against the principles of justice and equity. It is an ethical review of the law that could help ensure the correctness of judicial decisions.

Keywords: Ethics, judge, judgment, justice, law.

Introduction

« Le juriste surtout le juge n'a pas à s'interroger sur la justesse du droit. On lui demande, le juge, d'appliquer la loi, en s'interdisant d'apprécier la loi, de porter aucun jugement de valeur sur la loi » (F. W. Wodié, 2019, p. 5). Cette affirmation de Francis Wanga Wodié est la position de plusieurs spécialistes des questions judiciaires, les juges y compris. Elle signifie qu'il est interdit au juge de juger

la loi, sa tâche consistant uniquement à l'appliquer. Il s'agit d'une conception de la fonction judiciaire inspirée de Montesquieu (1977, p. 209) pour qui « le juge n'est pas plus que la bouche par laquelle le droit s'exprime ». En ce sens, il devrait se limiter, dans l'exercice de sa fonction, à dire le droit dans toute sa rigueur et sans en changer un seul mot. Ce qui exclut, pour lui, toute possibilité d'interroger la justesse de la loi. Pourtant, selon L. Bégin (2001, p. 9), « tout jugement implique inévitablement un moment de discrétion individuelle. Si tel n'est pas le cas, nous sommes plutôt en présence d'une application mécanique ». Cette discrétion individuelle du juge suppose une dimension réflexive du jugement qui nécessite un examen de la règle à appliquer. Un tel examen peut consister à interroger l'adéquation et la justesse des règles juridiques. Ainsi, en cas d'insuffisance des règles juridiques, le juge peut recourir aux standards généraux pour exprimer le droit sous son meilleur jour, comme l'entend Ronald Dworkin. C'est pourquoi, John Dewey considère que les règles juridiques ne sont pas des données absolues et implacables face auxquelles le juge serait impuissant, elles sont semblables à une hypothèse qui doit être confrontée à la réalité pratique. Autrement dit, « les règles juridiques servent d'hypothèse que les tribunaux mettent à l'épreuve dans les cas concrets » (M. C. Belleau et D. Mckee, 2018, p. 513). Cette épreuve suppose un jugement des règles juridiques dont les implications sur le développement du rôle du juge restent encore peu explorées.

Ce sont ces implications que nous allons analyser dans la présente étude. Une telle analyse permettrait d'éclairer les conditions dans lesquels le jugement de la loi est possible. Dès lors, une question fondamentale se pose : le jugement de la loi est-il concevable dans la fonction du juge ? La réponse à cette préoccupation nécessite quelques questions subsidiaires : En quoi le jugement de la loi serait-il exclu du rôle du juge ? Est-ce à dire que cette activité est-elle incompatible avec le jugement judiciaire ? Le jugement de la loi ne peut-il pas garantir la justesse des décisions judiciaires ? Bien que le jugement de la loi soit traditionnellement exclu du rôle du juge, une analyse approfondie de ce rôle permet d'y découvrir ses traces. Celles-ci résident non seulement dans le choix des règles adéquates et de leurs significations ainsi que dans le contrôle de la constitutionnalité de la loi. Cela signifie que le jugement de la loi est une dimension réelle du rôle du juge.

Une telle position philosophique vise à mettre en évidence la nécessité du jugement de la loi dans la fonction du juge. Elle permet d'enrichir le rôle du juge, en y montrant la place de cette activité insoupçonnée qu'est le jugement de la loi. Celui-ci se présente comme un moyen d'éviter l'application des lois iniques, c'est-à-dire des lois injustes et non équitables. Pour atteindre ces objectifs, le recours à la méthode critique semble indispensable, car elle permet de montrer les limites de l'interdiction du jugement de la loi dans le rôle du juge avant de poser ses fondements et sa nécessité dans la quête de la justice. C'est pourquoi, à partir d'une analyse de l'exclusion du jugement de la loi du rôle du juge (1), il sera question d'interroger la place et les fondements de cette activité (2) ainsi que ses enjeux éthiques (3).

1. Exclusion du jugement de la loi de la fonction du juge

Considéré traditionnellement comme le gardien du droit, le juge est chargé d'appliquer la loi en vue de la justice. Il utilise la règle juridique comme un outil fondamental d'évaluation à l'aide duquel il examine la justesse d'un acte donné. Un tel exercice de la fonction judiciaire semble exclure toute possibilité de jugement de la loi, celle-ci étant vue comme un moyen de jugement et non comme son objet. Une bonne compréhension de cette restriction du rôle du juge nécessite son éclairage (1.1) ainsi qu'une analyse des raisons qui la fondent (1.2).

1.1. L'interdiction du jugement de la loi dans la fonction du juge

Le rôle du juge réside fondamentalement dans l'acte d'application de la loi, entendue au sens large comme l'ensemble des règles du droit positif. Ce rôle d'application se traduit, selon Wodié, par trois missions essentielles. La première consiste à dire le droit, c'est-à-dire traduire fidèlement le sens des normes juridiques. Il s'agit plus exactement, pour le juge, de rétablir l'exactitude des faits, de les qualifier juridiquement et de trouver la loi adéquate qui devra être interprétée de sorte à en faire une bonne application. Cette première mission revient à « dire la vérité du droit » (F. W. Wodié, 2019, p. 5). Elle ouvre à une autre mission, celle de rendre justice.

À ce niveau, la justice peut être comprise au sens de la justice corrective d'Aristote. Pour Aristote (2014, p. 112) « le juge restaure l'égalité ». Il s'agit d'une égalité arithmétique qui revient, selon les termes de P. Raynaud (2020, p. 90), à « déterminer ce qui revient à chacun, en faisant éventuellement abstraction des vertus des justiciables » dans la mesure où « le juge ne tient pas compte des différences de mérite ou de position sociale ». Ce rôle correcteur et réparateur du juge requiert un dédommagement des victimes et une punition des fautifs. Ainsi, à la différence de Platon qui pose le rétablissement de l'ordre dans l'âme des individus comme la condition de l'ordre politique et social, la justice aristotélicienne porte directement sur le comportement des hommes dans la société. À ce titre, c'est l'acte et non la vertu de l'individu qui est à juger. Alors, rendre justice, pour Aristote, revient à garantir ou à restituer à chacun sa part. Il s'agit là du rétablissement de l'égalité qui peut aussi correspondre à la légalité, au sens où la garantie de la place de chacun requiert le respect de la loi qui la consacre. Cette fonction de rétablissement de la justice vise également la restauration de la paix, de l'ordre et de la sécurité qui constitue, selon Wodié, la troisième mission du juge.

Celle-ci réside dans une double action : la force et la négociation. En effet, la décision rendue par le juge est revêtue de l'autorité de la chose jugée, de sorte qu'elle s'impose à tous lorsqu'elle est devenue définitive. Cela exige que chaque partie la respecte, au risque d'être contrainte à exécution avec le concours des forces de l'ordre. En ce sens, le juge est le garant de la sécurité. Mais, il ne s'agit pas seulement d'une sécurité imposée, il peut aussi être question de médiation et de négociation pour une solution à l'amiable ou pour une réconciliation des parties. Au-delà des cas individuels, il s'agit plus fondamentalement d'un rétablissement de l'ordre et de l'harmonie dans une société déchirée en elle-même ou en déphasage avec le droit. Le rôle du juge à ce niveau est d'aider le droit à se réconcilier avec la population, en l'adaptant au besoin de cette dernière et en garantissant par des décisions la

stabilité des institutions et de l'ordre social. Il s'agit, selon B. Aharon (2006, p. 232), de « combler le fossé qui existe entre le droit et la société » et de sauvegarder la démocratie. Dans ce cas, l'adaptation du droit à la société permet au juge de mieux répondre aux attentes de justice de la communauté. Cette possibilité d'adaptation du droit pourrait entraîner sa modification, car adapter c'est ajuster. Or l'ajustement implique un changement de la forme initiale. Ce sont ces implications de l'ajustement de la loi qui amènent Aharon à affirmer que le juge ne fait pas que dire le droit, il le crée aussi. Il le crée à travers l'interprétation, car le sens d'une loi après son application par le juge n'est pas tout à fait le même que celui qu'il avait avant cette application. À ce titre, c'est l'interprétation qui confère sens à la loi.

Malgré cette possibilité d'ajustement de la loi, et même de création du droit par le juge, la loi continue d'être considérée comme un outil puissant et implacable aux mains des juges. Puissant, parce que cet outil serait au-dessus de celui qui l'utilise, le juge étant soumis à la loi. Implacable, parce que ce dernier n'aurait pas le pouvoir de le modifier. Il aurait le devoir de lui demeurer fidèle, de trouver son sens juste et de l'appliquer. Ainsi, la loi se pose comme un moyen de jugement, et non son objet. Au fond, dans le jugement judiciaire, il existe trois éléments essentiels : le sujet, le moyen, l'objet. Le sujet, c'est celui qui pose l'acte de juger ; il s'agit du juge. Il est l'acteur de justice qui agit. Le moyen est ce par quoi l'acte de juger est possible ; c'est un instrument de travail aux mains du juge, c'est la loi, en tant qu'ensemble des normes juridiques. Elle se présente ici comme un outil d'évaluation et d'appréciation. L'objet, le troisième élément, est le litige (le contentieux), car il est ce sur quoi porte le jugement. C'est le fait qui est soumis au jugement. En un mot, le jugement judiciaire ne devrait pas porter sur la loi, mais sur les litiges. Cette exclusion du jugement de la loi repose sur des fondements qui méritent d'être examinés.

1.2. Des fondements de l'interdiction du jugement de la loi

L'interdiction du jugement de la loi dans la fonction du juge repose sur trois idées essentielles. La première est relative à la crainte de l'abus du pouvoir. Elle a été évoquée par Montesquieu qui estime que l'institution du juge, en tant qu'entité séparée du parlement et de l'exécutif, vise à éviter les abus du pouvoir. Ces abus sont généralement favorisés par la concentration de tous les pouvoirs, ou de plusieurs, dans la main d'une seule personne ou entité. Ainsi, « il n'y a encore point de liberté, si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice » (C. Montesquieu, 1977, p. 295). Cette confusion des pouvoirs aux mains du juge conduirait ce dernier à l'arbitraire et / ou à l'oppression, étant donné qu'il serait soit législateur, créateur de loi, soit exécutif, détenteur de la force étatique, ou les deux à la fois. C'est pourquoi leur séparation est nécessaire, car elle permettrait de limiter les prérogatives de chaque institution de sorte qu'aucune n'empiète sur le domaine de l'autre. Ainsi, le rôle de création de la loi reviendrait au législateur, celui de son application au juge et celui de son exécution au gouvernement. À ce titre, le jugement de la loi serait incongru, car il consisterait à mettre en examen, voire en doute, l'œuvre et l'autorité du législateur. Pis, il conduirait à écarter les lois jugées mauvaises et à les remplacer éventuellement par d'autres règles qui

pourraient être créées par le juge lui-même. Dans ce cas, le juge ne ferait pas que discuter l'autorité du législateur, il se substituerait à ce dernier. Ce risque de confusion de pouvoir et de son abus probable nécessite la séparation des pouvoirs. Cette séparation des pouvoirs vise à éviter ces abus et à garantir la sécurité juridique. Cela permet à chaque citoyen d'être en mesure de prévoir les conséquences de ses actes en vertu des normes en vigueur.

De là, une deuxième raison se présente, celle d'éviter que le jugement porté par le juge sur la loi soit un jugement de valeur qui l'autoriserait à dissimuler sa propre conception de justice derrière sa fonction officielle. Ce serait une entorse aux principes qui fondent la fonction du juge. Ces principes s'entreviennent dans trois caractères qu'Alexis de Tocqueville confère à la puissance judiciaire. Le premier caractère est le rôle d'arbitre. Cela signifie que le juge est un tiers qui n'est pas partie au conflit qu'il doit résoudre. Il juge l'affaire en toute liberté de sorte à permettre sa bonne résolution. À ce titre, il se caractérise par son impartialité. C'est bien en ce sens que son rôle est symbolisé par une balance et un glaive traduisant l'équilibre et le juste milieu. Cette impartialité, doublée d'objectivité, implique pour le juge un deuxième caractère, celui de ne statuer que « sur les cas particuliers » (A. Tocqueville, 2012, p. 87). Cette exigence de limiter la décision du juge au cas d'espèce lui interdit de porter son jugement sur les principes généraux parmi lesquels l'on peut inclure les règles juridiques. Toutefois, cette limitation du champ du jugement judiciaire n'empêche pas une portée généralisable des décisions judiciaires de sorte à servir d'exemples pour les affaires ultérieures. Cela suppose une grande importance de la décision judiciaire. C'est pourquoi, le juge ne doit pas s'autosaisir. Il ne peut agir que quand il est saisi. Cette interdiction de l'auto-saisine rejoint non seulement le principe d'impartialité et de désintérêt évoqué plus haut, mais aussi celui de l'autorité. Nul n'est obligé de porter son affaire devant le juge, mais une fois que l'affaire est y portée, les parties sont tenues de se soumettre à son autorité. Ainsi, la décision de justice s'impose aux parties et même aux tiers. Mieux, lorsqu'il s'agit d'une décision définitive, elle est revêtue de l'autorité de la chose jugée, c'est-à-dire qu'elle est inattaquable et requiert soumission. Tous ces garde-fous devraient permettre la rigueur et la justesse de la décision de justice.

Il existe une troisième raison qui fonde l'interdiction du jugement de la loi. C'est la crainte de confusion entre le droit et la morale. Permettre au juge de dire si la loi est juste ou non, reviendrait à admettre que le juge puisse décider en fonction de sa propre conception de la justice. Une telle conception serait certainement issue de la morale. Autrement, au nom de quoi la loi serait-elle jugée ? Un tel jugement s'effectuerait-il sur une base légale ou éthique ? Le positivisme soutient, contre le jusnaturalisme, une séparation stricte entre le droit et la morale. Cette séparation doit permettre une bonne scientification du droit, qui serait épuré de toute considération métaphysique et morale. Le droit ainsi limité à sa dimension positive se pose comme une référence objective pour le juge. Le jugement de la loi serait associé à un jugement moral ou jugement de valeur qui contrarierait l'objectivité du droit. C'est pourquoi, il est exclu du jugement judiciaire. Si les raisons évoquées sont toutes valides et compréhensibles, elles peuvent bien conduire à la mécanicité du jugement juridique.

Cette mécanicité traduite dans le rôle d'application du juge pourrait porter atteinte à l'essence du jugement qui suppose « un moment de discrétion individuelle » (L. Begin, 2001, p. 9), c'est-à-dire une possibilité d'agir selon sa propre autonomie et son entendement. Juger, c'est apprécier une situation par un travail de réflexion et d'analyse afin de la qualifier et la traiter en fonction de sa catégorie. C'est exprimer la particularité de sa perception de la situation. Dans ce cas, le simple fait d'appliquer une règle à une situation donnée ne traduit pas le jugement dans la mesure où celui-ci suppose une activité réflexive émanant de la conscience humaine. En absence de cette réflexion et de l'intervention de la conscience humaine, le jugement devient un travail mécanique susceptible d'être effectué par des machines. Le rôle du juge serait ainsi mécanisé au point qu'il pourrait appliquer une loi, sans chercher à savoir si elle est juste ou injuste.

C'est cette application aveugle de la loi qui a conduit les juges français à appliquer des lois antisémites sous le gouvernement de Vichy. Ce dernier organisait l'exclusion des Juifs de la citoyenneté ainsi que la spoliation de leurs biens. Pour conférer une légitimité à ces mesures, le gouvernement avait besoin qu'elles soient consacrées par des décisions judiciaires. Ainsi, « la magistrature appliqua sans jamais les critiquer ces mesures confiscatoires contraires au principe d'égalité devant la loi » (R. Badinter, 2019, p. 8). Cette exclusion des Juifs de la citoyenneté revenait à les priver d'une part de l'égalité, étant considéré comme des hommes de trop, et d'autre part de la légalité, c'est-à-dire de la protection de la loi. Malgré le caractère manifestement exclusif et inhumain de ces lois antisémites, les juges se sont vus obligés de les appliquer, étant convaincus que leur rôle était d'appliquer la loi quel qu'en soit le contenu. C'est comme s'il n'existait aucune possibilité pour le juge d'éviter l'application des lois iniques. Cet évitement nécessiterait un jugement de la loi, c'est-à-dire un exercice de réflexion sur la loi de sorte à vérifier sa justesse. Une telle activité semble bien exister dans le jugement judiciaire.

2. Place et fondement du jugement de la loi dans la quête de la justice

Bien que le jugement de la loi soit considéré comme une activité exclue de la fonction du juge, il y apparaît sous divers angles. Cette affirmation repose sur deux idées fondamentales. D'une part, contrairement à la conception générale du rôle du juge, le jugement de la loi est une dimension de ce rôle. D'autre part, ce jugement est une activité utile dans la quête de la justice, car elle permet de découvrir les insuffisances de la loi et de les surmonter. Il s'agit donc d'une activité indispensable à la réalisation de la justice. C'est pourquoi, nous allons analyser sa place dans la fonction du juge (2.1) avant d'examiner son fondement (2.2).

2.1. Le jugement de la loi dans la fonction du juge

Malgré l'unanimité sur l'interdiction du jugement de la loi, le rôle du juge ne saurait se détacher complètement de cette activité. Le jugement de la loi peut s'observer à certains niveaux d'exercice de ce rôle. Il se présente d'emblée dans le choix de la norme juridique convenable pour juger une affaire donnée. C'est que la qualification juridique du fait nécessite de retenir une règle applicable. En fait, pour une affaire donnée, plusieurs lois peuvent convenir, c'est-à-dire qu'il peut être appliqué à cette

affaire une diversité de règles juridiques. À ce niveau, le juge peut analyser toutes les lois proches ou convenables pour en choisir la ou les plus adéquate(s). Ce travail de choix de la loi constitue le premier niveau du jugement de la loi, dans la mesure où il est question pour le juge d'examiner la compatibilité entre la loi et les faits en question. Il ne doit choisir que les lois qu'il juge adéquates.

Un deuxième niveau de jugement de la loi se traduit dans l'interprétation du droit. Cette activité du juge, que nous avons évoquée ci-haut, ne se réduit pas à un simple travail de restitution de sens. Elle met souvent le juge dans l'embarras, étant donné qu'une même loi ou norme juridique peut susciter plusieurs interprétations, dont certaines sont contradictoires entre elles. À ce titre, les juges doivent examiner ces différents sens afin d'en dégager le meilleur. Il s'agit, selon R. Dworkin (1994, p. 75), de traduire le droit « sous son meilleur jour », en faisant ressortir son sens le plus juste et le plus adéquat à l'équité. Pour cela, « il devra tenir compte des précédents, des lois et des interprétations de ceux-ci qui ont construit l'histoire de ce droit, de manière à déterminer l'interprétation qui convient » (L. Bégin, 1997, p. 422). Cela l'oblige à choisir l'interprétation qui permet de maintenir la cohérence de l'histoire du système juridique concerné. Il est question de donner une meilleure lecture du droit au regard de la morale et de la justice. Ainsi, les juges peuvent trouver que les différents sens des règles juridiques ne permettent pas de résoudre le problème de la meilleure manière. Dans ce cas, ils recourent aux standards juridiques qui peuvent être des principes moraux visant la justice ou des politiques dictant les attentes de la société. C'est à l'aide de ces principes que le droit est interprété et traduit dans sa meilleure expression. Cela signifie que l'interprétation revient à juger la loi afin d'y chercher la meilleure traduction du droit. À défaut, le juge écartera la loi pour chercher ce meilleur sens du droit dans les principes juridiques et moraux.

Le troisième niveau de jugement de la loi réside dans le contrôle de constitutionnalité des lois dévolu aux juges constitutionnels. Il s'agit d'examiner la conformité d'une loi avec les attentes de justice du peuple prescrites dans la constitution. En Côte d'Ivoire, il est question de déférer au Conseil constitutionnel une loi, qui doit être promulguée ou appliquée, au motif qu'elle ne semble pas conforme à la constitution. Dans ce cas, la loi est suspendue et les juges constitutionnels examinent sa conformité avec la constitution. Cet examen de conformité se présente comme un acte de jugement de la loi sous deux aspects. D'une part, la loi est déférée au Conseil constitutionnel comme un accusé dont la situation doit être analysée par les juges. Ainsi, ces derniers statuent sur son cas comme si elle était en procès. Autrement dit, en interrogeant la constitutionnalité de la loi, les juges font ainsi son procès, et donc son jugement. D'autre part, les juges examinent sa conformité d'avec la constitution. Cela est un acte de jugement dans la mesure où il est question de savoir si la loi est juste ou non. Seulement, cette justesse de la loi est analysée par rapport aux principes et dispositions énoncées dans la constitution. F. Wodié (2019, p. 3) explique ce contrôle en ces termes : « par ce contrôle, le juge est appelé à confronter la loi, émanant du pouvoir législatif, à la constitution, pour savoir si la loi a été régulièrement édictée, c'est-à-dire si elle l'a été dans le respect des dispositions de la constitution ». Le juge se met ainsi à un niveau élevé, au-dessus du législateur, pour juger son œuvre qu'est la loi. Ce jugement de la loi peut permettre de constater soit l'inconstitutionnalité de la loi, soit

sa constitutionnalité. Dans le premier cas, elle est rejetée de sorte qu'elle ne saurait être promulguée ou appliquée en l'état. Il faudra la modifier si l'inconstitutionnalité concerne une partie détachable ou l'abandonner si tout le texte est contraire à la constitution. Dans le second cas, c'est-à-dire le cas où la loi est déclarée conforme à la constitution, la voie est ouverte à sa promulgation ou à son application. C'est comme si les juges, après avoir jugé la loi, la condamnaient à travers son rejet ou la libéraient par l'autorisation de sa mise en œuvre. Tout cela prouve que le jugement de la loi est bien une réalité dans la fonction judiciaire, même si les acteurs n'en sont pas suffisamment conscients et que les spécialistes en réduisent la portée. C'est pourquoi, il faut éclairer ses fondements.

2.2. Du fondement du jugement de la loi

La raison fondamentale pour laquelle la loi doit être jugée, c'est sa faillibilité. C'est le fait que la loi ne soit pas toujours parfaite, pouvant être tantôt juste et tantôt injuste, qu'il faut la juger pour en apprécier la justesse. Cette faillibilité de la loi peut bien se lire dans la pensée des philosophes qui rejettent le jugement de la loi. C'est le cas de Montesquieu qui estime que la justesse est la caractéristique fondamentale de la loi. Pour lui, toutes les choses justes ne sont pas des lois, mais les lois doivent être nécessairement justes. Cette position de Montesquieu suppose deux idées majeures : la nécessité de la justesse de la loi et l'obligation d'y obéir. Au fond, pour le philosophe français, une loi ne mérite d'être appelée loi que lorsqu'elle est juste. Cela exclut de la catégorie de loi tout ce qui est injuste. Ce qui supposerait qu'on puisse bien désobéir aux lois injustes, car elles ne sont pas considérées comme des lois. Mais, à l'inverse, il est obligatoire d'obéir aux lois justes, étant considérées comme les seules vraies lois. Seulement, il n'est indiqué aucun mécanisme clair de détermination de la justesse de la loi. On peut considérer qu'elle est supposée, comme un postulat qu'on ne devrait pas discuter, mais qu'on devrait utiliser pour élaborer un jugement. Ce qui revient à dire que, selon Montesquieu, tout ce qui est considéré comme loi est juste, au point qu'il n'est plus besoin de la juger ou d'en douter. Cela supposerait une obéissance aveugle à la loi, qui serait contraire aux principes de justice, étant donné qu'elle peut conduire à l'application des lois iniques.

L'existence de ces lois iniques transparaît également dans la pensée de Montaigne, un autre défenseur de l'obéissance absolue à la loi. Voici ce qu'il écrit : « Les lois se maintiennent en crédit, non parce qu'elles sont justes, mais parce qu'elles sont lois » (M. Montaigne, 1962, p. 1049). Cette affirmation du philosophe français suppose la faillibilité de la loi, c'est-à-dire la possibilité de trouver des lois injustes. C'est même cette possibilité de trouver des lois injustes qui l'amène à exiger une soumission, sans considération de sa justesse ou de son iniquité. Or, c'est cette possibilité de trouver des lois injustes qui légitime le jugement de la loi. En termes plus simples, il faut juger la loi parce qu'elle peut être juste ou injuste. Cela permet d'apprécier son aptitude à réaliser la justice dans une société. C'est pourquoi, B. Pascal (2015, p. 73) répond à Montaigne en ces termes : « Il est dangereux de dire au peuple que les lois ne sont pas justes ; car il n'y obéit qu'à cause qu'il les croit justes ». Pascal est certes d'avis avec Montaigne que la loi doit être respectée parce qu'elle est une valeur supérieure, mais il précise que ce n'est pas pour cette raison seule que le peuple la respecte. Il s'y soumet parce

qu'il croit qu'elle est juste, en tant qu'expression de la raison et de la justice. Cela signifie que la crédibilité de la loi dépend de sa justesse, car aucun peuple ne voudrait obéir à une loi injuste. Pour démontrer cette crédibilité de la loi aux yeux de tous, il faut la juger. Ce jugement ne devrait pas se limiter en un examen de conformité au système du droit positif qui lui-même peut être défectueux, il faut donc recourir à l'éthique pour accomplir la plénitude du jugement de la loi.

3. Enjeux éthiques du jugement de la loi

Si le jugement de la loi existe actuellement comme un contrôle de conformité par rapport à un système juridique donné, il semble nécessaire de l'étendre à la sphère de l'éthique. En effet, « tout n'est pas que juridique, contrairement à ce que l'on entend souvent, et tout ne peut non plus être réglé par le droit » (A. Lacroix, 2002, p. 217). Pour la résolution des problèmes dans la société ainsi que la quête de la justice, le recours à l'éthique peut s'avérer nécessaire. En fait, au-delà d'un examen juridique de la loi, le juge peut également interroger les valeurs qui la fondent ainsi que ses conséquences probables. Une telle interrogation traduisant le contrôle de l'éthicité de la loi (3.1) vise à assurer la justesse des décisions judiciaires (3.2).

3.1. Du contrôle de l'éthicité de la loi

La dimension éthique du jugement de la loi commence avec le contrôle de la moralité de la loi. Il consisterait à interroger la loi pour attester de sa conformité aux exigences de la morale d'une société donnée. En ce sens, les traces de ce contrôle pourraient se trouver dans l'œuvre de Ronald Dworkin, vu qu'il « considère que le processus d'interprétation constructive doit se faire à l'aune des principes de justice, d'équité et d'équité procédurale » (C.E. Bélanger, 2017, p. 7). Cela l'oblige à rechercher la règle juridique qui correspond au mieux à l'équité, en tant qu'exigence naturelle de justice et de droiture. Au-delà du droit positif, l'équité vise à promouvoir la bonne conduite de l'individu dans la société. Si une loi n'y correspond pas, elle peut être écartée. Et s'il n'existe aucune règle adéquate, le juge peut recourir à des standards juridiques pour rendre justice. Au fait, en cas d'absence, d'imprécision ou d'iniquité de la règle du droit positif, le juge peut recourir aux standards, qui peuvent être soit une politique soit un principe. Si la politique se définit comme le but qu'un peuple s'est fixé, le principe se pose comme « l'exigence de la justice issue de la morale » (R. Dworkin, 1985, p. 36). Cela signifie que le juge doit juger la loi, c'est-à-dire l'évaluer, au regard des principes moraux et des attentes de la communauté afin d'apprécier leur justification et leur compatibilité. La justification réside dans le fait que la loi puisse traduire les principes moraux de la justice dans leur meilleure expression. La compatibilité, c'est l'adéquation avec le système juridique dans son ensemble et surtout avec les décisions antérieures de sorte à assurer la continuité de l'histoire judiciaire. Il s'agit ainsi d'un jugement de la loi au regard de la moralité telle que conçue dans une société libérale.

Au-delà de ce contrôle de la moralité relative à une société donnée, le contrôle de l'éthicité de la loi vise l'universalité et la réflexivité du jugement. En effet, du grec "*ethos*", éthique, suivie du suffixe français "ité" qui sert à exprimer une caractéristique, l'éthicité traduit le caractère éthique d'une

chose. C'est la conformité de la chose aux exigences éthiques. Il est ici question du caractère éthique de la loi, en tant que règle juridique. L'éthique, elle-même, se définit comme une démarche consistant à interroger les fondements et les conséquences d'un acte. Elle vise d'une part à fonder une action sur une valeur considérée comme la plus adéquate à une situation donnée et d'autre part à permettre la prise d'une décision dont la conséquence sur la vie du sujet et de la société paraît la meilleure de toutes les conséquences probables des actions possibles. Un acte éthique est donc le meilleur acte possible dans un contexte donné. À la différence de la morale, se présentant comme un jugement de valeur qui prescrit et interdit des pratiques en fonction de l'état de pensée et des dogmes d'une société particulière, l'éthique est la réflexion qui interroge les valeurs et croyances qui sont au fondement de ces pratiques ainsi que leurs conséquences sur la vie de l'individu et de la société. Elle est une démarche qui questionne l'agir humain en vue de mieux l'orienter. De ce fait, le contrôle de l'éthicité de la loi revient à interroger les valeurs qui la fondent afin d'attester de sa justesse. Il est question pour le juge de recourir à sa conscience et à son pouvoir personnel de jugement pour questionner la justesse de ses actes et décisions. Ainsi, au lieu d'une application mécanique de la loi, il examine sa justesse avant de l'appliquer, car seule la bonne application d'une loi juste peut garantir la justesse de la décision judiciaire.

3.2. De la justesse de la décision judiciaire

En considérant que le droit ne se réalise que dans son application, Dewey entendait affirmer la nécessité de reconnaître au juge le pouvoir d'adapter les règles juridiques aux situations particulières. Cette possibilité d'adaptation suppose un examen de la loi, c'est-à-dire son jugement, de sorte à l'appliquer dans le sens qui permet au mieux de réaliser la justice. En ce sens, le jugement de la loi contribue à l'amélioration de la décision judiciaire. En effet, la loi juste permet à la décision judiciaire d'atteindre sa finalité qui est la justice, celle-ci se traduisant aussi bien dans la légalité que dans l'égalité. La légalité est l'ordre juridique constitué, c'est-à-dire l'ensemble des lois mises en place pour régler la vie en société. Un tel ordre suppose l'égalité, c'est-à-dire le traitement de tous sur une base identique, en tant que membres de la communauté. De ce fait, la loi n'a d'égard qu'au caractère distinctif du tort causé au point que le juge, selon Aristote (2014, p. 111), « traite les parties à égalité, se demandant seulement si l'une a commis, et l'autre subi, une injustice, ou si l'une a été l'auteur et l'autre la victime d'un dommage ». La détermination de l'infraction et de la responsabilité de chacun permet au juge « de rétablir l'égalité en dédommageant les victimes de l'injustice mais aussi en enlevant aux coupables le gain qu'ils ont injustement obtenu » (P. Raynaud, 2020, p. 90). Dans ce cas, la justice s'exprime en termes de gain et de perte de sorte que le rôle du juge revient à restituer ce qui a été injustement perdu et à ôter ce qui a été obtenu de façon illicite.

À ce titre, la décision la décision judiciaire, selon P. Ricœur (1992, p. 25), a deux tâches :

d'un côté, trancher, mettre fin à l'incertitude, séparer les parties, de l'autre, faire reconnaître par chacun la part que l'autre prend à la même société que lui, en vertu de quoi le gagnant et le perdant du procès seraient réputés avoir chacun leur juste part à ce schème de coopération qu'est la société.

Cela signifie qu'une bonne décision judiciaire a deux finalités immédiates. Elle sépare, car elle tranche, en mettant fin au conflit, et en offrant à chacun sa part. Mais, de l'autre côté, elle réunit, étant donné qu'elle amène chacun à reconnaître la justesse de sa place. Cette double reconnaissance qui traduit la fin du conflit et le rétablissement du vivre-ensemble, rend caduque les idées de gagnant et de perdant, chacun étant mis à sa juste place. Autrement dit, avec une telle décision, il n'y a plus de gagnant ni de perdant, il n'y a que le règne de la justice.

Bien sûr, il existe littéralement un gagnant et un perdant, dans la mesure où le procès a pour rôle de trancher et de désigner celui qui a raison et celui qui a tort. En ce sens, le premier serait le gagnant et le second le perdant. Mais, dans le fond, il n'existe véritablement pas de perdant lorsque la justice est restituée. Le fautif est invité à rendre à l'autre ce qu'il avait pris injustement. C'est une chance qui lui est donnée de payer le prix de son acte délictueux et d'espérer se faire pardonner et accepter par la communauté. La victime, quant à elle, rentre en possession de ses droits ; elle retrouve ce qui lui avait été ôté ou nié injustement. Il peut s'agir d'un bien matériel, dont elle retrouve la pleine propriété, ou d'un bien immatériel (comme la dignité bafouée par des injures) dont le rétablissement peut requérir une sanction pénale contre le bourreau. Ce retour à l'ordre et à la justice est à l'avantage de tous pour une vie paisible dans la société.

Il est clair que le jugement de la loi ne vise pas à faire sortir le juge de ses attributions, mais à garantir la justesse des décisions judiciaires. A. Tocqueville (2012, p. 87-88) le dit en ces termes : « Lorsqu'un juge, à propos d'un procès, attaque une loi relative à ce procès, il étend le cercle de ses attributions, mais il n'en sort pas, puisqu'il lui a fallu, en quelque sorte, juger la loi pour arriver à juger le procès ». Le fait d'attaquer une loi ou de la juger ne constitue point un outrepassement des prérogatives judiciaires, si cela s'effectue dans le cadre d'un procès. Tocqueville en fait même une condition pour le bon déroulement du procès puisqu'il faut bien juger la loi pour parvenir à juger le procès. Cela signifie que la garantie d'un jugement équitable requiert une évaluation préalable de l'outil qui en détermine les critères. Mais, cet examen préalable de la loi doit être relatif à un contentieux déterminé. Sinon, il pourrait conduire le juge à outrepasser ses prérogatives. Autrement dit, précise A. Tocqueville (2012, p. 88), « lorsqu'il prononce sur une loi, sans partir d'un procès, il sort complètement de sa sphère, et il pénètre dans celle du pouvoir législatif ». C'est pour éviter cet empiètement du pouvoir judiciaire sur les prérogatives du législatif que le juge ne doit se prononcer que sur les cas qui lui sont soumis et sur les lois relatives à ces cas particuliers. De toutes les façons, une bonne décision judiciaire rétablit la justice qui rassure chacun de la justesse de sa position. Une telle décision favorise la paix et l'harmonie sociale.

Conclusion

Cette étude a permis de montrer que le jugement de la loi, bien que traditionnellement exclu du rôle du juge, n'en est pas moins une des dimensions. Il s'agit d'une activité judiciaire réelle et nécessaire. Elle est réelle parce qu'elle est présente à travers les activités d'interprétation et de contrôle juridictionnel des lois. Celles-ci consistent à examiner la loi afin d'en ressortir son meilleur

sens ou d'apprécier sa conformité aux normes supérieures, notamment celles contenues dans la constitution. Il s'agit fondamentalement d'interroger la capacité de la loi à produire la justice. Sa nécessité, quant à elle, se fonde sur la faillibilité de la loi, c'est-à-dire la possibilité de trouver des lois qui conduisent à l'injustice, et non à la justice. C'est pourquoi, il faut interroger la loi afin de savoir si elle est juste ou non. Une telle interrogation est une activité réflexive qui permet d'éviter l'application des lois injustes. Elle suppose une dimension éthique consistant à analyser la conformité de la loi avec les principes de justice. Un tel examen vise à garantir la justesse des décisions judiciaires. Toutefois, il ne s'agit pas de dire que les juges doivent « faire prévaloir leurs propres valeurs sur la loi écrite, qui, dans une démocratie, est réputée exprimer les valeurs auxquelles adhère le peuple » (D. Lochak, 1994, p. 39). Il est plutôt question de considérer que ces valeurs du peuple sont censées être justes de sorte que le rôle du juge consiste à y trouver la justice par l'interprétation de la loi et par sa confrontation à la réalité. Ainsi, lorsqu'une loi ne présente aucun sens conforme à la justice, c'est qu'elle traduit mal la volonté du peuple. Elle doit être écartée au profit d'une autre loi ou d'un principe qui traduit mieux cette justice attendue par le peuple.

Références bibliographiques

- AHARON Barack, 2006, « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la cour suprême dans une démocratie », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 2, n° 66, p. 227-302. Consulté le 02 février 2019 sur <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2006-2-page-227.htm>.
- ARISTOTE, 2014, *Éthique à Nicomaque*, trad. Tricot, Paris, Les échos du Maquis.
- BADINTER Robert, 2019, « Juger après Vichy », Association Française pour l'Histoire de la Justice, « Histoire de la justice », vol. 1, n° 29, p. 7-8, consulté le 18 mars 2020 sur <https://www.cairn.info/revue-histoire-de-la-justice-2019-1-page-7.htm>.
- BÉGIN Luc, 2001, « L'expansion du pouvoir des juges : enjeux et lieux communs », *Éthique publique* [En ligne], vol. 3, n° 2, mis en ligne le 15 mai 2016, consulté le 02 mai 2019. URL : <http://journals.openedition.org/ethiquepublique/2504>.
- BÉGIN Luc, 1997, « L'impartialité des juges et la lecture morale des droits », *Les Cahiers de droit*, vol. 38, n°2, p. 417-436. Consulté le 11 juin 2021 sur <https://doi.org/10.7202/043445ar>.
- BÉLANGER Charles-Étienne, 2017, *La suffisance du cadre d'analyse dworkinien pour rendre compte de l'évolution de la constitutionnalité de l'aide médicale à mourir au Canada*, Mémoire de Maîtrise soutenu sous la direction d'André Lacroix, Décembre 2017, Université de Sherbrooke.
- BELLEAU Marie-Claire et MCKEE Dereck, 2018, « Le réalisme juridique et ses précurseurs dans la théorie du droit des États-Unis », in Stéphane Bernatchez et Louise Lalonde (dir), *Approches et fondements du droit*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, p. 495-530.
- DWORKIN Ronald, 1985, « Le positivisme », *Droit et société*, n°1, p. 31-50. Consulté le 17 février 2020 sur https://www.persee.fr/doc/dreso_0769-3362_1985_num_1_1_883.
- DWORKIN Ronald, 1994, *L'Empire du droit*, trad. Elisabeth Soubrenie, Paris, PUF.

- LACROIX André, 2002, « L'éthique et les limites du droit », vol. 3, n° 33, R.D.U.S, p. 196-217. Consulté le 18 janvier 2019, https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_33/3312-lacroix.pdf
- LOCHAK Danièle, 1994, « Le juge doit-il appliquer une loi inique ? », *Le Genre humain*, Le Seuil, vol. 1, n° 28, p. 29-39. Consulté le 18/07/2019 sur <https://www.cairn.info/revue-le-genre-humain-1994-1-page-29.htm>.
- MONTAIGNE Michel De, 1962, *Essais, Œuvres complètes*, textes établis par Albert Thibaudet et Maurice Rat, Paris, Pléiade.
- MONTESQUIEU Charles, 1977, *De l'esprit des lois*, Paris, PUF.
- PASCAL Blaise, 2015, *Pensées*, Paris, Garnier Flammarion.
- RAYNAUD Philippe, 2020, *Le juge et le philosophe, Essai sur le nouvel âge du droit*, Paris, Armand Colin.
- RICŒUR Paul, 1992, « L'acte de juger », *Esprit*, vol. 7, n° 183, Éditions Esprit Stable, p. 20-25, consulté le 26 février 2020 sur URL: <https://www.jstor.org/stable/24275568>.
- TOCQUEVILLE Alexis de, 2012, *De la démocratie en Amérique*, Paris, Institut Coppet.
- WODIÉ Francis Wenga, 2019, « Rôle du juge dans la garantie de l'État de droit », Communication au 31ème Congrès de la conférence internationale des barreaux de tradition juridique commune de Décembre 2016, Yaoundé, mis en ligne en mai 2019. Consulté le 21/15/2021 sur <https://barreaucameroun.org/site/wp-content/uploads/2019/05/Communication-de-Mr-WODIE.pdf>.