

---

## Le passage de la norme à la décision : de la fonction de l'argumentation dans l'ordre juridique\*

Pierre Moor<sup>i</sup>

---

**Résumé** : L'analyse du passage de la norme à la décision met l'accent sur la dimension langagière du Droit : la textualité du Droit, et à l'intérieur de cette textualité, la diversité de la densité normative des textes. Cette textualité et son institutionnalisation impliquent une exigence de rationalité des actes établis. Celle-ci porte sur la motivation des décisions en imposant que leur bien-fondé soit argumenté. Les arguments peuvent trouver leur source dans l'ordre juridique ; ceux-ci sont souvent insuffisants, et le juge doit alors puiser dans des savoirs sociaux, qu'il intègre ainsi dans l'ordre juridique. Il obéit à une double programmation, qui assure l'acceptance sociale de ses décisions. Ainsi, l'argumentation mène à la solution de la question juridique à résoudre : elle s'exprime dans la norme particulière qui fonde le dispositif de la décision et qui sera un cas particulier de la norme générale à appliquer. La succession de normes particulières se référant à la même norme générale et formant son encyclopédie est la base de la continuité de la jurisprudence. Les destinataires de l'argumentation sont procéduralement les parties en cause devant le juge, mais aussi, beaucoup plus largement, la doctrine, et plus largement encore, la collectivité, fictivement dite auditoire universel.

**Mots-clés** : dimension langagière du Droit ; densité normative ; argumentation ; motivation ; acceptance des décisions de justice.

---

\* DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.1980-4016.esse.2024.218945>.

<sup>i</sup> Professeur honoraire de l'Université de Lausanne, Suisse. Docteur *Honoris Causa* de l'Université de Bâle, Suisse. E-mail: pierre.moor@unil.ch. ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-2825-9974>.

## Prolégomènes

**P**our traiter du passage de la norme à la décision<sup>1</sup> qui l'applique — c'est-à-dire de l'argumentation qui permet de passer de l'une à l'autre, pour garantir la légitimité de la seconde par rapport à la première —, il est indispensable d'être au clair sur les structures et les modalités dans lesquelles le système juridique fonctionne — principalement : de quoi sont faites les normes juridiques, en quoi consiste leur application, quelle est la position de l'autorité qui applique par rapport à elles ? C'est seulement à partir de là que l'on peut déterminer quelle place, quelles fonctions, quelle topique sont celles de l'argumentation juridique. D'où cette introduction, qui aborde en quelques mots ces problématiques.

C'est ainsi que nous mettrons en évidence la *logique textuelle* du Droit et les gradations de *densité normative* — c'est-à-dire les variations de détermination des espaces normatifs, dans lesquels les textes, dans leur dimension langagière, laissent très souvent à l'autorité d'application la compétence de compléter leur normativité (ch. 1). Il est ainsi octroyé à celle-ci une liberté dont elles doivent justifier l'usage ; le Droit connaît en effet une exigence générale de rationalité de ses normes (ch. 1). D'où la nécessité d'argumenter le bien-fondé du passage de la norme générale indéterminée à sa détermination concrète par des normes qui la particularisent en fonction des circonstances concrètes de son application (ch. 2.1/2.3). Ces argumentations sont destinées à justifier le choix de l'autorité d'une solution parmi toutes celles que l'indétermination de la norme générale aurait rendu possibles *in abstracto*. Leur publicité permet leur contrôle par le juge lui-même, les instances recours, la doctrine et, par ces médiateurs, indirectement par la collectivité elle-même (ch. 2.4).

Le système juridique est ainsi fermé, parce qu'il décide lui-même ce qui lui appartient, mais aussi ouvert sur l'extérieur, lorsque le juge remplit les espaces laissés indéterminés par la norme générale (ch. 3.1). Cette ouverture exige cependant des garanties, qu'offrent les structures de l'État de Droit : séparation des pouvoirs, indépendance judiciaire, liberté d'expression (ch. 3.2).

---

<sup>1</sup> Dans tout ce texte, nous entendons par « décision » tout acte étatique unilatéral pris par une autorité — jugement, arrêt, décision administrative.

## 1. De l'ordre juridique à sa textualité

### 1.1 Le langage et le Droit

Avant de faire la théorie de quoi que ce soit, il faut observer l'objet que cette théorie prend pour thème, en renonçant à partir d'une définition *a priori* de cet objet sans la problématiser. Car partir dans la théorie avec une idée préconçue du Droit<sup>2</sup> condamne à laisser dans l'ombre, inexpliquée, la réalité de ce qu'est le Droit comme *sous-système social* spécifique dans son fonctionnement : or c'est ce fonctionnement même qui le rend spécifique. A ce stade, le « Droit » est un phénomène socialement perçu et appelé dans une société déterminée comme étant le « juridique ». Deux observations vont permettre de cerner le sujet.

Un certain nombre de personnes, appelées juristes, formées dans les mêmes institutions (les facultés de « Droit ») ont pour travail d'échanger des messages, écrits ou oraux, utilisant tous un même code issu d'un ensemble dit « ordre juridique ». Ils s'écrivent, se lisent, se parlent, s'écoulent, expriment ainsi leurs accords ou leurs désaccords dans une seule et même langue. Cette dimension *langagière*<sup>3</sup>, qui n'est pas propre au Droit, est néanmoins la caractéristique formelle de l'activité juridique.

Ces messages prennent donc la forme d'un *texte*, c'est-à-dire d'un ensemble complexe de signes linguistiques qui, dans un *texte* donné, prennent sens non seulement les uns par rapport aux autres, mais aussi en relation avec le code auquel ils sont empruntés. Ce sens est leur signifié. Leur signifiant utilise le code de la langue ordinaire, pour pouvoir être généralement compris. Ils ont comme référents les « choses du monde »<sup>4</sup> au sujet desquelles ils ont quelque chose à dire. Chaque *texte*, pris comme un ensemble, a comme référent la norme qui a comme fonction propre de donner son statut juridique aux « choses du monde » ; elle n'est accessible — connaissable — que par la lecture de son *texte*. Et l'herméneutique a mis en évidence que toute lecture est aussi travail créateur du lecteur<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Ainsi, par exemple, Villey (2001, p. 49 *et seq.*) — la finalité du droit vue comme justice particulière appliquant l'adage *suum cuique tribuere* ; Kelsen (1962, p. 4 *et seq.*) — le concept de norme ; Kojève (1981, p. 25 *et seq.*) — l'intervention d'un tiers impartial lors d'une interaction entre deux personnes, annulant la réaction de l'une d'elles à l'action de l'autre).

<sup>3</sup> Ricœur (1986, p. 62) (« condition langagière ») ; *Sprachlichkeit* chez Gadamer (1996, p. 236). Latour (2005, p. 211, 221), observe que, dans les bureaux des juristes, les instruments matériels du travail sont le papier, support de l'écriture du langage (à vrai dire, ce sont de plus en plus des ordinateurs !).

<sup>4</sup> Pour parler comme Greimas et Landowski (1976, p. 84 *et seq.*).

<sup>5</sup> Sur le concept de texte et de lecture, cf. Gadamer (1996, p. 317 *et seq.*, 329 *et seq.*, 347 *et seq.*), et (1991, p. 11 ss, 18) ; Ricœur (1969, p. 15 *et seq.*, 74 *et seq.*, 84 *et seq.*), (1986, p. 35 *et seq.*, 57 *et seq.*, 113 *et seq.*, 153 *et seq.*, 221 *et seq.*), (1986, p. 57 *et seq.*, 113 *et seq.*), (1995, p. 163 *et seq.*), (2001, p. 250 *et seq.*, 282 *et seq.*) Eco (1985, spécialement p. 61 *et seq.*, 84 *et seq.*), et (1988, spécialement p. 63 *et seq.*).

## 1.2 La densité normative

Les signes servent à qualifier juridiquement les « choses du monde ». C'est ainsi qualifiées qu'elles vont être appréhendées par la norme. Mais il peut se présenter deux types de difficulté qui rendent problématique le passage d'une norme à la décision qui l'applique.

La première consiste en ce que les *textes* ne sont parfois pas clairs, parce que tel ou tel signe ou telle ou telle relation entre les signes sont ambigus : il s'agit alors d'élaborer une définition qui rendent ceux-ci le plus possible opérationnels. Normativement, cette définition va se substituer au signe ainsi défini. C'est ici le domaine de l'*interprétation*, qui obéit à une logique de *dictionary*<sup>6</sup>.

La seconde concerne l'*application concrète*<sup>7</sup>. Un signe ou, le cas échéant, sa définition peuvent être directement opérationnels, c'est-à-dire qu'ils permettent directement la qualification de la chose du monde qu'ils visent ; il n'est nullement nécessaire de recourir à une quelconque analyse de la situation de fait pour déterminer si on est en l'espèce en présence d'une « chose » à laquelle le signe s'applique. Par exemple, les données d'état-civil (« marié » ou non) sont fournies sans équivoque par les registres, sans qu'il soit nécessaire d'examiner si le couple vit comme un couple effectivement marié (comme c'était le cas avant l'instauration des registres) : l'état-civil dit si le couple est marié ou non. De même pour l'alcool au volant : l'éthylomètre informe le gendarme directement sur l'alcoolémie, sans qu'il soit nécessaire qu'il faille ordonner au conducteur de se tenir en équilibre debout sur une seule jambe. Juridiquement, de tels signes sont appelés « notions juridiques déterminées ».

Mais il se trouve, et plus souvent qu'on ne le pense, que, pour appliquer la norme — c'est-à-dire savoir si le cas d'espèce est un « cas » de cette norme ou un « non-cas » (lequel sera alors aussi un cas, mais négatif) —, il soit nécessaire d'*analyser la situation de fait*.

De tels signes (par exemple, « acte fautif », « bonnes mœurs ») sont qualifiés juridiquement de « notions indéterminées », puisque seule l'appréhension de la situation concrète et la qualification de ses caractéristiques individuelles permet de déterminer l'application de la norme. Les différents cas se regroupent en casuistique — en quelque sorte l'encyclopédie de la norme<sup>8</sup> ; mais cette casuistique ne peut prétendre qu'à illustrer le signe, et non pas à s'y substituer.

Plus spécifiquement pour le Droit, Moor (2005, p. 177 *et seq.*), (2010, p. 55 *et seq.*, 71 *et seq.*, 242 *et seq.*, 268) et (2021, p. 31 *et seq.*).

<sup>6</sup> D'après Eco (1988, p. 110 *et seq.*); Moor (2010, p. 244 *et seq.*).

<sup>7</sup> Moor (2010, p. 261 *et seq.*).

<sup>8</sup> D'après Eco (1988, p. 238 *et seq.*).

Les signes ont ainsi ce qu'on appelle une *densité normative* variable, qui va d'une complète détermination à une complète indétermination (cette dernière situation se retrouve dans l'octroi de la grâce ou de l'amnistie)<sup>9</sup>.

### 1.3 L'exigence de rationalité et sa publicité

Il s'est certainement trouvé des régimes politiques dans lesquels les pouvoirs publics pouvaient décider le contenu de leurs décisions selon les seules volontés arbitraires de leurs détenteurs, sans avoir à le justifier de quelque manière que ce soit. L'illustration historique la plus caractéristique est l'empereur Caligula, qui voulait nommer son cheval consul, du moins selon la rumeur rapportée par Suétone<sup>10</sup>. En littérature, une figure typique en est le juge Bridoye, qui, chez Rabelais<sup>11</sup>, déclare avoir joué aux dés tous les jugements qu'il a rendus<sup>12</sup>. Mais on peut penser que de telles autorités avaient en général des motifs qui, de leur point de vue au moins, étaient justifiés.

Ce n'est qu'à partir du XVIII<sup>e</sup> siècle que se développa, dans les futurs États de Droit, l'obligation de motiver publiquement les jugements<sup>13</sup>. La publicité des débats parlementaires s'imposa au courant du XIX<sup>e</sup>, en même temps que la liberté de la presse et le développement de l'importance de l'opinion publique<sup>14</sup>. L'obligation de motiver les décisions administratives date, elle, seulement du XX<sup>e</sup>, au cours duquel le principe de la transparence et de l'accès public aux documents administratifs se répandit.

Ces innovations institutionnelles et procédurales ont servi, et servent encore à assurer, dans la plus grande mesure possible, la rationalité des actions étatiques — on préférerait écrire, au prix d'un néologisme, leur *raisonnabilité*<sup>15</sup>. Tout d'abord, en motivant par écrit les raisons qui justifient son action, leur auteur peut en vérifier le bien-fondé — formaliser sa pensée oblige à la réfléchir. Mais surtout, l'obligation de motiver et de publier rend accessible à la collectivité la *raisonnabilité* des actes des pouvoirs publics et, par là même, en permet la discussion critique au sein de la société, si les libertés de presse et d'opinion y sont assurées.

<sup>9</sup> Sur la densité normative, *vide* Moor (2010, p. 117 *et seq.*, avec des références) et Moor (2021, p. 66 *et seq.*).

<sup>10</sup> *Vie de Caligula*, chap. 55.3.

<sup>11</sup> *Tiers Livre*, XXIX-XLIV.

<sup>12</sup> Sur cette référence, cf. Martineau (2014), qui relève que « juger un procès aux dés était moins choquant » à l'époque de Rabelais qu'à la nôtre, et note à ce sujet que le Décret de Gratien (XII<sup>e</sup> siècle) autorisait l'usage des dés dans les cas insolubles.

<sup>13</sup> Godding (1978, p. 37 *et seq.*). La pratique est très différente selon les pays — en France, les arrêts ne sont que très sommairement motivés, alors que, dans les pays germaniques, les motivations sont très développées.

<sup>14</sup> Cela n'a d'ailleurs pas été sans difficultés ; cf. Habermas (1976, p. 80 *et seq.*, 90 *et seq.*).

<sup>15</sup> Malhière 2013 (spécialement, p. 427 s. *et seq.*) (sur les fonctions de la motivation des décisions de justice).

Cette garantie, en tant qu'elle contraint les pouvoirs publics à agir pour des motifs qui sont de nature à résister à la critique, nous l'appelons *exigence de rationalité* — nous y revenons ci-dessous. On voit aussi que, sur ce point, le *Droit Public* s'oppose fondamentalement aux régimes de *Droit Privé*, dans lesquels prévaut le principe de l'autonomie de la volonté des sujets de droit : alors que les sujets de droit privé peuvent agir selon leur pur arbitraire<sup>16</sup>, les sujets de droit public sont soumis à un principe d'hétéronomie, puisqu'elles doivent obéir à l'exigence de rationalité.

#### 1.4 Exigence de rationalité et liberté dans la prise de décision

Cette exigence de rationalité n'est inscrite dans aucune disposition écrite de Droit positif. Elle découle de l'ordonnancement institutionnel et procédural de l'ordre juridique des États de Droit.

Les débats parlementaires sont publics. Et cette publicité a été une des conquêtes de la démocratisation de la politique. Comme les lois (normes parlementaires) sont la base de toute activité étatique<sup>17</sup>, la publicité des débats garantit que la procédure de leur adoption puisse être suivie par l'opinion publique : c'est une garantie, certes pas absolue — mais il n'en existe point d'absolue —, de rationalité.

Les procédures dans lesquelles les normes sont mises en œuvre sont réglées pour que l'exigence de rationalité puisse être satisfaite. D'abord, pour que les arguments de chaque partie puissent être exposés, analysés et évalués — rejettés ou pris en compte — par le juge<sup>18</sup> (garantie du droit d'être entendu : *et audiatur altera pars*). Celui-ci doit motiver ses décisions. Ses décisions peuvent être portées devant une instance de recours pour que celle-ci examine à son tour leur validité. Les audiences sont, sauf motif particulier, publiques. Les jugements sont, d'une manière ou d'une autre, accessibles au public. On voit que, tout au long des procédures, la validité des arguments peut être vérifiée : c'est le but même de la succession des instances<sup>19</sup>.

L'exigence de rationalité n'est pas seulement satisfaite par ces aménagements formels : le Droit matériel y occupe aussi une fonction primordiale. Il en va ainsi de la garantie de la liberté d'opinion et d'expression,

---

<sup>16</sup> Sauf, évidemment, disposition contraire de la loi (par exemple, celle-ci prévoit que le licenciement d'un employé est possible en tout temps « pour justes motifs »).

<sup>17</sup> Principe de la légalité. En Droit suisse, Moor/Flückiger/Martenet (2011, p. 621 *et seq.*) ; mais le même principe existe dans tous les États de Droit.

<sup>18</sup> Dans tout ce texte, nous entendons par « juge » toute autorité dans les compétences de laquelle entre le pouvoir de rendre des décisions (sur le concept de « décision », cf. note 1).

<sup>19</sup> Sur ces garanties, cf. art. 6 de la *Convention Européenne des Droits de l'Homme* et des dispositions analogues dans les *Constitutions* étatiques (par exemple art. 29 *et seq.* de la Constitution suisse).

sans laquelle la potentialité de la critique serait inconcevable<sup>20</sup>. Mais il s'agit surtout du *principe de légalité*. Celui-ci postule non seulement que toute instance est tenue de se conformer à ce que les normes supérieures (spécialement les lois) disposent (principe de la suprématie de la loi), mais aussi que les restrictions aux libertés et même, dans certains ordres juridiques, toute activité étatique reposent sur une loi. Ainsi est posé un cadre dans lequel les autorités (juges et autorités administratives) sont tenues de se maintenir et, de cette manière, sont liées à l'argumentaire que les normes supérieures prévoient et par rapport auquel est jugée la validité de leurs propres actes. Par conséquent, elles doivent reprendre la rationalité que les textes légaux consacrent.

De quelle nature est cette rationalité, c'est ce qui reste à examiner : le passage argumentatif qui permet de valider un jugement dans sa relation avec l'ensemble normatif dans lequel il doit s'intégrer.

## 2. L'argumentaire juridique

### 2.1 Nécessité de l'argumentation

La question du passage de la norme à la décision se pose dans tous les cas où la norme applicable ne donne pas de réponse immédiate : il faut une argumentation pour dégager une solution. C'est dire qu'une autre solution que celle que le juge a retenue aurait été concevable, mais qui, d'une manière ou d'une autre, paraît moins convaincante.

En d'autres mots, le juge doit établir ou bien que sa décision découle immédiatement de la norme qu'il applique, dont la *densité normative* permet une simple opération de déduction, ou bien qu'elle rentre dans le cadre du champ de liberté que lui laisse une norme de plus faible densité.

La première hypothèse ne pose pas de problème autre que de fait : si la loi prévoit que le permis de conduire doit être retiré à tout conducteur dont l'alcoolémie dépasse 0.8 %o, la seule question qui se pose est celle de la fiabilité de l'instrument de mesure, c'est-à-dire une question de fait portant sur la preuve. Néanmoins, il peut se trouver qu'apporter la preuve nécessite une argumentation ; le juge doit alors utiliser un faisceau d'indices qu'il trouve dans l'état de fait pour construire le *récit* à la plus forte vraisemblance — procédé que les logiciens nomment *abduction*, que nous retrouverons plus bas<sup>21</sup>. Le juge se trouve dans la même situation que celle d'une enquête de police, dans laquelle, d'ailleurs, même

---

<sup>20</sup> On reconnaît le thème de la liberté communicationnelle, mis en évidence par Habermas, notamment dans (1978, p. 142 *et seq.*, 1997, p. 144 *et seq.*, 169 *et seq.*, 244 *et seq.*, 256 *et seq.*, 90 *et seq.*).

<sup>21</sup> Sous ch. 2.2.3.

un aveu peut ne pas être un indice à lui seul suffisant. Des règles procédurales sur les modes de preuve peuvent cependant lui faciliter la tâche<sup>22</sup>.

La seconde hypothèse est la plus intéressante dans la *Théorie du Droit*, parce qu'elle est beaucoup plus fréquente que les non-juristes le pensent ; c'est donc sur elle que nous allons nous arrêter.

Dans cette hypothèse, puisque celui qui est appelé à appliquer la norme et que celle-ci ne lui impose aucune solution *a priori*, il aura à *choisir* entre les différentes possibilités que le champ de liberté qui s'ouvre à lui l'oblige à choisir — et il est tenu de choisir, sous peine de déni de justice. Une situation d'*incertitude*, inhérente à la norme générale, est donc créée, et pour les justiciables, et également, au moment il est saisi de l'affaire, pour le juge, sur le contenu de la décision attendue<sup>23</sup>.

Le juge n'est cependant pas totalement libre : la solution qu'il va donner doit se situer dans le champ de la norme qu'il va appliquer. Mais précisément le passage de la norme à la décision, qui lui est imposé par le principe de la légalité, est incertain. C'est cette incertitude qu'il s'agit de lever. Pour cela, une argumentation est nécessaire, qui justifie le choix qu'il va faire : il lui incombe de prouver que la solution qu'il choisit est la meilleure<sup>24</sup>. Deux questions se posent alors : quels sont les critères qui permettent de décider des qualités des différentes solution possibles, et aux yeux de qui ces qualités doivent être établies ?

## 2.2 Argumentations internes et externes

### 2.2.1 Argumentations internes

On appelle ici arguments *internes* ceux dont le bien-fondé résulte d'une norme de l'ordre juridique<sup>25</sup>. L'ordonnancement hiérarchique impose qu'une norme inférieure ne soit régulière que si elle n'est pas contraire aux normes supérieures. Il en découle que celles-ci doivent être prises en compte dans l'interprétation et l'application de celle-là : l'ensemble de l'ordre juridique doit rester cohérent pour obéir à l'exigence de rationalité. Il faut préciser ici qu'une éventuelle contrariété de la norme inférieure ne mènera à son invalidité que si une autorité a la compétence institutionnelle de prononcer une telle sanction ;

<sup>22</sup> Sur l'établissement des faits, Moor (2010, p. 83 *et seq.*).

<sup>23</sup> C'est Niklas Luhmann qui a mis ce thème en évidence, dans la perspective de l'attente (*Erwartung*) de la solution et de l'expectative liée à cette attente — (1995, p. 131 *et seq.*). Cf. Moor (2021, p. 36 *et seq.*). C'est aussi à Niklas Luhmann qu'on doit l'introduction du concept d'incertitude dans la *Théorie du Droit* impliqué dans celui d'attente — (1995, p. 131). Cf. Moor (2021, p. 36 *et seq.*, 136 *et seq.*).

<sup>24</sup> Il revient à Chaim Perelman (1979, *passim*) d'avoir introduit le concept d'argumentation dans la théorie du droit. Cf. Moor (2010, p. 237 *et seq.*, concernant l'interprétation), et 261 *et seq.*, concernant l'application) et (2016, p. 145 *et seq.*).

<sup>25</sup> Moor (2010, p. 271 *et seq.*).

prendre en compte signifie donc ici que la norme supérieure sera le fondement d'une argumentation propre à lever l'incertitude grevant le sens de la norme inférieure d'une manière telle que la contrariété disparaîtra. L'opération met en œuvre ce qu'en *Sémiotique* on désigne comme *transtextualité*<sup>26</sup>, puisque le sens d'un texte normatif est fixé par référence au programme normatif d'un autre texte. La tâche du juge est souvent ardue, le programme normatif des normes supérieures étant d'une *densité normative* faible, ce qui rend l'élucidation de leurs programmes normatifs difficile.

*Un exemple.* Le principe de proportionnalité peut faire obstacle à l'ordre de démolition d'une construction illégale.

On voit à cet exemple que les questions d'interprétation ou d'application ont été résolues en dégageant le *programme normatif* de la norme constitutionnelle : c'est en argumentant à partir de celui-ci que le juge est parvenu à résoudre le conflit suscité par l'application de la norme d'urbanisme et de la loi scolaire.

Il y a *intertextualité* lorsqu'une norme est interprétée en fonction d'une autre norme de même niveau.

*Exemple :* une norme prévoit qu'en cas de violation d'une disposition de la loi sur les étrangers, le permis de séjour *doit* être révoqué ; mais une autre disposition, concernant une violation tout aussi grave, pose que le permis *peut* être révoqué. Pour rétablir la cohérence, le juge peut interpréter « *doit* » comme un pouvoir.

Une autre situation se trouve dans la maxime de la continuité de la jurisprudence : les normes particulières élaborées dans des cas antérieurs et qui forment l'encyclopédie de la norme générale à appliquer sont prises en compte dans son application actuelle<sup>27</sup>.

## 2.2.2 Argumentations externes

### 2.2.2.1 Casuistique

Les argumentations externes sont celles que le juge puise dans son environnement social<sup>28</sup> : le juge ne peut pas faire autrement, lorsque les argumentations juridiques, internes, sont insuffisantes à elles seules à justifier une solution de manière convaincante : la *textualité juridique* laisse donc un *non-dit* qu'il appartient au juge de remplir en disant lui-même ce qui est de droit. Ces situations sont nombreuses : elles résultent d'une *densité normative* plus ou moins faible, aussi bien de la norme à interpréter ou à appliquer, que de normes

<sup>26</sup> Terminologie inspirée de Genette (1992, p. 7).

<sup>27</sup> *Hypertextualité*, selon Genette (1992, p. 11 *et seq.*).

<sup>28</sup> Moor (2010, p. 280 *et seq.*).

supérieures. Elles requièrent que le juge ait recours à des arguments à l'extérieur même de ce que lui offre l'ordre juridique.

Les exemples sont innombrables. Ce qui doit frapper, c'est que les normes d'un haut niveau sont souvent d'une faible densité normative ; cela s'explique par le fait que, étant donné leur niveau même, elles sont appelées à s'appliquer dans les situations les plus diverses et les plus imprévisibles — ainsi les garanties de droits constitutionnels, du principe d'égalité ou les clauses générales telles que le principe de la bonne foi. Mais nombreuses sont les lois dont les dispositions sont de faible densité normative.

Un exemple: les prescriptions vestimentaires posées par un texte religieux doivent-elles bénéficier de la liberté religieuse ou doivent-elles être considérées comme une expression des bonnes mœurs dans une société déterminée, inscrite dans un texte religieux comme elles auraient pu l'être dans un tout autre texte — par exemple juridique ? Qu'en est-il d'autres prescriptions inscrites dans des textes sacrés — par exemple l'obligation du port du *dastār* (turban) ou du *kirpan* (poignard) chez les personnes de confession sikh<sup>29</sup> ? Ces questions se posent même pour des bijoux — en forme de croix.

Les restrictions obéissent à des conditions de validité — base légale, intérêt public, proportionnalité. Qu'est-ce qui est d'intérêt public ? La sécurité publique, dans le cas du poignard ? La santé publique, dans le cas de l'obligation qui serait faite aux enfants de parents musulmans de participer aux cours mixtes de natation ; ou, dans la même situation, peut-elle être justifiée par celle de s'intégrer aux mœurs locales ?

*Autre exemple* : dans la norme qui institue la responsabilité civile, il est évident que le législateur ne peut prévoir toutes les situations dans lesquelles le juge devrait considérer qu'il y a faute ou causalité adéquate entre l'acte et le dommage : le régime légal de la responsabilité civile est aussi destiné à s'appliquer dans les circonstances les plus diverses. Quand y a-t-il faute de l'auteur du dommage ? Lorsque celui-ci fait partie d'une profession dotée d'un code (évidemment privé) de déontologie (médecins, avocats), le juge peut s'en inspirer ; sinon, il doit se référer par exemple aux règles de l'art reconnues dans le métier. Mais il ne sera pas tenu à appliquer ces textes ou ces usages tels quels : il peut en examiner le bien-fondé et la généralité de leur reconnaissance dans le milieu concerné.

On doit même faire un pas de plus. Il n'existe aucune position à partir de laquelle la lecture des textes pourrait être absolument neutre. Il est impensable qu'un juriste puisse être en même temps présent dans son acte de lecture et absent en tant que personne : il est toujours en même temps fonction et individu

<sup>29</sup> Ces cas, de même que ceux qui concernent les prescriptions islamiques, sont analysés dans Moor (2021, p. 183 *et seq.*).

— ce que nous appelons une *figure de l'ordre juridique*<sup>30</sup>. C'est dire qu'il interprète ou applique les textes en cette double nature : tout en étant limité par eux, dans la mesure de leur densité, il les lit à partir des représentations qu'il a d'une société bonne, ou juste, c'est-à-dire de son idéologie<sup>31</sup>.

### 2.2.2.2 Conséquences et implications

Il en résulte que, dans ces cas de faible *densité normative*, dans lesquels toute déduction est impossible, le juge se trouve dans une situation où il va *hésiter* entre deux solutions possibles, qui paraissent également plausibles : une rationalité bifurquée. Mais il doit décider — choisir —, sous peine de commettre un déni de justice, comme nous l'avons dit plus haut.

Ce qu'il va décider, c'est une *norme particulière* : par exemple, « le médecin qui, [dans telles circonstances], agit [de telle manière], commet une faute ». Cette norme va entrer dans l'encyclopédie — la casuistique — de la norme générale. Celle-ci est donc enrichie d'une nouveauté : dans cette mesure, le juge a un véritable pouvoir créatif, de nature *micropolitique*<sup>32</sup>. Mais ce pouvoir est doublement limité, étant donné le statut constitutionnel du *Pouvoir Judiciaire*.

La première limite résulte de la nécessaire intégration de cette norme particulière dans l'ordre juridique : elle ne doit être contraire ni à la norme générale, ni à d'autres textes de niveau hiérarchique supérieur. Pour la norme générale, quelque faible que soit sa *densité normative*, elle contient des directives, des critères d'appréciation à appliquer ou qui sont exclus, des indications telles que des exemples (« en particulier, [...] »), qui forment un programme à l'intérieur duquel le juge devra opérer sans qu'il lui soit dicté une et une seule solution. C'est l'interprétation de cette norme qui le dégagera. Enfin, il faut signaler les indications fournies par le savoir juridique en général, tel qu'il se trouve exprimé dans ce que nous avons appelé le *métatexte*<sup>33</sup> : cette encyclopédie non écrite, enregistrant dans la mémoire collective des juristes, au fur et à mesure de son développement, la science des concepts fondamentaux du Droit — par exemple le canon des méthodes d'interprétation.

La seconde limite est plus générale et plus indéterminée. Elle découle de l'exigence de rationalité, qui ne peut être celle que sa seule subjectivité dicte au juge. Il puise ses motivations dans ce qu'il perçoit, reçoit, observe dans la société, dont il tire un savoir qui lui permet de construire une argumentation qui est en

<sup>30</sup> Sur ce concept, cf. Moor (2016, p. 204 *et seq.* ; 2021, p. 109 *et seq.*).

<sup>31</sup> Plus largement, nous rencontrons ici le concept de précompréhension de Gadamer (1996, p. 286 *et seq.*) : inspiré par une précompréhension du problème, la vérifiant dans une argumentation dont il éprouve la solidité, l'interprète revient sur elle pour, le cas échéant, la corriger.

<sup>32</sup> Moor (2005, p. 52 *et seq.* ; 2010, p. 298 *et seq.*). *Politique* qualifie le pouvoir d'un organe de l'État de prendre des décisions impliquant un choix impératif pour la société, et *micro* s'oppose à la macropolitique du pouvoir législatif ou gouvernemental.

<sup>33</sup> Sur ce concept, cf. (Moor, 2021, p. 216 *et seq.*).

relation avec les savoirs sociaux vernaculaires. Certes, son statut de figure de l'ordre juridique influe sur la sélection qu'il opère entre ceux-ci, comme elle le fait dans la lecture des textes — le déchiffrement de ce qui se passe culturellement, idéologiquement, politiquement dans la société est aussi une lecture, donc une interprétation ; et il ne peut en être autrement — il y a nécessairement une part de subjectivité dès lors que l'argumentation vise à établir que la solution qui va en découler est la meilleure, et non la seule possible.

### **2.2.3 Combinaison des argumentations. La double programmation**

A vrai dire, le terme de « limite » que nous avons employé est relativement impropre, si on le comprend uniquement comme une frontière qu'il est interdit de franchir. C'est avec ce qui est à l'intérieur de ces limites que le juge peut construire son argumentation — la limite indique ce qui, étant à l'extérieur, lui est interdit.

A l'intérieur de ces deux limites, il trouve deux programmes : le programme normatif et le programme social. Les utiliser est ce qui va légitimer sa décision, c'est-à-dire le choix auquel son argumentation l'a conduit. Comme ce choix s'est fait parmi d'autres possibles, le juge a un pouvoir créateur, et comme il émane d'une autorité étatique, il est de nature politique — certes restreint à des normes particulières, et c'est pourquoi nous l'appelons *micropolitique*.

Il y a une relation nécessaire entre les deux programmes. Ce que le juge retient de la programmation sociale doit pouvoir être *rattaché au programme des textes* pour être valide. En quelque sorte, celle-là doit pouvoir s'inscrire dans celui-ci pour entrer légitimement dans l'argumentation. Cette contrainte est donc bien une limitation — elle protège d'éventuelles décisions arbitraires du juge, et c'est bien la tâche du législateur : être l'organe étatique compétent pour fixer les buts, les objectifs, les intérêts que, à ses yeux et selon l'interprétation qu'il en fait, la société veut que l'État vise, poursuive, réalise.

Cela ne signifie pas pour autant que ces deux limites n'aient qu'une portée négative. Contrairement à une frontière dont la seule fonction est d'interdire de passer, elles ont une fonction positive : en les définissant, le juge trouve les indications nécessaires, dans leur programme, à sélectionner les arguments et à les composer en un ensemble cohérent. Elles dessinent ainsi les lignes directrices de la rationalité qui fonde son jugement.

On peut décrire le processus mental du travail argumentatif à partir de l'idée d'une démarche *rétrograde* : le juge, se saisissant d'un dossier et en en faisant une première lecture, s'en fait en même temps une première idée, qu'il puise, plus ou moins intuitivement, dans sa culture et sa mémoire. C'est le moment d'un processus de découverte, qui le conduit à une solution provisoire. Puis il travaille à la construire en testant les argumentations qui pourraient la

justifier : c'est le processus de *légitimation*<sup>34</sup>. Et il revient en arrière, s'il n'arrive pas à se convaincre lui-même de la valeur de l'argumentation qu'il a provisoirement retenue.

En logique, le processus à l'œuvre se nomme *abduction*<sup>35</sup>. Le juge se trouve face à un ensemble d'arguments, convergents et divergents, entre lesquels il doit retenir ceux avec lesquels il peut former un ensemble constituant un tout cohérent, plus vraisemblable que tout autre ensemble qu'il pourrait former. Son activité ressemble à celle de la rédaction d'un *récit*<sup>36</sup>.

## 2.3 Normativité de l'argumentation

### 2.3.1 La norme particulière

L'argumentation mène à une solution: celle-ci constitue une *norme particulière*, en ce sens qu'elle représente un cas dans l'encyclopédie de la norme générale à laquelle elle est rattachée. Elle n'est pas toujours exprimée sous forme normative dans un *texte*, mais se valide à partir de l'argumentation. Le plus souvent, elle est d'ailleurs exposée de telle manière qu'il semble qu'elle en soit une conclusion nécessaire.

Il ne reste plus qu'à substituer le nom des parties aux termes génériques dans lesquelles la norme particulière peut être explicitée pour que le dispositif, par simple déduction, puisse être rédigé : cela sera le texte de la *norme individuelle* qui clôt l'affaire portée devant le juge. Elle va valider l'éventuelle exécution forcée du dispositif.

Il est clair que les normes particulières et individuelles ont une portée impérative limitée à la compétence du juge qui les prononce et à l'affaire qu'il a jugée : leur *impérativité institutionnelle* est donc restreinte. Cependant, enrichissant la casuistique de la norme générale, elles ont une *certaine impérativité épistémique*, dans les cas identiques (la continuité de la jurisprudence) ou par comparaison avec des cas analogues ou opposés.

### 2.3.2 La continuité de la jurisprudence. Les revirements de jurisprudence

Même si l'impérativité institutionnelle est ainsi limitée, les normes particulières, y compris les argumentations qui les ont fondées, bénéficient d'une impérativité épistémique. En effet, dans l'ordre juridique, les actes pris au titre d'une impérativité institutionnelle doivent pouvoir s'intégrer dans ce qui,

<sup>34</sup> Sur ces deux moments, Moor (2010, p. 268 *et seq.*) ; il ne faut pas les concevoir comme une succession temporelle, mais bien plutôt comme concomitants dans la réflexion du juge — le passage d'un moment à un autre peut prendre la forme d'un va-et-vient.

<sup>35</sup> Sur l'*abduction*, Eco (1988, p. 49 *et seq.* ; 1992, p. 253 *et seq.*, 272). Cf. Moor (2010, p. 96 *et seq.*, 289).

<sup>36</sup> Moor (2010, p. 293). L'élaboration d'un *récit* obéit aussi à une logique abductive.

juridiquement, vaut déjà : la cohérence de l'ensemble doit être respectée — c'est, on l'a vu, un des deux aspects de la double programmation de la jurisprudence. Donc les juges qui se succèdent reprennent la jurisprudence de ceux qui les ont précédés, parfois sans même réexaminer l'argumentation que ceux-ci ont exposée : la continuité est ainsi assurée par cette intégration du passé dans le présent du travail juridique<sup>37</sup>.

Cette continuité ne constitue pas, cependant, une règle sans exception : les revirements de jurisprudence sont toujours possibles, mais non pas simplement en exposant une argumentation différente de l'antérieure qui conduirait à une autre norme particulière. Il faut que soient exposées non seulement une nouvelle argumentation, propre à fonder la nouvelle norme, mais, en outre, que les motivations qui ont conduit à la précédente ne peuvent plus être retenus.

Un exemple. Pendant des décennies, le texte applicable au divorce en Suisse d'époux étrangers a été interprété comme exigeant que le divorce soit reconnu par l'Etat d'origine et, si les époux étaient de nationalités différentes, par les deux États. En 1968, le Tribunal fédéral procéda à un revirement de jurisprudence et modifia l'interprétation du texte applicable en définissant autrement l'exigence : il suffisait dorénavant que le pays d'origine de l'époux demandeur reconnaisse le jugement suisse. Extrait des considérants — en l'espèce, l'époux défendeur était Italien, et l'Italie, à l'époque, ne connaissait pas le divorce :

Si le juge ne peut pas se fonder sur des considérations relatives au droit désirable, il doit néanmoins s'efforcer d'appliquer la loi d'une manière aussi conforme que possible à la situation et à la mentalité actuelles [...] L'application cumulative des lois nationales de chacun des deux époux ne peut se défendre que si l'on pose ouvertement le principe que le divorce doit rester un mode exceptionnel de dissolution du mariage. Une pareille affirmation est inconciliable avec la réalité, tant en Suisse que dans la plupart des pays voisins<sup>38</sup>.

## 2.4 Le destinataire de l'argumentation

### 2.4.1 Le juge lui-même

Une brève remarque suffira ici sur l'importance de l'écriture dans la motivation. Par expérience, chacun sait que ce n'est pas simplement en pensant, *in petto*, à un enchaînement d'arguments qu'on est le mieux à même de juger de leur cohérence et de leur logique. Il faut formaliser ce qui est seulement pensé

<sup>37</sup> C'est donc un aspect de la tradition, dans l'herméneutique — Gadamer (1996, p. 285 *et seq.*), Ricoeur (1969, p. 31 *et seq.*).

<sup>38</sup> *Arrêts du Tribunal fédéral suisse* 94 (1968) II 65 ; l'épouse demanderesse, et innocente, était Française, l'époux défendeur Italien, et, à l'époque, le droit italien ignorait le divorce.

— en mots et en phrases. C'est un moyen — cependant non pas une garantie absolue — de vérifier soi-même la solidité d'une argumentation.

#### **2.4.2 Les destinataires immédiats. Les parties. Les instances de recours**

Les parties sont évidemment d'abord intéressées au dispositif de la décision qui clôt leur litige ; l'argumentation qui y a mené les préoccupe sans doute moins, sauf si l'une d'entre elles croit y déceler un défaut qui l'inciterait à recourir.

L'instance de recours, dont la mission spécifique est de contrôler la régularité des décisions portées devant elle, doit examiner le bien-fondé de l'argumentation ; si elle arrive à la conclusion qu'elle est viciée, elle annulera ou modifiera la décision. Mais il est important de noter qu'elle ne le fera que si l'irrégularité qu'elle constate est telle qu'elle conduit à celle du dispositif ; si ce n'est pas le cas, l'éventuel défaut de l'argumentation ne sera pas sanctionné.

#### **2.4.3 La doctrine. La collectivité. L'auditoire universel**

La doctrine joue un rôle important dans le système juridique. Elle ordonne la jurisprudence, l'intègre dans la systématique de l'ordre juridique, la conceptualise. Mais aussi elle la commente, en approuve ou en critique les argumentations, ce qui peut conduire le juge à procéder dans un cas analogue ultérieur à un revirement. Cependant, cela ne concerne le plus souvent que les arrêts des *Cours Suprêmes*, qui sont régulièrement publiés, soit dans un recueil officiel, soit dans des revues privées.

Cependant, puisque les normes particulières rentrent dans l'encyclopédie de la norme générale, et cela de manière durable au vu de la continuité de la jurisprudence, elles n'intéressent pas seulement les juristes, mais aussi la collectivité : leur adoption remplit donc un rôle normatif que nous avons qualifié de *micropolitique*. Elles doivent donc être de nature à convaincre de leur bien-fondé la société qu'elles vont régir.

Certes, il est sans doute assez rare que les laïcs lisent les arrêts ; ce n'est donc pas directement à eux que le juge s'adresse. Mais il existe une sorte de fiction, que Chaïm Perelman a appelée *auditoire universel*<sup>39</sup> : fiction d'un ensemble, évidemment virtuel, de lecteurs potentiels. Le juge rédige son arrêt de telle manière qu'il puisse convaincre *n'importe quel lecteur raisonnable*. Cet être *fictif*, on peut le désigner aussi comme *archilecteur*<sup>40</sup> ; ou encore, on peut imaginer que le juge obéit à un surmoi éthico-intellectuel qui le mène à construire une argumentation la plus objective possible dans le contexte socio-politique dans

<sup>39</sup> Perelman; Olbrechts-Tyteca (1958, p. 40 *et seq.*); Perelman (1984, p. 95).

<sup>40</sup> Terme et notion inspiré de Riffaterre (1971, p. 46 *et seq.*).

lequel il a pour fonction de dire le droit, de sorte qu'il puisse considérer qu'elle rencontre l'acceptation de la société — qu'elle jouisse de l'*acceptance* sociale. On retrouve ici la double programmation de la jurisprudence, qui s'inscrit dans les motivations justifiant la norme particulière.

## Conclusion. Fermeture et ouverture du système juridique

L'ordre juridique est fermé, en ce sens qu'il ne peut contenir que les normes adoptées selon les compétences et procédures que cet ordre a instituées pour l'adoption des normes qui peuvent lui appartenir. Il est autoréférentiel : seuls lui appartiennent les *textes* qui, pour établir leur validité, se réfèrent à lui pour leur validité ; autrement dit, le Droit est un *système autopoïétique*<sup>41</sup>. Cette *clôture* — clôture textuelle — n'est cependant pas absolue. Pour régir tous les conflits qui peuvent naître au sein de la société, une clôture absolue nécessiterait un ensemble normatif quasi infini, dans une course interminable vers la complétude : pour s'adapter à ses contextes aussi bien présents que futurs, les textes normatifs doivent être lacunaires, en ce sens qu'ils réservent du *non-prescrit*, du *non-dit encore*, pour conserver leur dynamique adaptative.

C'est en diminuant la *densité normative* des textes que le législateur résout cette difficulté. Le Droit peut ainsi accueillir l'imprévu et même l'imprévisible dans le cadre du *non-prescrit* par la norme — ce qu'elle ne prescrit pas, n'écrit pas *avant* d'être appelée à s'appliquer, ne pré-scrit pas, mais est dans l'attente du jugement qui va remplir le *non-dit* du texte<sup>42</sup>.

L'ordre juridique *s'ouvre* ainsi à une normativité dont la substance originale se trouve à l'extérieur, dans son environnement. Il suit alors la programmation sociale. Mais, ce faisant, il doit veiller à respecter la programmation normative en vigueur, en construisant *en même temps* un rattachement aux textes valides de l'ordre juridique, lesquels ont une légitimité démocratique et qui limitent à cette légitimité son pouvoir créateur.

Paradoxalement, cette ouverture est en même temps un gage de liberté sociale. Non seulement elle évite une hyperréglementation totalitaire, mais surtout elle permet une communication constante entre le Droit et son environnement : car en reprenant à titre normatif ce qu'il observe dans la société, il assure l'acceptance sociale de ses décisions.

Toutefois, pour que cet enchaînement fonctionne, il faut que cet auditoire puisse exprimer son accord ou, le cas échéant, son désaccord. Toute communication presuppose, pour être effective — et c'est ce qui importe dans un État de Droit —, des possibilités de réponse aux messages reçus. C'est ainsi

<sup>41</sup> Sur ces points, Luhmann (1983, p. 355 *et seq.* ; 1989, p. 53 *et seq.*) ; Teubner (1989, p. 30 *et seq.*) — cités dans Moor (2010, p. 201 *et seq.*) et (2021, p. 62 *et seq.*)

<sup>42</sup> Sur le non-dit des textes, cf. Eco (1985, p. 207).

que, face à une jurisprudence qu'il désapprouve, le législateur peut modifier la loi : en rapport avec la micropolitique judiciaire, la macropolitique conserve toutes ses compétences. Quant à la doctrine, dans son activité de commentaire, de synthèse, de critique, elle joue un rôle capital, que la liberté d'opinion et de presse garantit. A quoi s'ajoutent enfin les possibilités de recours à une instance supérieure.

Nous avons ainsi établi un lien entre le système juridique que la *Théorie du Droit* met en évidence et les structures essentielles de l'État de Droit qui permettent ce Droit dont on fait la théorie. Toutefois, cela a des conséquences importantes sur le travail juridique : il ne saurait y avoir de méthodologie normative qui instituerait une troisième limite à cette liberté, ni pour l'interprétation ni pour l'application du Droit, lorsque celui-ci, en diminuant pour certaines normes leur densité normative, pré-scrit pour l'une ou pour l'autre une marge d'autonomie: s'étayant sur sa force de persuasion, et non sur une quelconque nécessité, le jugement ne saurait se réduire à appliquer une méthodologie fondée *a priori* et sans considération de son environnement social. Ce n'est pas à une vérité objective, qu'une méthode de travail garantirait, que le Droit tend, mais à une insertion la plus juste possible dans le tissu social, justice dont il doit réussir à convaincre son environnement socio-politique. Et c'est précisément pourquoi les garanties instituées par l'État de Droit sont indispensables. ●

## Références

- ECO, Umberto. *Lector in fabula* : le rôle du lecteur. Trad. Myriem Bouzaher. Paris : Grasset, 1985.
- ECO, Umberto. *Les limites de l'interprétation*. Trad. Myriem Bouzaher. Paris : Grasset, 1992.
- ECO, Umberto. *Sémiotique et philosophie du langage*. Trad. Myriem Bouzaher. Paris : P.U.F., 1988.
- GADAMER, Hans Georg. *L'art de comprendre*. Écrits II. Trad. I. Julien-Dreygout. Paris : Aubier, 1991.
- GADAMER, Hans Georg. *Vérité et méthode*. Trad. Pierre Fruchon, Jean Grondin et Gilbert Merlio. Paris : Le Seuil, 1996.
- GENETTE, Gérard. *Palimpsestes*. Paris : Le Seuil, 1992.
- GODDING, Philippe. Jurisprudence et motivation des sentences, du Moyen Age à la fin du 18<sup>e</sup> siècle. In : PERELMAN, Chaïm ; FORIERS, P. (org.). *La motivation des décisions de justice*. Bruxelles : Bruxelles, 1978. p. 37-67.
- GREIMAS, Algirdas Julien; LANDOWSKI, Eric. Analyse sémiotique d'un discours juridique. In : GREIMAS, Algirdas Julien. *Sémiose et Sciences Sociales*. Paris : Le Seuil, 1976. p. 79 et seq.
- HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie*: entre faits et normes. Trad. Christian Bouchindhomme et Rogério Rochlitz. Paris : N.R.F., 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Raison et légitimité*. Trad. Jean Lacoste. Paris : Payot, 1978.
- HABERMAS, Jürgen. *Strukturwandel der Öffentlichkeit*. Neuwied, Berlin : Luchterhand, 1976.

- KELSEN, Hans. *Théorie pure du Droit*. Trad. Charles Eisenmann. Paris : Dalloz, 1962.
- KOJÈVE, Alexandre. *Esquisse d'une phénoménologie du Droit*. Paris : Gallimard, 1981.
- LATOUR, Bruno. *La fabrique du droit*: une ethnographie du Conseil d'État. Paris : La Découverte, 2004.
- LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt : Suhrkamp, 1995.
- LUHMANN, Niklas. Le Droit comme système social. *Droit et société*, n. 11/12, p. 53-67, 1989. Disponible sur : [https://www.persee.fr/doc/dreso\\_0769-3362\\_1989\\_num\\_11\\_1\\_1024](https://www.persee.fr/doc/dreso_0769-3362_1989_num_11_1_1024). Consulté le : 28 juin 2024.
- LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*. 2<sup>e</sup> éd. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1983.
- MALHIÈRE, Fanny. *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.
- MARTINEAU, Anne. La farce de Maistre Bridoye (Rabelais, Tiers Livre). *Cahiers du CELEC*, v. 8, 2014. Disponible sur : <https://publications-prairial.fr/celec/index.php?id=581#quotation>. Consulté le : 29 juin 2024.
- MOOR, Pierre. *Dynamique du système juridique*. Genève, Paris, Bruxelles : Schulthess/L.G.D.J., 2010.
- MOOR, Pierre; FLÜCKIGER, Alexandre; MARTELNET, Vincent. *Droit administratif*. 3<sup>e</sup> éd. Berne : Stämpfli, 2011. v. 1.
- MOOR, Pierre. *Le travail du droit*. Québec: Presses de l'Université Laval, 2021.
- MOOR, Pierre. *Perméabilités du système juridique*. Québec: Presses de l'Université Laval, 2016.
- MOOR, Pierre. *Pour une théorie micropolitique du droit*. Paris : P.U.F., 2005.
- PERELMAN, Chaïm. *Le raisonnable et le déraisonnable en Droit*. Paris : L.G.D.J., 1984.
- PERELMAN, Chaïm. *Logique juridique*: nouvelle rhétorique. Paris : Dalloz, 1979.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité de l'argumentation*. Paris : P.U.F., 1958.
- RICŒUR, Paul. *Du texte à l'action*: essais d'herméneutique. Paris : Le Seuil, 1986. v. 2.
- RICŒUR, Paul. *Le conflit des interprétations*: essais d'herméneutique. Paris : Le Seuil, 1969.
- RICŒUR, Paul. *Le Juste*. Paris : Éditions Esprit, 1995.v. 1.
- RICŒUR, Paul. *Le Juste*. Paris : Le Seuil, 2001. v. 2.
- RIFFATERRE, Michaël. *Essai de stylistique structurale*. Paris : Flammarion. 1971.
- TEUBNER, Gunther. *Recht als autopöietisches System*. Francfort s.M. : Suhrkamp, 1989.
- VILLEY, Michel. *Philosophie du droit*. Paris : Dalloz, 2001.

 **The passage from the norm to the decision:  
the function of argumentation in the legal order**

 MOOR, Pierre

---

**Abstract:** The analysis of the passage from norm to decision emphasizes the linguistic dimension of Law: its textuality of law, and within this textuality, the diversity of the normative density of texts. This textuality and its institutionalization imply a requirement of rationality of state acts. It concerns the motivation of decisions: it makes it necessary that their validity be argued. The arguments can find their source in the legal order; these are often insufficient, and the judge must then draw on social knowledge, which he thus integrates into the legal order. He obeys a double programming, which ensures the social acceptance of his decisions. In this way, the argumentation leads to the solution of the legal question to be solved: it is expressed in the particular norm that is the basis of the decision and that will be a particular case of the general norm to be applied. The succession of particular norms referring to the same general norm and forming its encyclopedia is the basis of the continuity of jurisprudence. The addressees of the argumentation are, procedurally, the parties involved before the judge, but also, much more broadly, the doctrine, and even more broadly, the community, fictitiously called the universal audience.

**Keywords:** language dimension of Law; normative density; argumentation; motivation; acceptance of legal decisions.

---

**Como citar este artigo**

MOOR, Pierre. Le passage de la norme à la décision : de la fonction de l'argumentation dans l'ordre juridique. *Estudos Semióticos* [online], vol. 20, n. 2. São Paulo, agosto de 2024. p. 82-99. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/esse>. Acesso em: dia/mês/ano.

---

**How to cite this paper**

MOOR, Pierre. Le passage de la norme à la décision : de la fonction de l'argumentation dans l'ordre juridique. *Estudos Semióticos* [online], vol. 20, issue 2. São Paulo, August 2024. p. 82-99. Retrieved from: <https://www.revistas.usp.br/esse>. Accessed: month/day/year.

---

Data de recebimento do artigo: 20/10/2023.

Data de aprovação do artigo: 15/11/ 2023.

---

Este trabalho está disponível sob uma Licença Creative Commons CC BY-NC-SA 4.0 Internacional.

This work is licensed under a Creative Commons CC BY-NC-SA 4.0 International License.

