



HAL
open science

Brève tentative d'éclairage de la question de la présence de normes générales et abstraites dans la motivation des décisions juridictionnelles en France : pour une distinction entre l'établissement de la signification générale de l'énoncé prescriptif applicable au litige et la concrétisation jurisprudentielle de cet énoncé normatif textuel.

Xavier Magnon

► **To cite this version:**

Xavier Magnon. Brève tentative d'éclairage de la question de la présence de normes générales et abstraites dans la motivation des décisions juridictionnelles en France : pour une distinction entre l'établissement de la signification générale de l'énoncé prescriptif applicable au litige et la concrétisation jurisprudentielle de cet énoncé normatif textuel.. Mélanges B. MATHIEU. Pouvoir et contre-pouvoirs, LGDJ-Lextenso, pp.157-162, 2023. hal-04379185

HAL Id: hal-04379185

<https://amu.hal.science/hal-04379185>

Submitted on 8 Jan 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Brève tentative d'éclairage de la question de la présence de normes générales et abstraites dans la motivation des décisions juridictionnelles en France : pour une distinction entre *l'établissement de la signification générale de l'énoncé prescriptif applicable au litige* et la *concrétisation jurisprudentielle de cet énoncé normatif textuel*.

Xavier Magnon
Professeur de droit public
Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour,
CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France

La présence de normes générales et abstraites dans la motivation des décisions de justice apparaît à la fois comme naturelle, le juge mobilisant des normes générales et abstraites textuelles, c'est-à-dire issues des textes de droit positif, pour la résolution du litige qui lui est soumis, mais également comme porteuse de confusions, pour peu que l'on identifie d'autres normes dans la décision que celles textuelles ou que les énoncés textuels sont interprétés d'une manière différente de ce que l'on pouvait en attendre raisonnablement¹.

Porteuse de confusions car les normes générales et abstraites posées par le juge, qui s'ajoutent aux normes générales et abstraites textuelles, sont souvent considérées par la science du droit comme équivalentes à ces dernières ou, au moins, comme les complétant. L'on pourra voir un paradoxe, celui de *l'énonciation concurrentielle des normes générales entre le producteur de ces normes et son interprète juridictionnel*². La norme contenue dans un énoncé textuel serait à la fois une norme en tant que telle, à supposer, évidemment, que l'on considère que c'est l'organe ayant produit la norme qui l'a posée, et une norme en tant qu'elle est interprétée par le juge. La pratique de l'enseignement comme de la recherche en droit consistant à éclairer les normes textuelles par leur interprétation jurisprudentielle entretient cette confusion³.

¹ Cette dernière proposition pourrait être contestée d'un point de vue théorique en soutenant qu'il n'est pas possible d'établir la signification objective des normes et donc que toute appréciation d'un éventuel ajout à la signification d'un énoncé demeure subjective. L'on peut toutefois considérer, sans trop de discussion et sans pour autant que l'exemple soit trop caricatural, que le respect de la vie privée ne se déduit pas de manière raisonnable de l'énoncé de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. C'est ce type d'exemple que nous entendons désigner sous la formule utilisée en corps de texte.

² Voir sur ce paradoxe et sur le principe de la distinction entre *l'établissement de la signification générale de l'énoncé prescriptif applicable au litige* et la *concrétisation jurisprudentielle de cet énoncé normatif textuel* émise, reformulée et développée dans cette contribution : « Propos conclusif, proposition de relecture théorico-pratique de la question de l'autorité de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Les juges nationaux et la Convention européenne des droits de l'homme : analyse des rapports à travers les expériences russe et française*, sous la direction de N. DANELCIUC-COLODROVSKI, P. GAÏA et M. GUDZENKO, à paraître.

³ Voir, à propos de la doctrine constitutionnelle écrite, ce qu'il qualifie de « paradoxe pseudo-réalisme », comme cadre théorique dominant de cette doctrine : S. SYDORYK, *La doctrine constitutionnelle. Étude de la connaissance sur le droit constitutionnel français contemporain*, Thèse, UT-1 Capitole, dactyl., § 126-127, pp. 114 et s.

Confusion d'autant plus problématique que la fonction de juger consiste, selon une vision théorique et pure de cette fonction (le droit positif pouvant, bien sûr, toujours y déroger⁴), à résoudre un différend par l'application d'une norme générale et abstraite à un cas particulier. La portée normative de cette fonction consiste à poser une norme ne concernant que la résolution normative du différend et donc une norme individuelle et concrète.

Le trouble s'accroît avec le droit positif français si l'on rappelle que l'article 5 du Code civil proscrit les arrêts de règlement : il interdit aux juges de poser des normes générales et abstraites à l'occasion de la résolution d'un litige particulier.

Il semble que cette problématique puisse être éclairée à partir de l'identification et d'une catégorisation des normes identifiables dans une décision juridictionnelle. Il faut ainsi poser le cadre général d'analyse de la production de norme par le juge (1), avant de l'éprouver à partir d'une illustration jurisprudentielle (2).

De manière préalable, quelques conventions de langage sont nécessaires aux développements qui suivent. Nous entendons par « norme » la signification d'un énoncé prescriptif qui permet, interdit ou rend obligatoire certains comportements ; par « norme générale et abstraite », une norme qui permet, interdit ou rend obligatoire des comportements de la part d'un ensemble de personnes indéterminées, non individualisées (« *il est interdit...* »), dans tout un ensemble de situations génériques (« ... *de marcher sur la pelouse* ») ; par « norme individuelle », une norme qui ne concerne qu'un comportement précis et déterminé pour une ou plusieurs personnes à l'origine de ce comportement (« *Pierre ne peut pas marcher sur la pelouse du parc Pierre Puget à Marseille* »), par « norme textuelle », une norme contenue dans un énoncé prescriptif de droit positif et par « norme juridique » une norme dont la production est permise par une autre norme de l'ordre juridique.

(1) Le cadre général d'analyse : quelles (catégories de) normes dans la décision juridictionnelle ?

Dans une décision juridictionnelle, du moins si l'on s'en tient au cas français, il est question de normes, d'abord, par référence générique à des textes de droit positif ou à leur énoncé. Les visas des décisions contiennent ainsi ces références génériques aux textes de référence, tout comme la motivation reprend parfois des énoncés normatifs du droit positif.

Il est encore question de normes, lorsque le juge pose une norme pour résoudre le litige qui lui est soumis. La norme est alors individuelle et concrète. Elle a pour objet de résoudre le litige soumis au juge. Elle établit ce que la norme générale et abstraite mobilisée dans le litige permet, interdit ou rend obligatoire dans la situation particulière visée par ce litige ; en cela, elle témoigne

⁴ Et prévoir, par exemple, que la fonction de juger intègre la fonction de poser les règles générales et abstraites à partir desquelles il sera jugé.

d'une concrétisation de l'ordre juridique. Cette norme individuelle et concrète, posée en général à l'issue de la motivation d'une décision de justice en ce qu'elle en est la conclusion, se situe, de manière décisive, dans le dispositif, rédigé en l'occurrence sous la forme d'articles, après la mention « Décide » : « la loi est déclarée contraire à la Constitution », « Le décret est annulé », « Monsieur X est condamnée à », « Le licenciement est annulé »...

La plus grande difficulté, technique, à affronter dans la décision juridictionnelle se situe dans les éléments proprement normatifs de la motivation, c'est-à-dire ceux qui contiennent des énoncés prescriptifs, en dehors de la norme individuelle et concrète qui conclut la décision et qui est reprise dans le dispositif de la décision. Ce sont les normes générales et abstraites, à savoir les normes susceptibles d'être appliquées à d'autres situations que le litige à l'occasion duquel elles ont été formulées, qui posent question. Plus précisément ce sont celles, qui ajoutent, transforment ou explicitent la signification des énoncés textuels applicables au litige. Avec ces normes, le juge précise, voire change, les règles du jeu à partir desquelles il doit résoudre le litige.

Dans ces normes générales et abstraites, il est possible de distinguer deux éléments : ceux qui relèvent de l'établissement de la signification de la norme applicable au litige et ceux qui déterminent les modalités générales d'appréciation de la régularité au regard de cette norme.

Le premier élément, que nous avons pu appeler *signification générale de l'énoncé prescriptif applicable au litige*, ne révèle que la signification de la norme générale et abstraite applicable au litige. Le juge n'est alors que le porteur de la voix de l'auteur de l'énoncé, sous peine de soulever un paradoxe, déjà évoqué, celui de l'énonciation concurrentielle des normes générales entre le producteur de ces normes et son interprète juridictionnel. L'on peut voir dans cette première phase qu'une simple *révélation stricte* de la signification d'un énoncé, sans aucun ajout. Pour autant, l'intérêt de cet élément dans la décision juridictionnelle n'est pas discutable. Il permet d'arrêter la norme applicable au litige. Il est nécessaire parce que la signification de la norme applicable peut être discutée alors que l'énoncé est potentiellement porteur de plusieurs sens. La lecture des décisions du Conseil constitutionnel témoigne cependant du peu d'intérêt que celui-ci accorde parfois à cette phase. Le juge constitutionnel se contente souvent de rappeler l'énoncé textuel constitutionnel, sans pour autant en expliciter la signification. Le rappel de l'énoncé textuel tient lieu de norme.

La seconde phase, qualifiée de *concrétisation jurisprudentielle d'énoncés normatifs textuels*, consiste pour le juge à établir quels sont les critères généraux d'appréciation⁵, qui ne résultent pas explicitement de l'énoncé textuel, du respect de la norme générale précédemment identifiée. Ces éléments participent de la motivation et donc de l'éclairage sur la manière dont le juge procède pour apprécier la régularité. Ils concrétisent l'appréciation du juge sur le respect de la norme textuelle

⁵ Voir, distinguant la « signification d'une disposition constitutionnelle » et la « mise en œuvre effective des garanties » posées par cette disposition, à savoir une « doctrine juridictionnelle » posant « un cadre d'analyse et des tests établis » par le juge : A. BACHERT, *Les rapports entre cours suprêmes et législateur dans les systèmes constitutionnels de common law*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, T. 150, 2019, § 495, p. 212.

générale. Cette seconde phase se rapproche des « normes de concrétisation », pour retenir la formule de Mathilde Heitzmann-Patin, qui « concrétisent, en elles-mêmes, d'autres normes » et qui « sont un outil dans la concrétisation constitutionnelle menant à la prise de décision du juge »⁶. Ainsi, tout ce qui *s'ajoute*, *explícite* ou *affecte* le sens de l'énoncé textuel peut être considéré comme un élément de concrétisation de la norme textuelle, à partir duquel la régularité vis-à-vis de cette dernière sera appréciée. Tout ce qui sort de la seule révélation de la signification textuelle objective, et, par exemple, le fait de dégager un nouveau droit ou une nouvelle liberté à partir d'une norme textuelle, marque une concrétisation de cette norme textuelle à partir de laquelle sera appréciée la régularité à cette dernière.

Avec cette distinction, toute création de norme générale et abstraite à partir de la norme textuelle ou toute transformation de celle-ci par le juge ne s'analyse pas comme une *norme autonome*, mais comme étant une manifestation de la *concrétisation d'une norme textuelle*. La différence norme textuelle/concrétisation de la norme textuelle permet de situer le discours normatif du juge sur le plan de la concrétisation normative et non pas sur celui de la production de normes, même si cette concrétisation est formulée par une norme. Il ne s'agira que d'une norme de concrétisation et non pas d'une norme textuelle, d'une norme autonome. Le juge ne se substitue donc pas à l'auteur de la norme, il propose des modalités concrètes d'appréciation du respect de cette norme à partir d'un autre énoncé prescriptif. Par voie de conséquence, le juge ne crée donc pas des normes constitutionnelles, il n'a d'ailleurs aucune habilitation pour le faire dans le système, mais propose des concrétisations de normes textuelles ; ces concrétisations, tout en étant des normes, ne sauraient être des normes juridiques, en vertu des normes du système sur la production normative⁷. Cette lecture implique un radical changement d'usage du vocabulaire de la science du droit constitutionnel. En droit constitutionnel positif français, il n'existe ainsi pas de norme constitutionnelle protégeant les droits de la défense, mais, seulement, une concrétisation par le juge constitutionnel de l'article 16 de la Déclaration de 1789 qui permet de protéger ces droits.

Cette analyse ne vaut que s'il y a effectivement concrétisation d'une norme textuelle, c'est-à-dire que si les normes de concrétisation se rattachent à une autre norme textuelle ou s'appuient de manière générique sur des articles d'un texte constitutionnel. Ainsi, le respect des droits de la défense, rattaché à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel, est une concrétisation de l'énoncé textuel qui s'y rattache, quand les principes généraux du droit, dégagés par le juge administratif, sont une norme autonome et non pas une concrétisation d'une norme textuelle.

⁶ M. HEITZMANN-PATIN, *Les normes de concrétisation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, Bibl. constitutionnelle et de sciences politiques, tome 153, 2020, p. 11.

⁷ Nous supposons que l'article 5 du code civil, par l'interdiction de production de normes générales et abstraites par le juge, disqualifie juridiquement toute production de norme en ce sens, de sorte qu'une norme générale et abstraite posée par le juge, tout en étant une *norme*, ne serait toutefois pas une *norme juridique*.

Il reste qu'il est possible d'apprécier le rapport existant entre la concrétisation de la norme textuelle et la norme textuelle elle-même. L'on connaît l'opposition normativisme/réalisme tropérien, sur cette question : le normativisme, qui suppose qu'il peut exister une signification objective des normes et que la validité des normes provient de la régularité de la procédure de production de la norme, analysera toute concrétisation qui affecte la signification de l'énoncé textuel comme une irrégularité ; le réalisme, tout en considérant qu'il ne saurait y avoir de signification objective des normes et que seuls les interprètes authentiques produisent des normes, réfute toute analyse de la même situation en termes d'irrégularité, mais pourra apprécier, de manière critique, la cohérence ou la logique, en particulier, de la concrétisation au regard de la norme textuelle⁸. Peut-être pouvons-nous d'ailleurs là trouver là un point commun aux deux manières de voir, celles-ci pourront toutes deux identifier un cas dans lequel la norme n'est pas raisonnablement rattachable à un énoncé textuel ; seulement le réaliste y verra un manque de cohérence ou de logique, le normativiste une irrégularité. Le problème est similaire, sa qualification est différente.

(2) La mise à l'épreuve du cadre d'analyse : la lecture du paragraphe de principe du Conseil constitutionnel sur la liberté d'expression et de communication

Cette différenciation mérite d'être éclairée par un exemple. À propos de la liberté d'expression et de communication, le Conseil constitutionnel considère que, et nous dissociions chacune des phrases mobilisées par le juge :

« Aux termes de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ». (1)

En l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services et de s'y exprimer. (2)

L'article 34 de la Constitution dispose : « La loi fixe les règles concernant ... les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». (3)

⁸ Voir pour une analyse de ces deux courants sous cet angle et défendant une approche critique du réalisme sur les décisions de justice, sur un autre plan que celui de la régularité : A. LE PILLOUER, « Le réalisme de Nanterre », in *Quelles doctrines constitutionnelles aujourd'hui, pour quel(s) droit(s) constitutionnel(s) demain ?*, sous la direction de X. MAGNON et S. MOUTON, Mare & Martin, 2022, spécial. pp. 63-67 ; voir également, du même auteur, « « Droit politique » et « Réalisme nanterrois ». Considérations sur la méthode et l'objet du droit constitutionnel », *Jus politicum*, n° 24, *Le droit politique face à la Cinquième République*, p. 98 [<http://juspoliticum.com/article/Droit-politique-et-Realisme-nanterrois-Considerations-sur-la-methode-et-l-objet-du-droit-constitutionnel-1328.html>].

Sur ce fondement, il est loisible au législateur d'édicter des règles concernant l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, d'écrire et d'imprimer. Il lui est aussi loisible, à ce titre, d'instituer des dispositions destinées à faire cesser des abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui portent atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers. (4)

Cependant, la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés. (5)

Il s'ensuit que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi. (6) »⁹.

Le rappel des énoncés normatifs de référence par le juge, l'article 11 de la Déclaration de 1789 (1) et de l'article 34 de la Constitution (3) n'appelle pas de remarque particulière. En revanche, il faut s'intéresser aux autres éléments. Trois sont normatifs (2, 4 et 6), le dernier est descriptif (5). Les trois énoncés normatifs, le sont parce ce qu'ils sont prescriptifs. Ils sont également tous trois généraux et abstraits, parce qu'ils ont vocation à s'appliquer à d'autres cas que celui dans lequel ils sont mobilisé en l'espèce.

L'énoncé 2 participe à la fois de l'établissement de la *signification générale de l'énoncé prescriptif applicable au litige* et de la *concrétisation jurisprudentielle d'énoncés normatifs textuels* de l'article 11 de la Déclaration.

Il faut d'emblée relever une confusion catégorielle entre un droit et une liberté. Le Conseil constitutionnel évoquant un « *droit* » qui « implique la *liberté* d'accéder à ces services et de s'y exprimer »¹⁰ ; un droit accouchant de liberté. Sous l'angle déontique, une liberté est une permission d'agir, un droit, une habilitation à exiger d'autrui un comportement particulier. En acceptant la confusion catégorielle, parmi les libertés découlant du droit, qualifions-le de « droit d'accès au service de communication au public en ligne », la *liberté de s'exprimer* sur les services de communication au public en ligne apparaît comme l'expression de la norme contenue dans l'article 11 de la Déclaration, la liberté de parler et d'écrire, appliquée à un support particulier, les services de communication au public en ligne, l'article 11 de la Déclaration ne limitant à aucun support particulier les libertés qu'il consacre. En revanche, la *liberté d'accéder* à ces services est difficilement rattachable à l'article 11 de la Déclaration. Cette disposition ne consacre aucune liberté d'accès à un service quel qu'il soit, mais seulement une liberté de parler, écrire et imprimer librement, à moins de considérer, ce qui est pour le moins constructif, que la liberté de communication implique une liberté d'accès à tous les supports qui diffusent les pensées et les opinions. En tout état de cause, aucune motivation en ce sens ou dans un autre, d'ailleurs,

⁹ Voir, par exemple, CC, n° 2022-1016 QPC, 21 octobre 2022, *Société ContextLogic Inc [Déréférencement d'une interface en ligne]*, § 4 et 5, nous soulignons.

¹⁰ Nous soulignons.

n'apparaît dans la décision. L'interprétation de l'article 11 de la Déclaration en faveur d'un droit d'accès apparaît donc comme une concrétisation jurisprudentielle qui est irrégulière.

L'énoncé 4 participe à la fois de l'établissement de la *signification générale de l'énoncé prescriptif applicable au litige* et à la *concrétisation jurisprudentielle d'énoncés normatifs textuels*.

Au titre de la première situation, il rappelle la compétence du législateur pour édicter des règles sur l'exercice de la liberté de communication et de celle d'expression (art. 11 de la Déclaration et art. 34 de la Constitution) et pour sanctionner les abus de cette liberté (art. 11 de la Déclaration).

Au titre de la seconde, il explicite les cas dans lesquels une situation sera jugée comme constituant un abus : en cas d'atteinte à l'ordre public ou aux droits des tiers. Dans cette dernière situation, la concrétisation est nettement visible. Le juge explicite les cas d'abus : l'atteinte à l'ordre public et le respect des droits des tiers. Si cette concrétisation est classique en matière de liberté d'expression, on les retrouve dans la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, elle renvoie à deux catégories génériques suffisamment indéterminées pour que l'on n'y voit pas une concrétisation irrégulière. Toutefois, l'on peut tout aussi bien penser que cette explicitation *des* abus, réduits à des atteintes à l'État ou à des personnes, limite à deux catégories ce qui n'était saisi que de manière générique par le texte, « l'abus ». Une interprétation particulièrement libérale de la liberté d'expression pourrait précisément exclure qu'une atteinte à l'ordre public puisse constituer un abus de la liberté d'expression. La résolution de la question de la régularité de la concrétisation n'a rien d'évident.

L'énoncé 6 relève, sans difficulté, de la *concrétisation jurisprudentielle d'énoncés normatifs textuels*, c'est-à-dire de la manière dont le juge appréciera la régularité de la loi au regard des normes contenues dans les articles 11 de la Déclaration et 34 de la Constitution. Le juge explicite les modalités du contrôle de la régularité de la loi vis-à-vis des normes constitutionnelles de référence, en posant le principe d'un contrôle de proportionnalité. L'énoncé qui précède, le 5, justifie la mise en œuvre de ce contrôle rigoureux : parce que la liberté en cause est une condition de la démocratie (5), elle impose l'exercice d'un contrôle maximum de son respect par le législateur (6). Le juge constitutionnel crée ici une justification surabondante, voire une justification substitutive contestable, de l'exercice de ce contrôle dans la mesure où l'énoncé même de l'article 11 de la Déclaration dispose que « la libre communication des pensées et des opinions est l'un des droits les plus précieux de l'homme ». Sous l'angle de la régularité ou de la cohérence de ce choix, il semble admissible.