

Le mythe de la vérité juridictionnelle

« Ce n'est point ici le pays de la vérité. Elle erre inconnue parmi les hommes¹. »

Qu'est-ce que la vérité ? À cette question cruciale, que l'on ne peut poser sans être pris de vertige, la société contemporaine est susceptible, à l'instar de Ponce Pilate, d'affecter une complète indifférence. L'émergence contemporaine de vérités dites « alternatives » ou « subjectives » (*truthiness*), voire de « post-vérité² » (*post-truth*), associée à l'individualisme de la connaissance proposé par notre société relativiste, tendent en effet à réduire considérablement l'importance de la recherche de la vérité, cette dernière étant réduite au rang de simple valeur subjective ; autrement dit d'opinion³. Comme le relève à cet égard Claudine Tiercelin, le relativisme est désormais présenté comme seul à même de préserver le pluralisme et de garantir les droits des minorités à défendre leurs propres visions du monde⁴ ; ce qu'elle critique en démontrant que la destruction de l'espace des raisons par le relativisme enferme au contraire les membres des minorités dans des rapports de force où ils seront toujours des vaincus. Dans un sens similaire, Ran Halévi se demande si on peut être libre en se passant de la vérité et ce que serait « une démocratie où la vérité est devenue une affaire d'opinion⁵ ».

De fait, la recherche de la vérité a longtemps constitué le problème fondamental de la philosophie – au point que Socrate a accepté de mourir pour elle. D'une immense complexité philosophique, le concept de vérité a été défini par Aristote comme la conformité d'une proposition avec la réalité : ce que l'on appelle « la conception de la vérité comme correspondance ». À partir de cette dernière, la définition classiquement retenue est celle de saint Thomas d'Aquin, pour qui la

¹ PASCAL, *Pensées*, Paris, Rive-Gauche Productions, 1980, p. 309.

² J. HARSIN, « Un guide critique des *fake news* : de la comédie à la tragédie », *Pouvoirs*, n° 164, 2018, p. 99 ; M. FERRARIS, *Post-vérité et autres énigmes*, Paris, PUF, 2019 ; A. CAMBIER, *Philosophie de la post-vérité*, Paris, Herman, 2019 ; M. REVAULT-D'ALLONNES, *La faiblesse du vrai. Ce que la post-vérité fait à notre monde commun*, Paris, Points, 2021 ; C. TIERCELIN, *La Post-vérité ou le dégoût du vrai*, Paris, Intervalles, 2023.

³ Aux États-Unis, cette mutation est appelée « *identity politics* » et désigne le conditionnement de l'opinion, voire de la vérité, à l'identité de la personne qui l'exprime.

⁴ C. TIERCELIN, « Connaissance, vérité et démocratie », Cours au collège de France, mars 2017, citant J.-J. ROSAT, « Préface » in *Rationalité, vérité et démocratie*, Actes du colloque organisé au Collège de France le 28 mai 2010, Marseille, Agone, 2010.

⁵ R. HALÉVI, « Le nouveau régime de la vérité », *Le Débat*, n° 197, 2017, p. 30.

vérité est l'adéquation entre l'intellect et la chose (« *adaequatio rei et intellectus*⁶ »), autrement dit la conformité au réel.

Alors que l'on pourrait instinctivement opposer, à la suite de Perelman, la philosophie, qui se caractérise par « la recherche de l'être, de la Vérité, du Bien et de la Justice absolus », au droit, qui vise « à organiser sur terre, avec un minimum de violence, une société d'hommes avec leurs défauts et leurs défaillances⁷ », la modernité philosophique a entendu marquer une distance entre la pensée et le réel. Ce dernier a en effet été réduit à notre compréhension, avec Descartes, puis à notre perception avec Kant, avant que la volonté de vérité ne soit purement et simplement stigmatisée par Nietzsche.

Dans ce contexte où même la philosophie – ou plutôt, une certaine philosophie – semble se détourner de la quête de vérité, il serait légitimement pertinent de s'interroger sur l'intérêt que peut présenter une étude sur les rapports entre vérité et activité juridictionnelle. La question se pose avec une acuité particulière au regard de la thèse soutenue par une certaine pensée doctrinale – d'inspiration kelsénienne – qui considère que la vérité n'intéresse pas le droit positif puisque, à la différence des propositions de droit, les normes « ne sont pas vraies ou fausses, mais seulement valables ou non valables⁸ ».

Or, à rebours de cette conception, il nous semble possible de considérer que la vérité trouve sa place dans les discours du droit, mais s'avère hautement problématique lorsqu'elle est appréhendée dans une perspective épistémologique. Comme a pu le soutenir Christian Atias :

Le droit, c'est une façon de questionner la réalité qui est complexe, délicate, tout simplement parce que nous savons, nous juristes, et c'est notre particularité, qu'il y a toujours plusieurs points de vue possibles. Qu'il n'y a jamais rien d'évident.

Aussi l'enseignement du droit se présente-t-il fondamentalement comme « l'art de poser les questions ». Or, « se poser des questions, c'est adopter un certain type de rapport à la vérité » ; autrement dit, faire fi de « la certitude et l'exactitude » pour préférer une posture de prudence⁹. Affirmer qu'un discours doctrinal puisse être *vrai* ou *faux*, plutôt que de le juger *convaincant* ou *discutable*, c'est assimiler le discours sur le droit à un discours scientifique. À cet égard, l'existence d'une prétendue *science du droit* distincte de la *doctrine*¹⁰ vise à asseoir l'autorité d'une pensée axiologiquement neutre qui serait extérieure à son objet de description et d'analyse¹¹. Pourtant, l'objet droit n'est pas un *donné*, un *déjà-là*, mais un *langage*, si bien que l'activité doctrinale ne peut, à l'image de l'activité scientifique, se

⁶ Cité in M. HEIDEGGER, *Être et temps*, Paris, Authentica, 1985 [édition numérique hors commerce], § 44, p. 174.

⁷ C. PERELMAN, *Éthique et droit*, 2^e éd., Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2012, p. 437 et 439.

⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1962, rééd. Bruylant, LGDJ, 1999, p. 81.

⁹ C. ATIAS, « Le droit, entre enseignement et réalité », *Les Cahiers Portalis*, n° 2, 2015, p. 77.

¹⁰ Comme le relève Étienne Picard alors que la science du droit « entend se placer en dehors du droit », la doctrine juridique, quant à elle, « entend au contraire s'impliquer délibérément en lui, même si elle doit et sait distinguer, dans une certaine mesure, les points de vue objectif et subjectif », E. PICARD, « "Science du droit" ou "doctrine juridique" » in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 123.

¹¹ Pour Kelsen, la science du droit se doit « de connaître le droit – pour ainsi dire du dehors –, et, sur la base de cette connaissance, de le décrire ou analyser », H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 79.

rapporter à une activité de simple observation des faits – sauf à admettre de n’être qu’une paraphrase des actes juridiques¹². Dans un monde de représentations, le recours au concept de vérité semble dès lors présenter un intérêt fort limité.

Ce constat ne peut toutefois être transposé en droit positif. Si, de façon très paradoxale, « notre époque semble comme obsédée par la vérité¹³ », le droit lui accorde aussi une très large place, au point que la vérité est présente dans pas moins de 21 codes juridiques. En témoignent notamment le droit mémoriel, la législation visant à réprimer les fausses informations en période électorale¹⁴, la place de la « vérité biologique » en droit de la filiation¹⁵, la recherche de la vérité de la déclaration du contribuable en matière fiscale, le « droit à la vérité » en droit international et européen¹⁶ ou encore l’exception de vérité (*exceptio veritatis*) comme moyen de défense dans l’action en diffamation.

Or, en dépit de cette présence significative, le concept de vérité, présenté comme l’un des « plus utilisés » et des « moins connus de la langue française et du langage judiciaire¹⁷ », souffre d’une très large indétermination. Et pour cause : Cornu la juge purement et simplement indéfinissable¹⁸. Le mystère de la vérité ne semble néanmoins guère intriguer la doctrine publiciste, qui demeure étonnamment silencieuse à ce sujet. Pour ainsi dire absent des études de droit public¹⁹, le thème de la vérité se montre au contraire très présent en droit privé, au point que le rapport annuel de la Cour de cassation de 2004 lui ait été consacré²⁰.

La philosophie – voire l’aléthologie – ne semble au surplus d’aucun secours pour appréhender la vérité juridique. Pire : elle aggrave les difficultés. Si l’on se réfère en effet à une présentation formulée par Leibniz, puis Hume, et reprise par Hannah Arendt, la « vérité de fait », c’est-à-dire « les événements et les circonstances²¹ », se distingue de la « vérité de raison », qui se rapporte à la connaissance, c’est-à-dire aux « vérités mathématiques, scientifiques et

¹² P. AMSELEK, « La part de la science dans les activités des juristes », *Recueil Dalloz*, 1997, p. 337.

¹³ S. KERNEIS, « Introduction. À quoi sert le jugement ? Une enquête historique autour du dire-vrai », *Clio@Themis, revue électronique d’histoire du droit*, n° 19, 2020 [en ligne].

¹⁴ Loi n° 2018-1202 du 28 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l’information.

¹⁵ D. BAUER, « La vérité en droit : concepts amis ou ennemis ? », *LPA*, n° 44, 1^{er} mars 2019, p. 4.

¹⁶ N. LE BONNIER, « L’émergence d’un droit à la vérité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme » in *La Vérité. Actes du colloque de l’École doctorale Droit et Science politique* (ED 461), Faculté de droit et de science politique de Montpellier, 2016 p. 29 ; P. NAFTALI, *La construction du « droit à la vérité » en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2017.

¹⁷ G. DALBIGNAT-DEHARO, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, Paris, LGDJ, 2004, p. 19-20.

¹⁸ G. CORNU, « La vérité et le droit » in *L’art du droit en quête de sagesse*, Paris, PUF, 1998, p. 212.

¹⁹ Voir toutefois, O. CAYLA, « Ouverture : La qualification, ou la vérité du droit », *Droits*, n° 18, 1993, p. 3 ; P. RAYNAUD, *Le juge et le philosophe. Essais sur le nouvel âge du droit*, Paris, Armand Colin, 2008, p. 255-271 ; G. CAGNON, « Vérité et procès administratif. Lumières sur une œuvre originale du juge administratif » in *La Vérité. Actes du colloque de l’École doctorale droit et science politique* (ED 461), Faculté de droit et de science politique de Montpellier, 2016 p. 115.

²⁰ *La vérité*, Rapport annuel 2004 de la Cour de cassation, Paris, La Documentation française. Ce thème est justifié par le président de la Commission du Rapport par le fait que « sans la recherche de la vérité, il n’est pas de justice » et que « la vérité transcende tous les domaines du droit », *ibid.*, p. 37.

²¹ H. ARENDT, « Vérité et politique » in *La crise de la culture. Huit exercices de pensée politique*, Paris, Gallimard, 1972, p. 303.

philosophiques²² ». Or, la vérité juridique ne coïncide ni avec l'une ni avec l'autre. Elle ne peut, tout d'abord, se définir comme une « vérité de fait », puisque le droit peut ériger en vérité une fiction²³, voire un mensonge. Ainsi en est-il de l'ordonnance du 9 août 1944 *relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental*, promulguée par le Gouvernement provisoire de la République française au lendemain de la chute du régime de Vichy, dont l'article 1^{er} énonce que : « La forme du Gouvernement de la France est et demeure la République. En droit, celle-ci n'a pas cessé d'exister. » Ainsi en est-il également de certains principes juridiques, comme celui selon lequel « nul n'est censé ignorer la loi », ou encore l'adage *infans conceptus* – c'est-à-dire la fiction selon laquelle l'enfant conçu sera considéré comme né chaque fois qu'il pourra en tirer avantage – formulé aux articles 311 et 725 du Code civil. La vérité juridique ne peut, ensuite, se définir comme une « vérité de raison », puisqu'elle est, dans le contexte positiviste dominant, le produit d'une décision humaine et non le résultat d'une démonstration scientifique. En définitive, la vérité en droit n'a rien de commun avec la vérité factuelle, scientifique ou historique.

La complexité du concept de vérité juridique s'explique également par sa nature protéiforme : elle peut en effet être légale, constitutionnelle, judiciaire ou plus largement juridictionnelle. Or, cette dernière, qui constitue l'objet de notre présente réflexion, revêt elle-même deux sens.

Dans une première acception, la vérité juridictionnelle se rapporte à l'activité par laquelle le juge recherche la réalité, la matérialité, des faits soumis à son examen. C'est ce que l'on désigne sous le terme de « vérité judiciaire²⁴ ». Cette signification est à l'évidence chargée d'une importance particulière en matière pénale pour l'établissement de la preuve²⁵, au point que la vérité a pu être présentée comme « l'objet fondamental de la recherche du juge²⁶ ». À cet égard, les articles 39-3 et 81 du Code de procédure pénale font explicitement référence à la « manifestation de la vérité » dans l'exercice de l'action publique et de l'instruction. La recherche de la vérité n'est néanmoins pas la seule finalité du procès pénal. Celle-ci doit en effet être conciliée avec d'autres considérations

²² *Ibid.*, p. 294.

²³ « Constitue une fiction toute solution de droit contraire à la réalité », G. WICKER, « Fiction » in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 717. Stéphane Rials distingue à cet égard la « vérité vraie », c'est-à-dire la vérité dans son sens commun, de la « vérité juridique », cette dernière étant « "vérité" de convention, artificielle, fictive, formelle », S. RIALS, « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme », *Le Débat*, n° 64, 1991, p. 166.

²⁴ M. VAN DE KERCHOVE, « Vérité judiciaire et para-judiciaire en matière pénale : quelle vérité ? », *Droit et Société*, n° 84, 2013, p. 411 et « La vérité judiciaire, quelle vérité, rien que la vérité, toute la vérité ? », *Déviance et société*, vol. 24, 2000, p. 95 ; Dossier : Vérité judiciaire, *Clio@Themis, revue électronique d'histoire du droit*, n° 19, 2020 [en ligne] ; G. DALBIGNAT-DEHARO, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, *op. cit.* ; J. ALLARD et al. (dir.), *La vérité en procès. Les juges et la vérité politique*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, 2014.

²⁵ X. LAGARDE, « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », *Droits*, n° 23, 1996, p. 31 et « D'une vérité l'autre. Brèves réflexions sur les différentes cultures de la preuve », *Gaz. Pal.*, n° 203, 22 juillet 2010, p. 6 ; M. MEKKI, « Preuve et vérité en France » in *La preuve*. Travaux de l'association Henri Capitant, vol. LXIII, Paris-Bruxelles, LB2V-Bruylant, 2015, p. 827 ; M. GIORGI, M. LEBLOND, « La place de la vérité au sein du procès pénal » in *La Vérité*. Actes du colloque de l'École doctorale droit et science politique (ED 461), Faculté de droit et de science politique de Montpellier, 2016 p. 43.

²⁶ S. COTTA, « *Quidquid latet apparebit* : Le problème de la vérité du jugement », *APD*, t. 39, 1994, p. 212-222.

pragmatiques qui peuvent retarder, voire faire purement et simplement obstacle, à l'établissement de la vérité. Ainsi en est-il du principe de sécurité juridique au nom duquel sont fixés des délais de prescription ou encore du rejet de certains modes de preuve au nom du respect de l'égalité des armes. Au surplus, il est possible de nuancer cette quête de la vérité en matière pénale, puisque l'objectif est en définitive moins pour les parties de dire la vérité que de convaincre²⁷. Pour autant, la doctrine privatiste s'accorde à penser que « la nécessité juridique pour chaque juge de mettre un terme au litige dont il est saisi impose un sacrifice de l'idée de vérité », si bien que la vérité judiciaire se caractérise par une inéluctable « impureté²⁸ ».

Dans une seconde acception, qui sera ici retenue, la vérité juridictionnelle se rapporte à la *jurisdictio* à proprement parler ; au pouvoir de dire le droit. Elle se définit alors comme l'opération par laquelle le juge produit une vérité juridique, qui sera d'ordre « logique », et non « ontologique²⁹ ». Elle repose sur des fondements antivolontaristes, tendant à considérer que le juge ne dispose pas d'un pouvoir *discrétaire* et dont la finalité est de dépolitiser la fonction de juger. Conforme au « rejet principal d'un sol ontologique et d'un horizon axiologique³⁰ » du projet positiviste, l'autorité de la parole juridictionnelle ne se fonde alors pas sur sa qualité ou son contenu, mais sur le seul fait qu'elle émane d'un organe juridictionnel habilité à se prononcer³¹. Le positivisme juridique se transforme ainsi, dans sa version contemporaine, en une doctrine qui assure la promotion d'une forme d'État juridictionnel³² au sein duquel le juge serait seul capable d'échapper aux affres de la volonté. Ce faisant, il s'enferme dans une impasse théorique, puisqu'il doit concilier cette conception de la fonction de juger avec son propre socle volontariste.

On l'entrevoit déjà, la prétention à la vérité attribuée à la figure du juge soulève une interrogation fondamentale pour le juriste, qui tient à se demander si la vérité en droit ne serait pas, au fond, qu'un moyen d'asseoir l'autorité. Difficile, en effet,

²⁷ « Prouver consiste moins à établir la vérité qu'à convaincre le juge d'une vérité. Aussi bien en matière civile qu'en matière pénale, prouver c'est emporter la conviction du juge », M. MEKKI, « Preuve et vérité en France », art. cité, p. 827.

²⁸ X. LAGARDE, « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », art. cité, p. 32.

²⁹ « Vérité » in A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, 2^e éd., rééd. Paris, LGDJ, 2018, p. 639.

³⁰ S. GOYARD-FABRE, « L'illusion positiviste » in *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 372.

³¹ Gregory Bligh analyse en ce sens les similitudes de la théorie hobbesienne avec la pensée de Kelsen et ses « disciples français », en relevant que ces derniers ont repris à leur compte le « concept hobbesien “d'interprétation authentique”, pour qualifier l'interprétation de l'organe officiel qui a valeur juridique (à la différence de toute autre interprétation qui n'est qu'*opinion*) », G. BLIGH, *Les bases philosophiques du positivisme juridique de H.L.A. Hart*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2017, p. 679-681.

³² Sur ce point, nous nous permettons de renvoyer à A. MANOUGUIAN, *La juridictionnalisation du droit constitutionnel français. Étude d'un phénomène doctrinal*, Paris, Dalloz, 2022, p. 195-205. La doctrine française s'est étonnamment désintéressée de ce concept, qui permet pourtant, bien davantage que celui d'État de droit, de rendre compte de l'organe prépondérant au sein du système juridico-politique. Notons néanmoins une exception, puisque le concept d'État juridictionnel a été mobilisé par Olivier Beaud pour défendre l'idée absolument essentielle selon laquelle l'État de droit ne peut être envisagé indépendamment des institutions – en particulier juridictionnelles – qui le mettent en œuvre, si bien que l'État de droit est en définitive un « État juridictionnel », O. BEAUD, « État légal et État de droit », in J.-J. BIENVENU *et al.* (dir.), *La Constitution administrative de la France*, Paris, Dalloz, 2012, p. 81.

de ne pas déceler en arrière-fond de ce mythe une véritable stratégie argumentative, dès lors que présenter la parole du juge comme porteuse de vérité a pour conséquence de dissocier clairement le droit et la politique ; la vérité et la volonté. Le juge, réputé formuler un discours vrai, est ainsi présenté comme un « sage », si bien que le gouvernement des lois aurait succédé au gouvernement des hommes³³. Le constat formulé à cet égard par Idris Fassassi, à propos de la Cour suprême des États-Unis, est particulièrement éloquent :

Il est difficilement contestable que la Cour ne peut surmonter ses faiblesses institutionnelles qu'en se projetant en tant qu'institution juridique. En d'autres termes, la franchise réclamée reviendrait à neutraliser *le mythe sur lequel repose son pouvoir*. Dans la configuration actuelle du rapport au droit et au politique, il est attendu du juge qu'il se présente comme un acteur juridique neutre. À l'évidence, il s'agit d'une fiction, mais la Cour ne peut sortir de cette fiction et, sans qu'il soit nécessaire ici d'en chercher les raisons, la société semble vouloir croire à cette fiction³⁴. [...] Même s'il s'agit largement d'une fiction [...], l'ensemble des sociétés se réclamant d'un « gouvernement par les lois et non par les hommes », semblent vouloir croire, ou du moins ne pas rejeter, cette fiction. Sans doute est-ce parce qu'aucune alternative ne paraît préférable et qu'il est plus rassurant d'entendre un juge dire : « la loi est inconstitutionnelle, elle doit être écartée » plutôt que « je n'approuve pas cette loi, elle doit être écartée » ou « il vaut mieux que cette loi soit écartée ». Dès lors, le juge doit nécessairement se projeter en tant qu'acteur juridique, et *il n'a pas intérêt à neutraliser les mythes sur lesquels repose son pouvoir*³⁵.

Mythe présenté comme une nécessité, voire comme une « hypocrisie acceptable³⁶ », la vérité juridictionnelle est dès lors un véritable enjeu de pouvoir, par cela même que « le gouvernement des lois reste toujours un gouvernement des hommes³⁷ ». La vérité se présente ainsi comme un voile qui dissimule la volonté juridictionnelle et, avec elle, le pouvoir politique du juge. Autrement dit, elle vise à opérer une dissociation radicale du droit et de la politique afin d'asseoir une légitimité rationnelle, concurrente de la légitimité politique. L'esquisse du tableau de ce mythe de la vérité (I) laisse alors découvrir un paysage juridique où le pouvoir juridictionnel se trouve renforcé (II).

³³ « La nature non politique de la fonction du juge, peu importe qu'elle le soit ou non dans les faits, est une croyance idéologique nécessaire. Cette conception est aujourd'hui tellement ancrée, qu'elle est, pourrait-on dire, constitutive du mythe républicain et démocratique. Le système politique repose sur l'idée d'un gouvernement des lois », I. BOUCOBZA, *La fonction juridictionnelle. Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, Paris, Dalloz, 2005, p. 253.

³⁴ I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, Paris, Dalloz, 2017, p. 513. Nous soulignons.

³⁵ *Ibid.*, p. 624-625. Nous soulignons. Stéphane Rials affirmait également que « si la volonté du législateur peut être acceptée comme telle [...], il est clair que le juge de la loi ne saurait prétendre, dans un climat raisonnablement démocratique, exprimer une volonté intrinsèquement légitime. Si l'on peut admettre que c'est la volonté et non la vérité qui fait la loi, le jugement de la loi ne pourra, lui, être rendu qu'en termes de vérité », S. RIALS, « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme », art. cité, p. 167.

³⁶ I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, op. cit., p. 651.

³⁷ O. JOUANJAN, « L'État de droit démocratique », *Jus Politicum*, n° 22, 2019, p. 12-13.

I. L’AFFIRMATION D’UN MYTHE

Par-delà ses multiples significations philosophiques³⁸, le mythe se définit communément, dans l’une de ses acceptions, comme « la représentation qu’un ensemble d’individus, en fonction de ses croyances, de ses valeurs, se fait d’une période, d’un fait, d’une idée, d’un personnage³⁹ ». Or, la représentation de la parole juridictionnelle comme parole de vérité se traduit sous de multiples formes (A) et vise, *in fine*, à asseoir la supériorité de la production juridictionnelle sur les autres formes de production du droit, en particulier celles de nature ouvertement politiques (B).

A. Les manifestations du mythe de la vérité

Parmi les diverses manifestations du mythe de la vérité, il est possible de distinguer celles qui sont formulées de manières implicites (1) de celles qui se montrent plus explicitement (2).

1. Les manifestations implicites

Les manifestations implicites du mythe tiennent à une *mise en scène contentieuse* du dogme de la vérité⁴⁰, autrement dit à un ensemble de mécanismes contentieux permettant de croire à l’existence d’une solution unique que le juge ne ferait que découvrir⁴¹.

1) La motivation lacunaire

La première manifestation implicite du mythe de la vérité tient à la motivation lacunaire de certains juges, en particulier du juge constitutionnel. Si la motivation consiste à exprimer les « considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision⁴² », une grande majorité de la doctrine considère que le Conseil constitutionnel, en dépit de la réforme du mode de rédaction de ses décisions en 2016 – se limitant, du reste, à un changement de style – « ne motive toujours pas ses décisions⁴³ ». La « manière française de rendre la justice constitutionnelle », souligne ainsi Denis Baranger, se caractérise par une « motivation faible⁴⁴ », le juge constitutionnel se contentant en effet la plupart du temps de procéder par affirmation. Par exemple, pour « motiver » la violation de la procédure constitutionnelle exigée lors de l’adoption de la loi organique d’urgence

³⁸ Voir notamment, parmi une vaste quantité de sources, G. GUSDORF, « Mythe et philosophie », *Revue de Métaphysique et de Morale*, n° 2, 1951, p. 171 ; G. VAN RIET, « Mythe et vérité », *Revue philosophique de Louvain*, 1960, Vol. 58, p. 15 ; R. BARTHES, *Mythologies*, Paris, Éditions du Seuil, 1957 ; J.-F. MATTÉI, *Platon et le miroir du mythe. De l’Âge d’or à l’Atlantide*, Paris, PUF, 1996.

³⁹ « Mythe », *Dictionnaire de l’Académie française*, 9^e éd., 2019, [en ligne].

⁴⁰ A. MANOUGUIAN, *La juridictionnalisation du droit constitutionnel français. Étude d’un phénomène doctrinal*, *op. cit.*, p. 300.

⁴¹ S. RIALS, « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l’hésitation du constitutionnalisme », art. cité, p. 167.

⁴² Article L. 211-5 du Code des relations entre le public et l’administration.

⁴³ W. MASTOR, *L’art de la motivation, substance du droit. Mieux motiver pour mieux juger*, Paris, Dalloz, p. 131.

⁴⁴ D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, n° 7, 2012, p. 2-16 [en ligne].

pour faire face à l'épidémie de covid-19, le Conseil constitutionnel se contente d'affirmer :

Compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, il n'y a pas lieu de juger que cette loi organique a été adoptée en violation des règles de procédure prévues à l'article 46 de la Constitution⁴⁵.

Ce mode de rédaction est au surplus récurrent lorsque le juge crée – ou « découvre » – le principe qu'il applique : faisant fi de toute explication, il se borne habituellement à affirmer, à partir de l'interprétation d'une disposition constitutionnelle, qu'il en découle que telle ou telle notion juridique « est un principe à valeur constitutionnelle⁴⁶ ».

De manière générale, « la faiblesse de l'argumentation, qui bien souvent ne cherche même pas à se dissimuler, témoigne [...] d'une indifférence profonde à toute justification rationnelle des choix opérés⁴⁷ ». Les commentaires des décisions rédigés par le secrétariat général du Conseil constitutionnel ne font, du reste, qu'aggraver ce constat ; leur existence permettant à elles seules de révéler l'insuffisance de la motivation de la décision elle-même⁴⁸.

Or, ce type de rédaction témoigne de la manière dont le juge conçoit son office. En effet, la motivation « ouvre la voie à des questionnements sur la nature du droit, son rapport à la justice (y compris la justice constitutionnelle) ainsi qu'à des discussions sur le statut politique du juge⁴⁹ ». En motivant peu ses décisions, le juge formule ainsi implicitement une prétention à la vérité. Le raisonnement syllogistique – qualifié lui aussi de « mythe⁵⁰ » – revêt ainsi une « importance politique⁵¹ » et permet de considérer que la décision juridictionnelle est un acte de connaissance et non de volonté⁵².

⁴⁵ Cons. const., 26 mars 2020, n° 2020-799 DC, *Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*, JORF n° 0078 du 31 mars 2020, texte n° 5.

⁴⁶ Voir notamment, Cons. const., 27 juillet 1994, n° 94-343/344 DC, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, JORF du 29 juillet 1994, p. 11024 ; Cons. const., 6 juillet 2018, n° 2018-717/718 QPC, *M. Cédric H. et autre*, JORF du 7 juillet 2018, texte n° 107.

⁴⁷ J.-M. DENQUIN, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? Un regard surplombant sur les libertés publiques », *Jus Politicum*, n° 7, 2012, p. 10-11 [en ligne].

⁴⁸ Voir notamment pour une critique doctrinale de ces commentaires, F. ROLIN, « Pour un "discours sur la méthode" du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception », *AJDA*, 2010, p. 2384 ; D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », art. cité, p. 34-36 [en ligne] ; J.-M. DENQUIN, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? Un regard surplombant sur les libertés publiques », art. cité, p. 4 [en ligne] ; W. MASTOR, *L'art de la motivation, substance du droit. Mieux motiver pour mieux juger*, op. cit., p. 114-115.

⁴⁹ D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », art. cité, p. 3 [en ligne].

⁵⁰ M. TROPER, « Le réalisme et le juge constitutionnel » in *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011, p. 189.

⁵¹ P. BRUNET, « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits*, n° 39, 2004, p. 197.

⁵² F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation)*. Contribution à l'étude des représentations de la justice, Paris, Dalloz, 2013, p. 535.

La motivation lacunaire serait dès lors une manifestation de l'impartialité du juge, marquant la frontière entre le droit et la politique. Cette posture s'observait d'ailleurs déjà sous l'Ancienne France, puisque les parlements, dès le XIV^e siècle et jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, ne se préoccupaient pas de motiver leurs arrêts⁵³. En tant que « prêtres de la justice », ils se présentaient en effet comme « les interprètes des Écritures » chargés de dévoiler la vérité divine⁵⁴.

Pourtant, loin de masquer la volonté qui s'exprime dans l'acte de juger, la motivation lacunaire la renforce paradoxalement, puisque la spécificité de la décision politique tient souvent à la capacité de l'autorité compétente à opérer des choix discrétionnaires. Au surplus, la décision juridictionnelle peu motivée apparaît bien davantage comme un acte d'autorité, qui à ce titre ne nécessiterait pas d'explication pour s'imposer, que comme un acte reposant sur des motifs rationnels.

2) Le secret du délibéré

Le mythe de la vérité se manifeste également implicitement dans la règle du secret du délibéré, qui s'impose depuis le XIV^e siècle⁵⁵ à tous les juges : administratif⁵⁶, judiciaire⁵⁷ et constitutionnel⁵⁸. Ce « principe général du droit public français⁵⁹ » signifie que les délibérations précédant les décisions juridictionnelles ne peuvent être rendues publiques pendant un délai singulièrement long – 25 ans pour le juge constitutionnel, depuis la loi organique n° 2008-695 du 15 juillet 2008 *relative aux archives du Conseil constitutionnel* ; 75 ans pour les juges ordinaires.

Cette règle interdit également aux juges de communiquer leurs positions personnelles vis-à-vis des décisions rendues collégalement par la juridiction, ce qui explique notamment le rejet des opinions séparées ou dissidentes. Les décisions juridictionnelles doivent ainsi offrir une apparence d'unanimité, et non dévoiler les oppositions et controverses qui peuvent précéder leur adoption. Au fond, tout se

⁵³ S. DAUCHY, V. DEMARS-SION, « La non-motivation des décisions judiciaires dans l'ancien droit : principe ou usage », *Revue historique de droit français et étranger*, 2004, p. 225.

⁵⁴ G. BIGOT, « Histoire de la motivation en droit public français » in S. CAUDAL (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, 2013, p. 48

⁵⁵ La règle du secret du délibéré figure déjà dans le *Style de la chambre des enquêtes du Parlement* en 1336-1337 et sera confirmée, en 1344, par une ordonnance de Philippe de Valois. V. S. DAUCHY, V. DEMARS-SION, « La non-motivation des décisions judiciaires dans l'ancien droit : principe ou usage », art. cité, p. 231 ; N. FRICERO, « Délibérations des juges : entre secret et transparence », *Les Cahiers de la Justice*, 2014, n° 3, p. 415-416.

⁵⁶ Article L. 8 du Code de justice administrative : « le délibéré des juges est secret. »

⁵⁷ Article 6 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature : « Tout magistrat, lors de sa nomination à son premier poste, et avant d'entrer en fonctions, prête serment en ces termes : "Je jure de bien et fidèlement remplir mes fonctions, de garder le secret des délibérations et de me conduire en tout comme un digne et loyal magistrat" » ; Article 448 du Code de procédure civile : « Les délibérations des juges sont secrètes. »

⁵⁸ Article 3 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel : « Avant d'entrer en fonction, les membres nommés du Conseil constitutionnel prêtent serment devant le président de la République. Ils jurent de bien et fidèlement remplir leurs fonctions, de les exercer en toute impartialité dans le respect de la Constitution et de garder le secret des délibérations et des votes et de ne prendre aucune position publique, de ne donner aucune consultation sur les questions relevant de la compétence du Conseil. »

⁵⁹ CE, 17 novembre 1922, *Légillon*, Rec. p. 849.

passer comme si « envisager même des variations de la vérité serait proprement hérétique⁶⁰ ». À cet égard, la comparaison entre les systèmes de *common law* et de *civil law* est remarquable :

Dans le système juridique anglo-américain, le juge écrit à la première personne du singulier et il peut signer nominalement le jugement, car celui-ci exprime son opinion. Sans doute il lui appartient d'énoncer une vérité mais celle-ci n'a pas valeur absolue dans la mesure où l'élaboration du jugement consiste à confronter des récits, à évaluer leurs degrés de vraisemblance en fonction des preuves sur lesquelles ils s'appuient [...]. Dans la tradition civiliste, le juge parle au nom de la loi ou du peuple français, il n'a pas d'incarnation et use du pluriel de majesté [...]. Le juge français doit certes motiver sa décision mais, contrairement à son homologue de *common law*, il n'a pas à se justifier de l'application qu'il fait de la règle de droit et son exposé doit être concis⁶¹.

Cette règle du secret repose donc en définitive sur le présupposé selon lequel le juge ne procède pas à un *choix* entre des opinions contradictoires, mais révèle une solution évidente – « l'unique bonne réponse » (« *one right answer* ») dirait Dworkin⁶². Elle permet alors, *ipso facto*, d'asseoir l'autorité de la chose jugée.

2. Les manifestations explicites

Le principe de l'autorité de la chose jugée⁶³ a longtemps été fondé, en droit civil, sur une « présomption de vérité légale⁶⁴ » ; présomption de nature irréfragable. Par la suite, ce principe a été conçu comme une « force de vérité légale ». L'adage *res judicata pro veritate accipitur*⁶⁵ (la chose jugée est tenue pour vérité) a alors donné l'occasion à la doctrine privatiste de s'interroger sur les fondements de l'autorité et sur la « fiction » consistant à considérer que le jugement est « tenu pour vrai⁶⁶ ». De fait, l'autorité de la chose jugée – doctrinalement étendue à l'autorité de la chose interprétée⁶⁷ – ne repose pas sur le présupposé selon lequel les décisions juridictionnelles seraient *vraies*, mais se fonde sur l'idée selon laquelle elles sont *tenues pour vraies*. En ce sens, le doyen Carbonnier, commentant cet adage, soutenait que « le droit y fait l'aveu

⁶⁰ S. KERNEIS, *La justice en vérité. Une histoire romaine du dire-vrai*, Paris, Dalloz, 2022, p. 25. Voir également W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Paris, Economica-PUAM, 2005.

⁶¹ S. KERNEIS, *La justice en vérité. Une histoire romaine du dire-vrai*, *op. cit.*, p. 24-25.

⁶² R. DWORKIN, *L'empire du droit*, Paris, PUF, 1994 ; *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995 ; « Les contraintes argumentatives dans l'interprétation juridique. Y a-t-il une bonne réponse en matière d'interprétation juridique ? » in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, Aix-en-Provence, PUAM, 1995, p. 227. Comme le relève Philippe Raynaud, la théorie dworkinienne de la « bonne réponse » suppose « que la décision du juge est avant tout une question de vérité », P. RAYNAUD, *Le juge et le philosophe. Essais sur le nouvel âge du droit*, *op. cit.*, p. 255.

⁶³ Ce principe figure aux articles 1355 du Code civil et 480 du Code de procédure civile.

⁶⁴ C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Paris, Dalloz, 36^e éd., 2022, p. 890.

⁶⁵ Digeste, 50. 17. 207 ; G. HANARD, « *Res iudicata pro veritate habetur* : la naissance d'un concept », *Cahiers du Centre de recherches en histoire du droit et des institutions*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1995, p. 15.

⁶⁶ « La vérité judiciaire est une fiction interne au droit, le jugement ne dit pas le vrai, il est réputé dire le vrai », S. KERNEIS, « Introduction. À quoi sert le jugement ? Une enquête historique autour du dire-vrai », art. cité, [en ligne].

⁶⁷ M. DISANT, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2010.

hautain de l'irréalité de son univers : la chose jugée n'est pas la vraie vérité ; elle est reçue (*accipitur*) par le bon peuple pour tenir lieu de vérité (*pro veritate*). Il le faut bien⁶⁸ ».

Encore une fois, ce mythe est présenté comme nécessaire, si bien qu'une partie de la doctrine privatiste a beau déplorer « la difficulté à rompre avec un mythe bien ancré depuis le droit romain », elle reconnaît néanmoins que « la croyance (plus ou moins fictive) dans la vérité du jugement est supposée mieux garantir le respect du jugement par tous⁶⁹ ». Autrement dit, « l'autorité de chose jugée remplit [...] une fonction politique : la vérité judiciaire renfermée dans le jugement s'écarte parfois de la vérité matérielle⁷⁰ ». La réforme du Code civil, issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* et ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018, a d'ailleurs récemment retiré l'autorité de la chose jugée de la liste des présomptions légales⁷¹, ce qui a pu être perçu par la doctrine civiliste comme « un premier pas vers la reconnaissance du caractère artificiel des liens entre vérité et autorité de la chose jugée⁷² ». Ce lien persiste néanmoins, ce qui soulève des interrogations sur le rôle exercé par ce mythe.

B. La fonction du mythe de la vérité

Le mythe repose sur une vision idéalisée de la réalité qui, pour exister, doit reposer sur une adhésion. La fonction qui lui est attribuée varie grandement selon les auteurs et les écoles philosophiques : fonction étiologique, symbolique, sociale, culturelle, etc. S'agissant du mythe de la vérité juridictionnelle, il nous semble possible de soutenir qu'elle possède une fonction de légitimation des décisions juridictionnelles. Plus fondamentalement, ce mythe permet d'asseoir la supériorité de la parole juridictionnelle sur la parole politique.

Le contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois (1) et le droit mémoriel (2) offrent deux exemples frappants de la singulière prépondérance de la vérité juridictionnelle sur la volonté politique.

1. L'idéal de la parole juridictionnelle dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois

De manière évidente, la justification du contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois tend à faire primer la parole juridictionnelle sur la parole législative. La volonté, fût-elle générale, ne saurait échapper, dans un État de droit digne de ce nom, au contrôle du juge. Tel est bien le sens du fameux *obiter dictum* du Conseil constitutionnel selon lequel « la loi votée [...] n'exprime la volonté

⁶⁸ J. CARBONNIER, *Droit civil*, Vol. 1, Paris, PUF, 2004, p. 371.

⁶⁹ C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, op. cit., p. 891.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ L'ancien article 1350 du Code disposait en effet : « La présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits ; tels sont : [...] L'autorité que la loi attribue à la chose jugée. » Or, le nouvel article 1354 du Code civil ne fait plus mention, s'agissant d'une telle présomption, de l'autorité de la chose jugée.

⁷² C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, op. cit., p. 891.

générale que dans le respect de la Constitution⁷³ ». Ajoutons néanmoins : dans le respect de la Constitution jurisprudentielle⁷⁴, autrement dit de la Constitution interprétée par le juge. Comme le soutenait Charles Eisenmann, l'intérêt de la justice constitutionnelle concentrée entre les mains d'une seule juridiction tient à ce qu'« il n'y aura jamais, à un moment donné, pour l'État tout entier, qu'une vérité constitutionnelle, une seule⁷⁵ ».

Comment pourrait-on justifier le contrôle de constitutionnalité des lois autrement ? Il serait en effet difficile d'imaginer que la volonté des représentants, réputée « générale », puisse être limitée par la volonté de quelques juges. Aussi est-ce pour cela que l'on oppose à la volonté générale une vérité juridictionnelle, comme si le pouvoir juridictionnel était le seul, parmi les organes constitués, à être en mesure d'endosser le rôle de « pouvoir neutre⁷⁶ ».

Cette thèse, visant à dresser une frontière étanche entre le droit et la politique, est propre à la légitimation de la justice constitutionnelle par la doctrine française et se distingue paradoxalement – bien qu'on lui en attribue la paternité – de la vision kelsenienne de la fonction juridictionnelle. À rebours du phénomène doctrinal de juridictionnalisation du droit constitutionnel français à l'époque contemporaine, qui repose sur une « croyance idéologique » de « la nature non politique de la fonction du juge⁷⁷ », Kelsen refusait d'admettre qu'une différence de nature existait entre la fonction judiciaire et les fonctions politiques :

En autorisant le juge, à l'intérieur de certaines limites, à trancher entre des intérêts contradictoires et à résoudre un conflit au profit de l'un ou de l'autre, le législateur lui confère une compétence de création du droit et donc un pouvoir qui donne à la fonction judiciaire ce même caractère « politique » qu'au pouvoir législatif, même si celui-ci s'exerce dans une plus large mesure. Entre le caractère politique de la législation et celui de la justice, il n'y a qu'une différence quantitative et non qualitative⁷⁸.

La généalogie du mythe de la vérité juridictionnelle dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois n'est donc pas à rechercher dans l'Autriche de la première moitié du XX^e siècle ; elle remonte en réalité à la rhétorique antivolontariste des parlements sous l'ancienne France. Cette dernière reposait en

⁷³ Cons. const., 23 août 1985, n° 85-197 DC, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie* (cons. 27), *JORF* du 24 août 1985, p. 9814. Voir là-dessus P. BLACHÈRE, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, PUF, 2001.

⁷⁴ A. MANOUGUIAN, *La juridictionnalisation du droit constitutionnel français. Étude d'un phénomène doctrinal*, op. cit., p. 207-220.

⁷⁵ C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche* [1928], rééd., Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 1986, p. 292.

⁷⁶ Ce que critiquait précisément Carl Schmitt dans sa défense d'un gardien politique de la Constitution en la personne du chef de l'État, A. LE DIVELLEC, « Le gardien de la Constitution de Carl Schmitt. Éléments sur les paradoxes d'une "théorie" constitutionnelle douteuse » in O. BEAUD, P. PASQUINO (dir.), *La controverse sur le « gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2007, p. 50-51. Voir notamment sur la théorie du pouvoir neutre chez Benjamin Constant, P. PICHOT-BRAVARD, *Conserver l'ordre constitutionnel (XVI^e – XIX^e siècle). Les discours, les organes et les procédés juridiques*, Paris, LGDJ, 2011, p. 441-450.

⁷⁷ I. BOUCOBZA, *La fonction juridictionnelle. Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, op. cit., p. 253.

⁷⁸ H. KELSEN, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, Paris, Michel Houdiard, 2006, p. 75-76.

effet sur une doctrine d'hétéro-limitation de la souveraineté royale⁷⁹ visant, par la vérification des lois, à tempérer la monarchie. La ruse des parlementaires fut néanmoins de ne pas présenter une telle limitation comme exogène, mais endogène. Autrement dit, la limitation de la souveraineté par les cours ne consistait pas à opposer leurs volontés à celle du Roi, ni à se poser comme des « tiers », puisqu'elles se considéraient comme une émanation même de la Couronne⁸⁰. Contre ce qu'elles dénonçaient comme « le système de la seule volonté⁸¹ », ces dernières prétendaient opposer des vérités fondamentales. Comme le souligne François Saint-Bonnet, « la juste limite de l'office du juge dépositaire des lois » est de « ne jamais s'introduire sur le terrain de la volonté (donc du contre-pouvoir)⁸² ». Le Souverain participait, du reste, très largement à cette fiction :

Quand le législateur veut manifester ses volontés – admonestait Louis XV dans un lit de justice tenu à Versailles en 1770 –, vous êtes son organe, et sa bonté permet que vous soyez son conseil ; il vous invite à l'éclairer de vos lumières, et vous ordonne de lui montrer la vérité⁸³.

Ce mythe fut par la suite perpétué par Sieyès en l'an III, lors des débats révolutionnaires sur le jury constitutionnaire, au cours desquels l'abbé défendait l'idée selon laquelle « une constitution n'est point une transaction entre des volontés arbitraires. Tout découle des droits de l'homme et y aboutit par un enchaînement de vérités nécessaires⁸⁴ ».

Comme les parlementaires de l'Ancien Régime, qui avaient une « conception antivolontariste » du droit⁸⁵, comme le Sieyès de 1795, marqué par un « antivolontarisme saisissant⁸⁶ », une partie de la doctrine constitutionnaliste contemporaine perpétue le mythe d'une parole juridictionnelle purifiée des aléas de la volonté.

⁷⁹ Comme l'a démontré Olivier Beaud, une telle conception heurte la souveraineté bodinienne, une dans son principe comme dans son exercice. Voir O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994.

⁸⁰ Il s'agit de la doctrine de « l'union des classes », fondée sur un discours de Michel de l'Hospital le 7 septembre 1560, formulée par la suite par l'avocat Louis Adrien Le Paige et reprise par le Parlement de Paris dans ses remontrances du 22 août 1756. Cette doctrine signifie que les parlements ne sont que « des démembrements » de l'autorité royale ne formant qu'un seul et même corps, L. A. LE PAIGE, *Lettres historiques sur les fonctions essentielles du Parlement, sur le droit des pairs et sur les lois fondamentales du royaume*, Tome I, Quatrième lettre, Amsterdam, 1753, p. 153. Voir également F. SAINT-BONNET, Y. SASSIER, *Histoire des institutions avant 1789*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, 6^e éd., 2019, p. 359.

⁸¹ Parlement de Paris, *Arrêté du 3 mai 1788* in J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome III, 1768-1788, Paris, Imprimerie nationale, 1898, p. 745.

⁸² F. SAINT-BONNET, « Le pouvoir normatif des anciens juges. Le contrôle juridictionnel *a priori* des lois du roi », CCC, n° 24, 2008 [en ligne].

⁸³ Lit de justice tenu à Versailles, 7 décembre 1770, P.-J.-S. DUFÉY, *Histoire, actes et remontrances des parlements de France*, Tome II (1756 à 1790), Paris, Galliot, 1826, p. 212-213.

⁸⁴ E.-J. SIEYÈS, *Bases de l'ordre social ou série raisonnée de quelques idées fondamentales de l'État social et politique (an III)*, in P. PASQUINO, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1998, p. 181.

⁸⁵ E. LEMAIRE, *Grande robe et liberté. La magistrature ancienne et les institutions libérales*, Paris, PUF, 2010, p. 45.

⁸⁶ S. RIALS, « Sieyès ou la délibération sans la prudence. Éléments pour une interprétation de la philosophie de la Révolution et de l'esprit du légicentrisme », *Droits*, n° 13, 1991, p. 128.

2. L'idéal de la parole judiciaire dans le cadre du droit mémoriel

Le deuxième exemple de la prépondérance de la vérité juridictionnelle sur la vérité politique est celui du droit mémoriel, qui pose plus largement la question – qui dépasse le cadre de cette réflexion – des rapports du droit à la vérité historique.

En ce qui concerne plus spécifiquement la législation mémorielle, la question de la vérité se pose de manière cruciale s'agissant des lois mémorielles répressives, c'est-à-dire celles qui répriment la contestation de faits juridiquement reconnus et établis. Portant une atteinte substantielle à la liberté d'expression, la constitutionnalité de ce type de loi dépend, pour le Conseil constitutionnel, de la source juridique à l'origine de l'établissement de la vérité historique officielle. Seule peut en effet être réprimée la négation de faits historiques établis par une juridiction – française ou internationale – à l'exclusion de ceux établis par le législateur. Ainsi, alors que le génocide arménien de 1915 est reconnu par la loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001, les crimes commis pendant la Seconde Guerre mondiale ont été reconnus par le statut du tribunal militaire international de Nuremberg. Cette distinction explique que le Conseil constitutionnel ait prononcé, en 2012, l'inconstitutionnalité de la loi réprimant la contestation du génocide arménien⁸⁷, tandis que la constitutionnalité de la loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 *tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe*, dite « loi Gayssot », fut justifiée en 2016 par le fait que « la négation de faits qualifiés de crimes contre l'humanité par une décision d'une juridiction française ou internationale reconnue par la France se différencie de la négation de faits qualifiés de crimes contre l'humanité par une juridiction autre ou par la loi⁸⁸ ».

Ainsi, non seulement le mythe permet de faire primer la vérité juridique sur la volonté politique mais, au surplus, en matière historique, parmi les différentes formes de vérités juridiques, seule semble pouvoir être réprimée la négation d'une vérité judiciaire, à l'exclusion de toute vérité légale.

Ces différentes manifestations du mythe de la vérité juridictionnelle ne sont pas sans conséquences, puisqu'elles permettent de dissimuler l'existence d'un pouvoir.

II. LA DISSIMULATION D'UN POUVOIR

« Tout pouvoir politique, même le plus légitime et le plus consenti dans son principe, comporte une combinaison d'autorité et de pouvoir de domination⁸⁹ », écrivait Maurice Hauriou. Or, ne serait-il pas possible de reconnaître que le juge détient un tel pouvoir politique ? Le mythe de la vérité voile en effet l'existence d'un véritable pouvoir, c'est-à-dire d'un discours de volonté (A). Ce faisant, il renforce paradoxalement le pouvoir juridictionnel, fondé sur une légitimité posée comme rationnelle (B).

⁸⁷ Cons. const., 28 février 2012, n° 2012-647 DC, *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi* (cons. 6), *JORF* du 2 mars 2012, p. 3988.

⁸⁸ Cons. const., 8 janvier 2016, n° 2015-512 QPC, *M. Vincent R.* (cons. 10), *JORF* du 10 janvier 2016, texte n° 20.

⁸⁹ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^e éd., 1929, rééd. Paris, Dalloz, 2015, p. 27.

A. La volonté juridictionnelle voilée par le mythe de la vérité

« À la vérité, le pouvoir du juge est précisément dissimulé et renforcé par l'effet même de cette croyance si répandue qu'il n'exerce pas un pouvoir mais assure seulement le règne du droit et de la raison⁹⁰. » Si, à l'instar de Michel Troper, la doctrine se rallie désormais, dans sa grande majorité, à l'idée selon laquelle tout juge dispose d'un pouvoir d'interprétation juridictionnelle⁹¹ – plus ou moins important selon les cas –, la nature politique d'un tel pouvoir est toutefois d'ordinaire niée. En ce sens, Jean-Marie Denquin dénonce « la majorité de la doctrine [qui] attend la vérité du Conseil au lieu de la lui apporter » et « en vient trop souvent à supposer que le juge possède la vérité – par une grâce laïque mais spéciale – sans toutefois condescendre à l'explicitier⁹² ».

L'opportunité d'entretenir le mythe d'une vérité juridictionnelle qui s'exprimerait dans toute sa pureté juridique tient, de toute évidence, au fait qu'il fonde la légitimité de la décision du juge, entendu au sens wébérien de « croyance en la légalité⁹³ » de cette dernière. Autrement dit, ce mythe est un argument de légitimation.

Pourtant, ce qui marque spécifiquement l'acte politique est bien la décision, entendue comme une liberté de choix, autrement dit comme la manifestation d'un pouvoir discrétionnaire encadré par une compétence s'agissant d'un organe constitué. Ainsi que le précise Paul Bastid :

Une décision politique s'oppose à une décision juridique en ce qu'elle n'apparaît pas comme une déduction nécessaire tirée de principes rigides [...]. Il peut du reste exister dans un acte ou dans une série d'actes un mélange de l'aspect juridique et de l'aspect politique⁹⁴.

Entre « la discrétionnalité nulle, c'est-à-dire la compétence liée » et « la discrétionnalité totale », c'est-à-dire le pouvoir souverain⁹⁵, le pouvoir juridictionnel dispose d'une discrétionnalité élevée. En ce sens, le juge, même s'il ne décide pas de décider, dispose bien d'un pouvoir politique. Kelsen lui-même, ardent défenseur du contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois, considérait à cet égard que la seule manière de réduire le pouvoir politique des tribunaux était de limiter leur marge d'appréciation dans l'interprétation juridictionnelle, ce qui suppose que « les normes constitutionnelles ne doivent pas être rédigées dans des termes trop généraux », singulièrement s'agissant des « droits fondamentaux⁹⁶ ».

⁹⁰ M. TROPER, « Le droit, la raison et la politique », *Le Débat*, n° 64, 1991, p. 186.

⁹¹ L'École de l'exégèse fut en effet disqualifiée par la critique formulée par François Gény et son École de la libre recherche scientifique, F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 1932, 2 tomes.

⁹² J.-M. DENQUIN, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? Un regard surplombant sur les libertés publiques », art. cité, p. 5 [en ligne].

⁹³ M. WEBER, *Économie et société. 1. Les catégories de la sociologie*, Paris, Plon, 1971, rééd. Pocket, 1995, p. 286.

⁹⁴ P. BASTID, *Les grands procès politiques de l'histoire*, Paris, Fayard, 1962, p. 11.

⁹⁵ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, Tome II, Paris, LGDJ, 1983, rééd. 2014, p. 313.

⁹⁶ H. KELSEN, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, op. cit., p. 86.

Pour autant, tout juge opère *a minima* une qualification juridique des faits ; or la qualification juridique se rattache « à la problématique de la *vérité du droit*⁹⁷ ». Ce qui distingue néanmoins une qualification juridique d'une appréciation non juridique, qu'elle soit « d'ordre moral, politique, religieux, esthétique, etc. », c'est « le simple critère *formel* de la compétence institutionnelle de celui qui procède à la qualification⁹⁸ ». Autrement dit, la qualification est dite juridique parce qu'elle a été adoptée par un organe compétent pour formuler une telle qualification. Selon le positivisme formaliste, en effet, le contenu du droit importe peu : seule compte en définitive l'autorité qui l'a édicté selon les formes prescrites par le droit⁹⁹. Il ne pourrait, du reste, pas en être autrement puisque, « dans la conception révolutionnaire de la représentation cette dernière n'est pas délégante d'une quelconque volonté préexistante du souverain mais institutive, c'est-à-dire créatrice d'une volonté qui n'existe pas en dehors d'elle¹⁰⁰ ». En ce sens, Olivier Cayla affirme de manière décisive :

Qu'ainsi toute qualification se ramène à un fondamental acte d'*évaluation*, c'est-à-dire consiste à *donner le nom* non pas qui « *revient* » à la chose, mais que « *mérite* » la chose, ou encore qui « *convient* » non pas à la chose elle-même, mais au sort qu'on *veut* lui faire subir en vertu de déterminations foncièrement politiques¹⁰¹.

Le contenu du droit, souligne l'auteur, ne peut dès lors qu'être fatalement « *impur* », si bien que seule « l'autorité étatique de son auteur » est en mesure de lui conférer son caractère juridique¹⁰² :

À vrai dire, on ne soulève cette hypothèse impie qu'avec la sécurité d'un renfort doctrinal plus que consistant : il y a longtemps que la démonstration n'a plus à être apportée de l'inanité du modèle syllogistique de la logique formelle pour rendre compte des déterminations qui ont réellement cours dans le raisonnement juridique, et l'on sait que la solution d'un cas est le plus souvent, pour des raisons de bonne « *politique* » jurisprudentielle, arrêtée d'avance, quitte à se préoccuper après coup seulement de la qualification des faits qui s'ajuste le mieux au résultat souhaité, sans parler même de la possibilité de créer prétoriquement le régime juridique qui favorisera, par son application au cas, l'obtention d'un tel résultat, si d'aventure il n'est pas déjà disponible dans le droit en vigueur¹⁰³.

Partant, aussi fondée en vérité soit-elle, la décision juridictionnelle est d'abord un acte d'autorité – ce dont le principe de l'autorité de la chose jugée témoigne explicitement. Or, comme le soutenait Paul Ricœur, la vérité est avant tout un accord¹⁰⁴ : elle est de l'ordre de la connaissance, et non de l'autorité. En ce sens, il est théoriquement impossible d'apporter la preuve de la vérité ou de la fausseté d'une décision : « un discours qui admet une norme de vérité est scientifique ou religieux », rappelle Jean-Marie Denquin, or « le domaine où s'exerce l'office du

⁹⁷ O. CAYLA, « Ouverture : La qualification, ou la vérité du droit », art. cité, p. 4.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 9.

⁹⁹ M. VILLEY, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, rééd. Paris, Dalloz, 2001, p. 222.

¹⁰⁰ B. DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, Paris, Dalloz, 2011, p. 97.

¹⁰¹ O. CAYLA, « Ouverture : La qualification, ou la vérité du droit », art. cité, p. 9-10.

¹⁰² *Ibid.*, p. 10.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 9.

¹⁰⁴ P. RICŒUR, *Histoire et Vérité*, Paris, Éditions du Seuil, 1967, p. 188-189.

juge n'est, officiellement, ni scientifique ni religieux¹⁰⁵ ». De fait, le paradoxe du positivisme français contemporain tient à ce qu'il défend une vision antivolontariste du droit ; ceci alors même qu'il repose traditionnellement sur une vision hobbesienne exaltant la volonté humaine.

Comment, dès lors, ne pas songer à Hobbes, dont la célèbre formule, « *auctoritas, non veritas, facit legem*¹⁰⁶ » visait à différencier le savoir « des docteurs, des écrivains », dont « les doctrines peuvent être vraies », de l'autorité politique, qui est seule fondatrice du droit¹⁰⁷ ? À l'opposé de Platon qui concevait la vérité comme un heureux moyen de limiter le pouvoir politique, le philosophe anglais la percevait comme un obstacle dangereux à l'exercice de la souveraineté¹⁰⁸ et entendait ainsi délester le pouvoir politique des théories visant à le fonder sur la parole du juge – fût-il sage ou philosophe – ou de l'Église.

En définitive, cette formule hobbesienne ne nous conduit-elle pas inéluctablement à dresser le constat selon lequel le pouvoir juridictionnel sort renforcé par le mythe de la vérité ?

B. Le pouvoir juridictionnel renforcé par le mythe de la vérité

Aussi hardie soit-elle, la thèse de l'affermissement du pouvoir juridictionnel par le mythe de la vérité trouve sa source dans une affirmation formulée par Philippe Raynaud, selon laquelle « ceux qui revendiquent le droit de censurer l'autorité au nom de la vérité prétendent en fait à la souveraineté elle-même pour imposer leur interprétation¹⁰⁹ ». Ne pouvant être fondée sur des critères de légitimation démocratiques, la place prépondérante prise par le juge se justifie par la sagesse et la rationalité de ses décisions. Cette conception libérale n'est, du reste, pas nouvelle : Guizot, par exemple, fustigeait déjà au début du XIX^e siècle le règne de la volonté afin de promouvoir une « souveraineté de la raison, de la justice, du droit¹¹⁰ ».

Sous la V^e République, les défenseurs du mouvement de juridictionnalisation du droit constitutionnel considèrent, à l'image du doyen Favoreu, que le gardien politique « doit s'incliner devant le gardien juridictionnel¹¹¹ ». Fidèle à une conception multimillénaire de la justice destinée à exalter la sagesse, la vertu et la

¹⁰⁵ J.-M. DENQUIN, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus Politicum*, n° 1, 2008, p. 3 [en ligne].

¹⁰⁶ T. HOBBS, *Leviathan*, version latine, in *Opera Philosophica*, éd. W. Molesworth, Londres, John Bohn, 1841, T. III, p. II, chap. XXVI, p. 202.

¹⁰⁷ T. HOBBS, *Leviathan*, Paris, Dalloz, 1999, p. 295, note 81.

¹⁰⁸ Voir en ce sens J. ALLARD, « Vérité contre politique, vérité comme politique : que fait le juge ? », in J. ALLARD et al. (dir.), *La vérité en procès. Les juges et la vérité politique*, LGDJ, 2014, p. 307-311.

¹⁰⁹ P. RAYNAUD, « Le juge, la politique et la philosophie » in M. GAUCHET, P. MANENT, P. ROSANVALLON (dir.), *Situations de la démocratie*, Paris, Gallimard-Le Seuil, 1993, p. 114.

¹¹⁰ « Je ne crois ni au droit divin, ni à la souveraineté du peuple [...]. Je crois à la souveraineté de la raison, de la justice, du droit », F. GUIZOT, *Du gouvernement de la France depuis la Restauration, et du ministère actuel*, Paris, Ladvocat, 2^e éd., 1820, p. 201. Sur cette conception, voir J. HUMMEL, « Guizot, théoricien de la légitimité », *RDJ*, 2006, p. 904 et P. PICHOT-BRAVARD, *Conserver l'ordre constitutionnel (XVII^e-XIX^e siècle). Les discours, les organes et les procédés juridiques*, op. cit., p. 450-454.

¹¹¹ L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit. Alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1988, p. 112.

vérité – de la déesse égyptienne Maât au Roi Salomon, de saint Louis aux parlements de l'ancienne France –, le juge du XXI^e siècle serait doté d'une Raison juridictionnelle capable de tempérer les ardeurs du pouvoir politique.

Le renforcement du pouvoir juridictionnel marque ainsi l'avènement d'un État juridictionnel, qui se caractérise par une primauté de la fonction juridictionnelle dans l'ordre juridique. À l'instar de l'État de justice promu par les parlementaires de l'ancienne France, qui – ainsi que nous l'avons souligné – se posaient en ennemis de la volonté¹¹², l'État juridictionnel oppose de manière factice la vérité du juge à la volonté politique. Au fond, la politique est moins « saisie par le droit », selon une formule désormais usuelle, que par le *juge*.

L'État juridictionnel conduit alors à repenser les rapports historiques entre le pouvoir juridictionnel et le pouvoir politique¹¹³. En effet, à partir du XVII^e siècle, « l'interprétation quitte le domaine de la science pour entrer dans la sphère de la politique¹¹⁴ ». Benoît Frydman soutient en ce sens que la rupture de la raison et de l'autorité a eu pour effet de contraindre l'interprète « à se soumettre inconditionnellement à la volonté de l'auteur de la norme, et donc au pouvoir, fût-il tyrannique, tandis qu'il exile toute réflexion sur la justice dans les limbes de l'abstraction spéculative¹¹⁵ ». Or, la juridictionnalisation du droit de la seconde moitié du XX^e siècle va opérer une nouvelle transformation dans la conception de la fonction de juger.

Pour autant, il n'est pas envisageable d'expliquer le renforcement du pouvoir juridictionnel par le mythe de la vérité juridictionnelle en inversant la formule de Hobbes, pour considérer que c'est la vérité, et non l'autorité qui fait la loi. En revanche, si le *dispositif* d'une décision de justice est l'expression d'une puissance – puissance pouvant, le cas échéant, être assortie de la possibilité de recourir à l'exécution forcée des décisions assorties d'une formule exécutoire – ne pourrait-on pas voir dans ses *motifs* l'*auctoritas* permettant de justifier l'obéissance ?

Le doyen Carbonnier l'affirmait sans ambages :

Ce qui donne au jugement sa pleine valeur, sa supériorité sur l'accommodement que pourrait tenter entre deux querelleurs un passant de bonne volonté, ce n'est pas d'être conforme à la vérité absolue (où est la vérité ?) – c'est d'être revêtu par l'État d'une force particulière qui interdit de le remettre en question, parce qu'il faut une fin aux litiges (autorité de la chose jugée)¹¹⁶.

¹¹² « En excluant la volonté du champ des sources du droit, les doctrines parlementaires de la fin de l'Ancien Régime annonçaient la critique conservatrice du volontarisme des Lumières et de la Révolution française [...]. Pour les officiers des Parlements et Cours souveraines, en effet, le droit n'est pas et ne doit pas être le produit d'une volonté », E. LEMAIRE, *Grande robe et liberté. La magistrature ancienne et les institutions libérales*, Paris, PUF, 2010, p. 119.

¹¹³ Il ne nous semble néanmoins pas vain de souligner que tous deux sont des pouvoirs étatiques ; car si la violation du droit par l'État est proclamée par un tribunal, nous dit Marcel Waline, « elle est faite au nom de l'État lui-même ; il y a donc bien auto-limitation, ; ou plutôt, il n'y a pas du tout de limitation de la souveraineté de l'État, mais limitation de la souveraineté d'un organe de l'État par un autre organe, ou, plus exactement encore, du pouvoir d'un organe par celui d'un autre organe », M. WALINE, *L'individualisme et le Droit* [1949], Paris, Dalloz, 2007, p. 406-407.

¹¹⁴ B. FRYDMAN, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruxelles, Bruylant, 3^e éd., 2011, p. 295.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 24-25.

¹¹⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil*, Vol. 1, Paris, PUF, 2004, p. 366.

En définitive, il semble alors possible de renverser complètement la perspective hobbesienne en affirmant, s'agissant du pouvoir juridictionnel, que c'est la vérité qui fait l'autorité : *veritas facit auctoritatem*.

La difficulté d'une telle évolution tient néanmoins à ce que, en démocratie, l'autorité est fondée sur le consentement, l'adhésion : c'est le sens de la légitimité politique. Or, la prétention à la vérité semble ici servir de fondement à un autre type d'autorité, faisant ainsi émerger une légitimité rationnelle, concurrente de la première.

*
**

En dernière analyse, si la vérité se laisse percevoir comme un acte d'autorité dissimulé, le constat que dressait Michel Villey selon lequel le volontarisme serait devenu « l'âme de nos constitutions¹¹⁷ » demeurerait valable, à condition d'ajouter qu'il est l'âme *masquée* de nos constitutions. Toutefois, le lien consubstantiel, souligné par Jacques Ellul, entre droit positif et valeur¹¹⁸, montre que le droit ne peut être porteur de vérité ; les valeurs étant par nature relatives. Aussi conviendrait-il de repenser le rôle de la vérité juridique.

Mais qu'est-ce que la vérité juridique ? À sa sortie du bague, Dostoïevski écrivit :

si quelqu'un me prouvait que le Christ est hors de la vérité, et que la vérité fût *réellement* hors du Christ, je voudrais plutôt rester avec le Christ qu'avec la vérité¹¹⁹.

Pour radicale qu'elle soit, une telle affirmation nous enseigne peut-être que la vérité, dans le monde spirituel comme dans le monde juridique, est avant tout un acte de foi.

Aïda Manouguian

Docteur en droit public, qualifiée aux fonctions de Maître de conférences en droit public (CNU 02). Sa thèse de doctorat, intitulée *La juridictionnalisation du droit constitutionnel français. Étude d'un phénomène doctrinal*, a reçu le prix de thèse Dalloz et est publiée dans la collection « Nouvelle Bibliothèque de Thèses ». Ses travaux de recherche portent notamment sur la théorie constitutionnelle et l'épistémologie juridique.

¹¹⁷ M. VILLEY, « Essor et décadence du volontarisme juridique », *APD*, Tome 3, 1957, p. 91.

¹¹⁸ J. ELLUL, *Philosophie du droit*, Paris, Éditions de La Table Ronde, 2022, p. 187-188.

¹¹⁹ F. DOSTOÏEVSKI, « Lettre à Natalia Dmitrievna Fonvizina, 20 février 1854 » in *Correspondance*, Tome 1, Paris, Bartillat, 1998, p. 341.

COLOPHON

Ce numéro de *Jus Politicum* a été composé à l'aide de deux polices de caractères, Linux Libertine et Alegreya Sans. La première est développée par le « *Libertine Open Fonts Projekt* » sous la direction de Philipp H. Poll, sous licence à sources ouvertes GNU GPL (*GNU General Public License*). La seconde a été développée par Juan Pablo del Peral pour le compte de Huerta Tipográfica, et est disponible sous licence OFL (*SIL Open Font Licence*).

ISSN : 2105-0937 (*en ligne*)