

La sincérité peut-elle être une norme juridique ?

Mathilde COHEN

*Centre de théorie et analyse du droit — CNRS
Université Paris Ouest Nanterre La Défense*

Résumé. – Toutes sortes de contraintes juridiques permettent, pense-t-on, de contrôler les processus délibératifs et décisionnels mis en œuvre par les institutions publiques, qu'il s'agisse d'administrations, de juridictions ou d'assemblées parlementaires. L'une de ces contraintes, que les juristes désignent communément sous l'appellation « obligation de motivation », requiert de la part de certains décideurs qu'ils indiquent les raisons qui justifient de leurs décisions.

Toutefois, quel type de raisons doit-on exiger ? Si l'on astreint les institutions publiques à présenter des raisons « sincères » pour justifier leurs décisions, s'agit-il d'un devoir de sincérité au même sens où l'on attend de nos interlocuteurs qu'ils soient sincères dans le cadre de relations privées ? Nous défendons la thèse selon laquelle la notion de sincérité ne peut se transposer telle quelle du contexte de la moralité privée au contexte public et juridique : si norme juridique de sincérité il y a, ce doit être en un sens bien différent.

Mots-clés : Motivation - raison explicative - raison justificative - raison publique – justification - institutions publiques – délibération - décision collective – sincérité – transparence

Depuis l'Antiquité, nombreux sont les philosophes qui ont considéré que l'usage public de la raison constitue l'une des conditions essentielles de l'existence d'une société démocratique. Toute action ou décision semble en effet devoir reposer sur des raisons. De même, tout effort de justification à travers le dialogue opère par échange de raisons. Cela est particulièrement vrai des décisions à caractère public qui s'imposent à autrui¹. Les agents de l'État

¹ Pour les besoins de la démonstration, nous entendons l'opposition public/privé en un sens large : sera désignée comme décision publique toute décision prise par une institution publique. En revanche, nous parlerons de contexte « privé » chaque fois qu'il sera question de [p. 243-259] Ma. COHEN *Arch. phil. droit* 54 (2011)

chargés de prendre des décisions affectant leurs concitoyens sont censés se *fonder* sur des raisons. Doit-on pour autant les astreindre à « rendre raison » de leurs actions, c'est-à-dire à *donner* leurs raisons ? Pour reprendre l'expression consacrée par les juristes, faut-il leur imposer une « obligation de motivation » ? Pourtant, même là où une telle obligation existe, son contenu est souvent incertain. S'agit-il d'une obligation de révéler les motifs psychologiques qui ont conduit à la décision, ou plutôt d'exposer des considérations qui justifient la décision, indépendamment de la question de savoir si celles-ci ont effectivement déterminé les décideurs ?

Autrement dit, les institutions publiques sont-elles soumises à une norme de sincérité, et, si c'est le cas, en quel sens² ? Comme nous l'expliquerons plus en détail par la suite, afin de répondre à cette question, il convient tout d'abord de distinguer les « raisons explicatives » et les « raisons justificatives » d'une décision. Les raisons explicatives sont les considérations qui conduisent, historiquement, à prendre telle ou telle décision (que l'on entende l'adverbe en un sens causal classique ou en un sens psychologique non causal). Les raisons justificatives sont les raisons que l'on avance pour montrer que la décision que l'on a prise est valable ou souhaitable, en fonction de critères propres à un contexte déterminé³. Dans les relations privées, toutefois, la norme de sincérité exige généralement que ces deux types de raisons, explicatives et justificatives, coïncident⁴. Si un ami me demande « Pourquoi est-ce que tu as décidé d'abandonner ton poste d'enseignant pour devenir avocat ? », il

tion de décisions prises et justifiées par des individus ne prétendant pas agir au nom de la collectivité, mais e situant dans le cadre de relations de type familial, amical ou associatif.

2 Nous entendons par « institutions publiques » les différents organes gouvernementaux chargés de prendre des décisions qui s'imposent à leurs destinataires : ces organes peuvent être législatifs (chambre des députés, Sénat), administratifs (organismes étatiques tels que les préfetures, les autorités administratives indépendantes, etc. mais aussi organismes territoriaux agissant au nom de collectivités locales) ou juridictionnels (tribunaux, cours, etc.).

3 Selon nous, la spécificité de la justification dite juridique réside en ceci que justifier *juridiquement* une décision consiste à montrer que celle-ci est, d'une part, légale ou valide dans un système juridique donné et, d'autre part, qu'elle est opportune ou souhaitable eu égard aux circonstances. Justifier juridiquement consiste donc en premier lieu à démontrer que la décision est légale au sens où elle est autorisée par une autre norme juridique. Typiquement, cela revient souvent à rappeler le titre ou la compétence du décideur (par exemple une juridiction fera commencer son arrêt par la formule « Le tribunal » ou « La Cour ») ou à se référer à une norme d'habilitation. Mais parmi différentes solutions juridiquement admissibles, le décideur doit aussi montrer pourquoi sa solution est préférable à une autre au vu des circonstances, selon des critères qui peuvent être non seulement juridiques mais aussi politiques, économiques, sociaux, etc.

4 On peut notamment comprendre en ce sens la « condition de sincérité » dans la théorie des actes de langage de John Austin, selon laquelle le locuteur croit à la vérité de ce qu'il affirme ou de ce qu'il affirme. La règle de sincérité porte donc sur l'état psychologique du locuteur. Le locuteur produirait donc une justification sincère s'il croit en la vérité de sa justification, vérité entendue comme correspondance entre la justification de l'action énoncée par le locuteur et l'état psychologique du locuteur ayant conduit à ladite action. Voir Austin J., *Quand dire, c'est faire*, Seuil, 1970.

s'attend vraisemblablement à ce que la raison justificative que je produirai en réponse soit aussi la raison explicative de mon choix. Autrement dit, si c'est l'appât du gain qui a été l'unique motif du changement de profession, répondre « Je voulais vraiment faire quelque chose de concret en faveur des laissés-pour-compte de la justice plutôt que de continuer à enseigner des concepts spéculatifs et irréalisables » serait considéré comme mensonger. La justification avancée est certainement louable, mais elle n'a aucun lien avec les motifs qui ont réellement poussé à délaisser l'enseignement et à embrasser le barreau.

Est-ce que la sincérité requise dans le domaine public est la même sincérité que celle réclamée dans les rapports privés ? Par exemple, est-ce que l'on attend d'un élu qu'il donne les mêmes raisons pour expliquer son rejet du droit à l'avortement dans le cadre d'un dialogue privé, disons avec son conjoint ou son confesseur, et dans le cadre d'un dialogue public tel qu'un débat parlementaire ? En réalité, le flou règne sur le type de raisons qui sont prescrites, sur les motifs qui sont propres à justifier, ou non, les décisions juridiques, qu'il s'agisse de décisions législatives, réglementaires ou judiciaires. Dans cet article, nous nous proposons de clarifier le statut des raisons exigées par le droit, tout en soutenant la thèse selon laquelle la notion de sincérité ne peut se transposer telle quelle du contexte de la moralité privée au contexte public du droit.

En droit, on peut difficilement imaginer une règle qui ordonnerait : « Les institutions publiques sont soumises à l'obligation d'indiquer les raisons sincères de leurs décisions », au sens où l'on souhaiterait recueillir les motifs psychologiques (ou raisons explicatives) qui ont conduit les acteurs juridiques compétents à prendre une décision donnée. À l'extrême inverse, le droit ne saurait se contenter simplement de ce que les raisons invoquées par une institution soient valables, au sens où elles justifient réellement la solution adoptée, indépendamment de la question de savoir si les décideurs qui les invoquent sont véritablement motivés par celles-ci. Nous suggérons ici une position intermédiaire, que nous appelons « obligation de sincérité contrefactuelle », selon laquelle le droit n'exige pas de connaître les motifs psychologiques actuels des décideurs, mais ne les dédouane pas non plus de l'obligation d'établir un lien entre les justifications qu'ils avancent et les raisons susceptibles de les motiver. Cette « obligation de sincérité contrefactuelle » requiert ainsi des acteurs publics qu'ils énoncent à l'appui de leurs décisions des raisons qui soient non seulement justificatives mais aussi, au moins contrefactuellement, susceptibles de les motiver.

Après avoir présenté les contours de l'obligation de motivation telle qu'elle existe en droit, nous reviendrons sur la distinction qu'il convient d'opérer entre raisons explicatives et raisons justificatives. Nous en arriverons ensuite aux spécificités de la décision publique et, par conséquent, à la nécessité de développer une théorie de la sincérité propre au domaine juridique.

I. — L'EXTENSION DE L'OBLIGATION DE MOTIVATION – PRODUCTRICE DE SINCÉRITÉ ?

Originellement circonscrite en France aux décisions des tribunaux de l'ordre judiciaire, l'obligation de motiver les décisions semble aujourd'hui s'imposer comme modèle de la bonne prise de décision dans le domaine public entendu au sens large⁵. L'obligation de motiver les jugements judiciaires est générale : elle s'applique à toutes les juridictions de l'ordre judiciaire⁶. Un jugement est nul lorsqu'il ne contient pas de motifs propres à justifier sa conclusion ou son « dispositif »⁷.

L'obligation de motivation fut d'abord étendue aux décisions rendues par les juridictions de l'ordre administratif⁸. Quant à l'administration, elle a longtemps été épargnée par cette contrainte et son principe semblait être celui de la non-motivation des décisions⁹. Pourtant, des textes de plus en plus nombreux sont venus imposer une motivation dans certaines circonstances ou dans certains domaines, à tel point que l'on a pu penser que le principe de non-motivation était devenu lettre morte¹⁰. La loi du 11 juillet 1979 constitue en ce sens un point de basculement en imposant la motivation de toutes les décisions administratives individuelles défavorables¹¹. Depuis, le mouvement s'accélère et la tendance, voire l'obligation de motiver, s'étend progressivement à un nombre croissant d'autorités administratives indépendantes¹².

Le législateur lui-même semble ne pas être resté à l'écart de cette évolution¹³. En effet, quoique non soumis à une obligation de motiver, il est de plus

5 Le décret des 16-24 août 1790 posa pour la première fois dans l'ordre juridique français le principe de la motivation des jugements. La loi du 28 avril 1810 parachève l'ouvrage en déclarant nuls les arrêts qui ne contiendraient pas de motifs.

6 Nouveau code de procédure civile, art. 455 ; Code de procédure pénale, arts. 485 & 593.

7 Crim. 18 janv. 1996, *Bull. crim.* N° 34.

8 Notamment depuis que le Conseil d'État a relevé que les arrêtés des conseils de préfecture (aujourd'hui supprimés), ayant les mêmes caractères que les jugements rendus par les tribunaux de l'ordre judiciaire, doivent eux aussi être motivés : CE, *Fouquet*, 12 décembre 1818, S., t. I, p. 234.

9 Pauliat H., « La motivation des actes administratifs unilatéraux », in *La Motivation*. Tome III/*Limoges-1998*, L.G.D.J., 2000, p. 50.

10 Sur S., « Sur l'obligation de motiver formellement les actes administratifs », *L'Actualité Juridique Droit Administratif*, juil.-août 1974, p. 349-367.

11 Loi n° 79-587 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, JO 12 juil. 1979, p. 1711.

12 À titre d'exemple, on peut citer la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication audiovisuelle indiquant que les refus d'autorisation d'usage de fréquence doivent être motivés (art. 32). Dans le même esprit, l'art. 95ter du code des marchés publics prévoit, en cas d'appel d'offres ouvert, que la personne responsable du marché, lorsqu'elle a fait son choix, avise tous les autres candidats du rejet de leurs offres, « elle communique à tout candidat qui en fait la demande par écrit les motifs du rejet de son offre ».

13 Leroyer A.M., « La motivation des lois », in *La Motivation*. Tome III/*Limoges-1998*, *op. cit.*, p. 88.

en plus enclin à justifier ses lois, selon diverses modalités¹⁴. La motivation se fait parfois sous forme d'un exposé formel des objectifs de la loi ou bien d'un énoncé solennel d'un principe fondamental dans l'article premier de la loi. Plus généralement, les lois d'orientation et de programmation contiennent nombre de déclarations d'intention et de principes justificatifs.

La motivation a donc manifestement le vent en poupe, mais cet engouement ne doit pas occulter le fait que toutes les institutions publiques ne sont pas soumises à une obligation formelle de motiver leurs décisions et que certaines d'entre elles ne sont tenues de motiver qu'une partie seulement de leurs décisions. Autrement dit, l'on se trouve face à trois situations déontiques :

1. *Obligation de motivation* : certaines institutions ont une obligation explicite de motiver leurs décisions, par exemple, les tribunaux ou les administrations, dans certaines circonstances.
2. *Permission de motivation* : d'autres institutions jouissent du privilège de ne pas être soumises à une obligation de motivation et disposent donc d'un pouvoir discrétionnaire en la matière : ainsi, les assemblées parlementaires ont le loisir de justifier (ou non) les lois.
3. *Interdiction de motivation* : un troisième groupe se compose d'institutions auxquelles il est interdit de révéler les raisons de (certaines de) leurs décisions. C'est le cas de certains organes chargés de missions stratégiques, comme les services secrets ou diplomatiques. C'était aussi traditionnellement le cas des jurys au pénal¹⁵.

En dépit de ces différences, on observe une tendance persistante dans les systèmes juridiques démocratiques contemporains : une obligation de motivation des décisions – plus ou moins formelle et plus ou moins contraignante selon les cas – s'étend progressivement à un nombre croissant d'agents de l'État. L'aspect le plus marquant de cette irrésistible ascension est qu'elle s'inscrit dans le cadre d'une évolution plus générale de démocratisation de la vie publique que l'on peut caractériser par deux leitmotivs : plus de

14 Non seulement par la voie des débats parlementaires et autres travaux préparatoires qui voient se multiplier les documents accompagnant les lois, qu'il s'agisse d'exposé des motifs, de rapports de présentation ou d'études d'impact mais aussi par des techniques de rédaction des textes législatifs, comme des articles premiers, qui ressemblent en réalité souvent à des préambules ou la formulation d'objectifs dans les textes législatifs. Voir Molfessis N. (éd.), *Les mots de la loi*, Economica, 1999.

15 Tel est toujours le cas pour les jurys dans les systèmes de *common law* mais depuis l'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme *Taxquet c. Belgique* du 16 nov. 2010, les jurys des États-membres de tradition civiliste sont tenus d'assurer une forme de motivation, ne serait-ce que par le biais de la présentation aux jurés de questions précises permettant de comprendre le verdict.

« transparence » et de « responsabilité » (*accountability*) dans la vie publique.

La motivation constitue l'un des outils essentiels d'une telle politique de transparence, dans la mesure où elle contraint les institutions à dévoiler leurs processus de décision. Bien souvent, en effet, l'obligation de motiver surgit au détour d'un texte prévoyant une certaine transparence dans tel ou tel domaine¹⁶. Motiver est alors conçu comme un acte visant à assurer une certaine traçabilité des mécanismes de production de la décision, plutôt que comme un effort de justification du résultat. Or, l'obligation de motivation semble ne pouvoir produire de la transparence en ce sens que si elle se double d'une norme de sincérité. À quoi bon en effet contraindre l'institution à se dévoiler si celle-ci n'a pas le devoir de le faire de bonne foi ? Ne risque-t-on pas de la voir fabriquer des comptes rendus factices, ou du moins édulcorés, des délibérations qui ont conduit à la décision ? On assiste à un développement comparable avec la notion de « responsabilité ». On cherche à rendre les institutions publiques toujours plus responsables de leurs actions et la motivation est considérée comme un élément décisif de cette responsabilisation. Une décision motivée est en effet une décision que l'on peut imputer et contester sur des fondements précis. Pour s'opposer à une décision publique, il sera parfois plus aisé de s'attaquer aux raisons invoquées par son auteur, en soulignant, par exemple, le fait que celles-ci sont inexactes ou illusoire, que de s'en prendre au résultat lui-même. Mais cette mise en cause n'est possible que si l'obligation de motiver est aussi une obligation de motiver *sincèrement* car sinon les auteurs de la décision peuvent s'affranchir d'une partie de leur responsabilité en alléguant que les raisons avancées ne reflétaient pas leurs motifs véritables.

Avant même d'élaborer plus avant la notion juridique de sincérité, il convient toutefois d'interroger le présupposé généralement accepté selon lequel obliger les institutions publiques à motiver leurs décisions constitue un élément de démocratisation de la société. Dans ce dessein, il nous faut revenir sur la distinction entre raisons explicatives et raisons justificatives.

II. — L'AMBIGUÏTÉ DE LA NOTION DE MOTIVATION : RAISON EXPLICATIVE OU JUSTIFICATIVE ?

La notion juridique de « motivation » des décisions est ambiguë : elle réfère tantôt aux raisons qui motivent le jugement, tantôt aux mobiles psycho-

¹⁶ Cette tendance est particulièrement manifeste depuis la loi du 17 juillet 1978 sur le droit d'accès aux documents administratifs et a été généralisée à de multiples secteurs. Des textes d'inspiration communautaire et interne ont imposé des règles de transparence stricte en matière de contrats notamment pour la passation des marchés (publicité, mise en concurrence), la transparence a également fait son apparition dans les secteurs politiques (financement des partis politiques et des campagnes) et financiers (transparence des marchés financiers, intervention de l'Autorité des marchés financiers).

logiques de l'auteur de la décision. Or, comme en témoigne l'usage actuel des termes « motifs » et « motivation » chez les juristes, il y a parfois confusion entre les deux notions¹⁷. En droit, on appelle « motiver » l'opération qui consiste pour le magistrat, l'administrateur ou le législateur à donner les raisons de fait et de droit qui expliquent sa décision¹⁸.

Une précision à la fois terminologique et conceptuelle s'impose. Le terme technique de « motivation » n'existe pas dans tous les systèmes juridiques, loin de là, il ne constitue une catégorie juridique spécifique que dans les pays dits de droit civil¹⁹. Là où les juristes civilistes parlent de « motifs » et de « motivation », les Anglo-Saxons parlent quant à eux de « raisons » (*reasons*) et de « donner des raisons » (*giving reasons*). Les termes « motif » et « motivation » ne dénotent pas un concept spécifiquement juridique dans la *common law*. Tout au plus ces mots sont utilisés pour décrire les motifs psychologiques qui auraient incité un décideur à trancher dans un certain sens.

Or motifs et raisons recouvrent des réalités bien différentes : les premiers correspondent aux raisons dites explicatives, tandis que les secondes renvoient aux raisons justificatives. Le motif, conformément à l'étymologie latine (*movere*), est un moteur : c'est ce qui met en mouvement, ce qui meut ou porte quelqu'un à faire quelque chose²⁰. Le motif est une notion intentionnelle tandis que la raison est une notion rationnelle²¹. Motiver, donner un motif pour une action ou une décision, c'est préciser la cause psycho-physique qui a conduit à sa réalisation tandis que rendre raison, donner ses raisons, c'est en produire une justification. Dans son article fondateur sur la notion de moti-

17 En droit français, le « motif » est défini comme la « raison de fait ou de droit qui commande la décision et que le jugement doit exposer avant le dispositif ». Voir Nouveau Code de procédure civile, art. 455.

18 Toutefois cet amalgame n'est pas récent et n'est pas l'apanage des juristes. On observe ce glissement dans la langue courante dès la fin du XVIII^e siècle. Voir Féraud J.-F., *Dictionnaire critique de la langue française*, Mossy 1787-1788, article « Motif », p. B693a : « Motiver, c'est rapporter les raisons, les motifs d'un avis, d'un arrêt. Tous les Conseillers *motivèrent* leur avis ». On constate une évolution similaire dans la cinquième édition du *Dictionnaire de l'Académie française*, 1798, article « Motif », p. 132 : « On appelle *Motif de crédibilité*, ce qui peut raisonnablement porter à croire une chose, indépendamment des preuves démonstratives ; et cela se dit principalement en parlant des preuves de la vérité de la Religion. »

19 À l'obligation de motiver en droit français correspondent des catégories linguistico-juridiques très proches dans les autres pays de droit civil et de langue latine : *obligo di motivazione* en portugais, *motivación* en espagnol et *motivazione* en italien, par exemple.

20 Selon Nicot, dans son *Thresor de la langue française* (1606), article « Motif », p. 419, le motif est la « Cause, raison, occasion qui meut aucun de faire quelque chose, *Argumentum, Causa, Incitamentum* ». Selon le Dictionnaire de l'Académie française, 4^e éd., 1762, article « Motif », p. 176, le motif est « Ce qui meut & porte à faire quelque chose ».

21 Dès 1694 la première édition du *Dictionnaire de l'Académie française*, article « Raison », p. 369, souligne cette dimension purement rationnelle de la notion de raison en définissant la raison comme « Puissance de l'ame, par laquelle l'homme discourt, & est distingué des bestes ».

vation juridique en France, Tony Sauvel comprend la motivation au sens explicatif : « les motifs bien rédigés doivent nous faire connaître avec fidélité toutes les opérations de l'esprit qui ont conduit le juge au dispositif adopté par lui »²².

Si l'on laisse le droit de côté quelques instants, le temps d'élucider ces termes d'un point de vue philosophique, on remarque que la notion de raison a deux usages principaux lorsque l'on s'intéresse à l'action et à la décision. On réfère à la notion de raison à la fois pour expliquer et pour justifier le comportement des individus. Une raison explicative, que l'on peut aussi appeler « motif », est une considération ou un fait qui historiquement a conduit un individu à agir ou à décider d'une certaine façon. Une raison justificative est une considération avancée par un individu pour montrer que son action ou sa décision est valable ou souhaitable.

Une même raison peut exercer à la fois une fonction d'explication et une fonction de justification, mais il existe des cas où un décalage surgit entre les deux. Considérons l'exemple d'un arrêté préfectoral qui interdirait la consommation de viande animale. Imaginons que la raison explicative de l'arrêté, le motif essentiel ayant effectivement poussé le préfet à prendre la décision, est sa croyance en l'existence d'une âme animale et sa conviction qu'il est immoral de tuer et de manger les êtres animés. Imaginons par ailleurs que dans les semaines qui ont précédé l'interdiction, la région ait été frappée par une épidémie d'E. coli résultant de la contamination d'un élevage de volailles. Le préfet, saisissant ce prétexte (l'épidémie est maintenant enrayée et il n'existe plus de risque actuel de propagation à d'autres élevages), en profite pour prendre l'arrêté.

Quelles explications est-il tenu de fournir pour rendre compte de son action ? À la question « pourquoi prendre un tel arrêté », notre préfet répondra sans doute différemment selon qu'il s'adresse à son conjoint ou à ses amis végétariens, d'une part, et à ses administrés, d'autre part. En privé comme en public, il pourrait choisir de justifier sa décision en invoquant sa raison explicative, à savoir en professant son antispécisme et sa volonté de protéger l'âme animale. Dans ce cas, il y aurait adéquation entre la raison explicative et la raison justificative de l'arrêté. Et c'est sans doute ce type de réponse que ses proches peuvent à bon droit attendre d'une personne sincère dans un contexte privé. Mais le préfet optera sans doute en public pour une raison justificative moins controversée, et se référera plutôt aux risques sanitaires liés à la consommation de viande dans les circonstances, même si ces risques ne figuraient pas à titre essentiel parmi ses motifs. Il en résultera un décalage entre ses raisons explicatives et ses raisons justificatives. Cela signifie-t-il pour autant que le préfet fasse preuve d'insincérité vis-à-vis de ses administrés ? Ou bien est-on soumis à des normes de sincérité différentes selon que l'on a à rendre compte de son action dans un contexte public ou privé ?

22 Sauvel T., « Histoire des jugements motivés », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 71, 1955 p. 5.

[p. 243-259]

Ma. COHEN

Arch. phil. droit 54 (2011)

Notre hypothèse est que dans le domaine public, la justification de l'interdiction préfectorale par les risques sanitaires n'est pas à rejeter comme insincère du moment que le préfet a (1) en partie été motivé par ce risque ou (2) aurait pu être motivé par ce risque. Si l'on définit la sincérité comme une certaine relation entre les raisons explicatives ou motifs d'un décideur avec les raisons justificatives ou justifications qu'il ou elle avance pour rendre compte de son action, on peut distinguer trois niveaux possibles de sincérité²³:

1. *Sincérité motivationnelle exhaustive* : il existe une relation d'isométrie entre motifs et justifications. Par exemple, lorsqu'on lui demande la justification de son arrêté, le préfet répond par le seul motif qui l'a poussé à agir : l'idée d'un devoir de respect de l'âme animale.
2. *Sincérité motivationnelle partielle* : il existe une relation de concordance partielle entre motifs et justifications. Par exemple, lorsqu'on lui demande sa justification, le préfet répond en citant l'un des motifs qui l'ont poussé à agir : sa volonté de prévenir dans le futur tout risque de contamination de la viande par la bactérie E. coli. Ce faisant, il s'abstient de mentionner d'autres motifs qui l'ont déterminé à prendre l'arrêté.
3. *Sincérité motivationnelle contrefactuelle* : il existe une relation contrefactuelle entre motifs et justifications. Par exemple, lorsqu'on lui demande sa justification, le préfet répond en invoquant les risques sanitaires : bien qu'il n'ait pas été motivé par ces risques en l'occurrence, il aurait fort bien pu l'être en d'autres circonstances (par exemple, s'il ne croyait pas à l'âme animale, ou s'il disposait d'éléments suggérant qu'un risque d'épidémie était imminent, etc.).

Trois niveaux possibles de sincérité

Sincérité motivationnelle exhaustive	Sincérité motivationnelle partielle	Sincérité motivationnelle contrefactuelle
Les raisons justificatives doivent coïncider parfaitement avec tous les motifs (ou raisons explicatives) sous-jacents.	Les raisons justificatives doivent coïncider partiellement avec tous les motifs (ou raisons explicatives) sous-jacents.	Les raisons justificatives doivent être telles qu'elles pourraient constituer un motif (ou une raison explicative) de la décision.

23 Voir Cohen M., « Sincerity and Reason Giving: When May Legal Decision-Makers Lie ? », *DePaul Law Review*, Vol. 59, 2010, p. 1091-1150.

[p. 243-259]

Ma. COHEN

Arch. phil. droit 54 (2011)

Dans un contexte de dialogue privé, nous exigeons des autres qu'ils fassent preuve d'une sincérité motivationnelle exhaustive, ou du moins partielle, selon la nature des rapports que nous entretenons avec eux²⁴. Lorsque l'on demande à un proche, un ami, un collègue ou même parfois à une personne que l'on connaît à peine, pourquoi ils ont agi de telle ou telle manière, on s'attend à ce qu'ils citent en guise de justification des considérations qui les ont réellement motivés – même si l'on tolère souvent qu'ils ne soient pas exhaustifs dans leur récit²⁵. En revanche, le droit ne saurait exiger ni une relation d'isométrie entre motifs et raisons, ni même une relation de concordance partielle entre motifs et justifications²⁶. En démocratie, la décision publique se caractérise par le fait qu'elle doit être acceptable par la société, d'une part, et qu'elle soit souvent élaborée par un collectif plutôt qu'un individu isolé, d'autre part. Il résulte de ces deux caractéristiques que la norme de sincérité juridique ne puisse se comprendre, selon nous, que sur le modèle de la sincérité motivationnelle contrefactuelle.

III. — LA NOTION DE RAISON « PUBLIQUE » OU « ACCEPTABLE »

Les décisions publiques s'adressent par définition à un large public, parfois même à l'ensemble d'une communauté nationale ou internationale²⁷. Les considérations justifiant de telles décisions doivent donc être acceptables pour le plus grand nombre. C'est l'intuition développée par John Rawls lorsqu'il élabore sa notion de « raison publique »²⁸. Dans une société démocratique caractérisée par un pluralisme moral, politique et religieux, les décisions collectives fondamentales doivent être justifiées par des raisons publiques au sens où

24 Voir Tilly C., *Why ?*, Princeton University Press, 2006, qui montre que nous attendons des réponses différentes à la question « Pourquoi ? » selon les relations que nous entretenons avec notre interlocuteur et les différents contextes sociaux dans lesquels nous nous trouvons.

25 D'autant plus qu'il est sans doute à la fois métaphysiquement et épistémiquement impossible de recenser pour chaque action *toutes* les considérations qui m'ont poussé à agir : sans même aborder la question des motifs inconscients, on peut en effet arguer qu'il existe à tout moment une multitude de facteurs qui influencent mon action d'une façon ou d'une autre. En ce sens, ce que nous appelons « sincérité motivationnelle exhaustive » représente sans doute un absolu inatteignable en pratique.

26 Bien entendu, les normes sociales en vigueur dans les systèmes juridiques démocratiques tendent généralement à encourager la sincérité motivationnelle partielle, mais elles ne sauraient selon nous l'exiger en toutes circonstances.

27 L'auditoire des normes législatives est généralement national. Les cours constitutionnelles et les cours suprêmes rendent souvent des décisions qui s'adressent à tous les citoyens. L'auditoire devient international pour les décisions d'organisations internationales ou de cours supranationales comme la Cour européenne des Droits de l'Homme ou le Tribunal pénal international.

28 Voir not., Rawls J., « The Idea of Public Reason Revisited » in Freeman S., (éd.), *Collected Papers*, Harvard University Press, 1999, p. 573-615.

celles-ci sont admissibles par tous. Des contraintes rigoureuses pèsent sur le type de raisons susceptibles d'être données dès lors que l'on prétend respecter cet impératif rawlsien. Toute raison faisant appel à une « conception compréhensive », c'est-à-dire à un système éthique, religieux, philosophique ou politique particulier, est exclue. Par exemple, si l'arrêté préfectoral précité était justifié sur le fondement de la thèse selon laquelle les animaux ont une âme, la décision serait sans doute dénoncée pour violation de l'exigence de raison publique, cette thèse étant propre à certaines conceptions éthiques ou religieuses bien particulières, qui ne sont pas partagées par l'ensemble de nos concitoyens.

Toute une branche de la théorie politique contemporaine, qualifiée de « libéralisme justificatoire », s'attache à proposer une nouvelle conception du libéralisme politique fondée sur cette idée de raison publique²⁹. Le libéralisme justificatoire postule que respecter la liberté d'autrui signifie que l'on ne peut astreindre quelqu'un à quoi que ce soit sans avoir justifié la contrainte sur la base d'une considération acceptable de son point de vue. En d'autres termes, la coercition ne peut être moralement justifiée que si ceux qui sont contraints peuvent comprendre pourquoi ils le sont. Cette approche prétend ainsi réconcilier deux aspects du libéralisme qui seraient autrement en tension : l'acceptation d'une mesure significative de contrôle juridique sur les actions des individus et la croyance en la liberté et l'égalité de tous. C'est en ce sens que la justification des décisions publiques peut légitimer la coercition d'agents autonomes.

Mais l'originalité essentielle de ce courant de pensée consiste à repenser le fondement de la légitimité de l'État. Classiquement, ce problème était résolu à travers un modèle « contractualiste » reposant sur le consentement des gouvernés. L'État serait légitime parce que les citoyens consentent (directement ou indirectement, explicitement ou implicitement) à son autorité sous la forme d'un contrat social. Tout au contraire, selon le libéralisme justificatoire, la légitimité d'un régime politique se juge, non au consentement des citoyens, mais à la capacité des institutions publiques à prendre des décisions qui soient acceptables par l'ensemble de la société. La différence entre une décision individuelle, relevant de la sphère privée, et une décision collective prise par une institution politique, administrative ou juridictionnelle serait donc qu'une décision publique doit être *justifiée du point de vue de l'ensemble des membres de la société*.

La décision publique, parce qu'elle s'impose à autrui, appelle une justification, c'est-à-dire un énoncé des raisons qui la fondent à l'attention des citoyens – du moins en démocratie. Ce que l'on peut se prescrire à soi-même de façon arbitraire, on ne peut l'imposer à d'autres. Cependant, est-ce que des philosophes comme Thomas Nagel, John Rawls ou Cass Sunstein, pour ne

29 Gerald Gauss retrace la genèse de cette conception dans Gauss G.F., *Justificatory Liberalism : An Essay on Epistemology and Political Theory*, Oxford University Press, 1996. [p. 243-259] Ma. COHEN *Arch. phil. droit* 54 (2011)

citer qu'eux, soutiennent à bon escient que les décisions publiques doivent être justifiées de façon spécifique³⁰ ? Le problème de l'exigence de raison publique, de raison acceptable du point de vue de l'ensemble des membres de la société, c'est qu'elle conduit inévitablement les institutions à dissocier leurs raisons justificatives de leurs raisons explicatives. Car s'il peut bien sûr arriver que les motifs qui ont conduit un décideur à un certain résultat soient tout à fait dicibles tels quels et susceptibles d'être acceptés par les autres membres de la société, cela n'est pas toujours le cas. Ainsi, un législateur sexiste désireux de voir les femmes reprendre leur rôle traditionnel d'ornement du foyer appelé à défendre une loi visant à allonger la durée du congé maternité ne pourrait pas révéler ses motifs s'il voulait faire œuvre de raison publique. S'il justifiait la mesure en avançant qu'un tel allongement prendrait en compte la fatigue des femmes liée à la grossesse, à la naissance et aux premières semaines de vie, son argument serait sans doute conforme à l'exigence de raison publique, mais non à la norme de sincérité motivationnelle exhaustive ou partielle.

L'exigence de raison publique apparaît donc problématique lorsqu'associée à une obligation de motivation dans la mesure où elle semble ouvrir la porte au double jeu, ou du moins, à une entreprise de rationalisation *a posteriori* des décisions. Imposer une obligation de motiver reviendrait alors à prendre le risque de voir se développer des arguments artificiels dans la vie publique dès lors que les raisons explicatives des décideurs ne sont pas considérées comme dicibles. Bien entendu, l'absence de candeur, la « langue de bois », pour reprendre une expression en vogue, n'est pas l'apanage des institutions publiques. Pourtant, dans un contexte privé, les contraintes pesant sur les raisons étant moins fortes (il n'y a pas d'exigence de justification acceptable du point de vue de l'ensemble des membres de la société), les individus sont sans doute moins tentés d'invoquer des raisons fabriquées *ex post*.

Arrivés à ce stade, on peut se demander en quoi l'obligation de motiver permet de promouvoir un idéal de transparence et de démocratie si celle-ci suscite en pratique autant d'occasions de dissimuler ou de maquiller la réalité des processus décisionnels. Nous rejetons cette conclusion et soutenons qu'il n'existe pas d'incompatibilité insurmontable entre l'idéal du libéralisme justificatoire et l'exigence de sincérité, du moment que l'on reconnaît les spécificités de la norme de sincérité dans un contexte juridique.

IV. — UNE NORME DE SINCÉRITÉ SPÉCIFIQUEMENT JURIDIQUE ?

Comme nous l'avons mentionné plus haut, nous défendons la thèse selon laquelle les institutions publiques sont soumises à une norme de sincérité

30 Voir Nagel T., *Equality and Partiality*, Oxford University Press, 1991 ; Rawls J., *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1993 ; et Sunstein C.R., *One Case at a Time*, Harvard University Press, 1999.

sensiblement différente de celle qui prévaut généralement dans un contexte privé. Dans un cadre privé, la sincérité se définit souvent par la concordance entre les raisons explicatives qui ont motivé un individu à agir et les raisons justificatives que celui-ci fournit aux autres pour rendre compte de son action. En revanche, dans un cadre public, la sincérité ne requiert pas nécessairement de correspondance parfaite entre raisons explicatives et raisons normatives. Il faut néanmoins qu'il existe une relation entre les deux raisons, mais cette relation peut n'être que contrefactuelle.

Toutefois, avant de préciser la nature de ce lien, il convient d'explicitier un caractère essentiel de la décision publique qui a des conséquences tout à fait cruciales sur la norme de sincérité, à savoir le fait que les décisions publiques sont rarement prises et justifiées, comme dans le contexte privé, par des personnes agissant individuellement et indépendamment les unes des autres. En effet, un grand nombre de décisions publiques sont en réalité des décisions *collectives*, au sens où elles sont prises à la suite d'une délibération et d'un accord entre deux ou plusieurs décideurs. C'est bien évidemment le cas des lois, qui sont débattues et votées par des assemblées parlementaires, mais souvent aussi des normes réglementaires qui résultent du travail collectif de multiples acteurs et, enfin, d'un grand nombre de décisions judiciaires qui sont prises par des formations de jugement collégiales.

Dans le cas d'une décision prise par un individu isolé, on peut distinguer clairement entre raisons explicatives et justificatives. On constate en principe un décalage temporel et logique entre deux moments : celui, avant la décision, où l'on délibère sur les motifs qui nous animent et où l'on détermine les considérations qui devraient guider notre action et celui, une fois la décision prise, où l'on articule les justifications de notre décision. En apparence, il y a bien deux moments distincts : *avoir* des raisons qui motivent la décision et *donner* des raisons susceptibles de justifier ma décision aux yeux des autres. Par exemple, Oblomov, l'antihéros du roman éponyme, se refuse à déménager alors que son propriétaire le harcèle pour le déloger. Le motif préexistant qui anime véritablement son immobilisme est son incapacité à envisager de quitter sa robe de chambre et encore moins son lit douillet pour commencer à s'occuper d'un déménagement. Mais face à son propriétaire qui le somme de quitter les lieux, il justifie sa procrastination en invoquant une maladie supposée.

Cependant au niveau institutionnel, particulièrement lorsque l'on a affaire à des instances décisionnelles collégiales, la distinction entre avoir et donner des raisons, entre raisons explicatives et raisons justificatives, n'est plus si claire. Bien souvent, on ne peut affirmer comme dans le cas d'un Oblomov qu'une institution « a » telles ou telles raisons avant – ou indépendamment – du fait que son organe décisionnel se décide collectivement à *donner* telles ou telles

raisons pour justifier son action³¹. En effet, les raisons que l'on peut attribuer à un collectif sont indéterminées tant qu'elles n'ont pas été créées par le fait de les donner. La somme des raisons individuelles (explicatives et justificatives) défendues par les membres d'un groupe ne constitue pas encore les raisons (justificatives) de ce groupe. Autrement dit, c'est la procédure par laquelle un organe décide quelles raisons (justificatives) vont être exprimées au nom du collectif qui produit du même coup les raisons (justificatives) qu'« a » l'organe en question. Ici, il semble inexact de distinguer entre, d'un côté, « avoir des raisons » et, de l'autre, « donner des raisons » et, par là même, entre raisons explicatives et justificatives. C'est en donnant des raisons (justificatives) qu'une institution assume, reconnaît qu'elle a, en tant qu'institution, telles ou telles raisons (justificatives).

Par exemple, le Conseil constitutionnel français, qui est composé de neuf membres se décidant à la majorité, n'« a », au sens strict, pour chaque décision, que les raisons sur lesquelles les conseillers ont bien voulu s'accorder. Considérons, par exemple, la décision *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*³², qui a déclaré constitutionnelle l'interdiction par le législateur français du port de la burqa. Avant d'avoir rendu cette décision, le Conseil n'« avait » pas, en tant qu'entité, comme raison commune, l'adhésion à la théorie selon laquelle le voile intégral porte atteinte à l'ordre public et à l'égalité homme-femme³³. Pour que le Conseil constitutionnel soit réputé « avoir » cette raison, il a fallu en passer par un vote, et avant cela, sans doute, par des mois de réflexion personnelle de la part de chaque conseiller à la suite de la controverse publique, réflexion poursuivie collectivement après la saisine du Conseil, et accompagnée d'auditions et de consultations d'experts, de délibérations, de compromis sans doute, et ainsi de suite jusqu'au délibéré et à l'adoption des justifications communes contenues dans la décision du 7 octobre 2010.

Une décision publique, surtout si elle est prise par un collectif, est donc rarement une décision unique. Elle suppose en réalité plus d'une décision. L'institution se décide non seulement sur l'objet et le dénouement de la décision, mais aussi sur les raisons qui justifient ce dénouement. Cette deuxième décision, ou série de décisions, qui porte sur la justification, peut notamment procéder par un vote, par une délibération ou par consensus. La Cour suprême américaine a opté pour la technique du vote. Chacun des neuf juges suprêmes vote sur la question de savoir s'il accepte ou non les différentes motivations avancées en faveur d'un jugement. Ainsi, il n'est pas rare de rencontrer un arrêt dans lequel cinq juges sont tombés d'accord sur la conclusion de la décision –

31 On pourrait développer un argument comparable pour les raisons explicatives sur la base d'un certain nombre d'« épistémologies sociales » mais cela nous conduirait à nous éloigner du sujet principal de notre enquête, la sincérité. Voir Cohen M., « The Social Epistemology of Public Institutions », in del Mar M., (éd.), *New Waves in Philosophy of Law*, Palgrave Macmillan, 2011, p. 185-208.

32 Décision n° 2010-613 DC du 7 oct. 2010.

33 Décision n° 62-20 du 6 nov. 1962.

par exemple, sur le fait que telles ou telles politiques de discrimination positive sont conformes à la Constitution –, mais non pas sur les fondements qui justifient ce résultat. Pour certains hauts magistrats, ce qui nécessite le recours à la discrimination positive, c'est le préjudice passé subi par les minorités concernées, même si cela conduit à violer le principe d'égalité devant la loi posé par le quatorzième amendement de la Constitution. Pour d'autres juges, ces politiques sont précisément justifiées par le quatorzième amendement qui oblige les organes étatiques à assurer l'égalité des citoyens devant la loi, si besoin en accordant à ceux qui ont été lésés par le passé des avantages indispensables pour réparer les injustices anciennes et les discriminations toujours actuelles. L'accord sur une conclusion ne garantit ni ne présuppose l'accord sur les raisons (justificatives) de la décision.

Toutefois, la décision publique est parfois prise en prévision des justifications susceptibles d'en être données, au sens où les institutions sont sensibles à l'impératif de raison publique et s'interdisent donc certaines solutions qu'ils considèrent souhaitables, mais qu'ils jugent indéfendables sur la base d'arguments acceptables par l'ensemble des membres de la société. En revanche, la décision privée est plus souvent prise en fonction des raisons explicatives qui motivent actuellement, indépendamment de la question de savoir si l'on trouvera des justifications satisfaisantes aux yeux des autres. Encore une fois, pour être plausible, une norme juridique de sincérité doit donc tenir compte de deux caractéristiques essentielles des décisions publiques en démocratie : le fait qu'elles doivent être recevables par l'ensemble des citoyens et le fait qu'elles sont couramment prises par des entités collectives. Ces deux particularités rendent concrètement impossible et normativement indésirable une norme de sincérité juridique qui serait calquée sur le modèle privé et qui prescrirait une concordance parfaite, ou à tout le moins partielle, entre raisons explicatives et normatives.

Une telle norme de sincérité motivationnelle exhaustive ou partielle serait tout d'abord impraticable dans la mesure où elle ne serait pas exécutoire. Pour s'assurer du respect de cette norme, il faudrait en effet instaurer une police des états mentaux chargée de vérifier que les justifications mises en avant publiquement par les institutions correspondent aux motifs qui ont animé les décideurs au moment de la prise de décision. À supposer même que ce contrôle soit possible à l'aide de technologies neuroscientifiques dignes de films de science-fiction, il serait vain pour les décisions collectives, dans la mesure où les raisons explicatives des uns et des autres ne coïncident qu'accidentellement avec les raisons justificatives adoptées par l'entité collective. Imaginons une décision prise par un collège composé de trois membres, *A*, *B* et *C*. Chaque membre a sans doute un ou plusieurs motifs différents des autres, bien qu'ils se soient tous trois mis d'accord sur une justification commune. Si l'obligation de motivation comportait une norme de sincérité motivationnelle exhaustive, ou même partielle, elle serait donc inapplicable. À quelle aune en effet mesurer la sincérité de la justification collective puisque l'on est face à (au moins) trois

raisons explicatives différentes ? Le seul critère de sincérité qui fasse sens ici est le critère contrefactuel : la justification avancée par une institution est suffisamment sincère si les décideurs auraient au minimum pu être motivés contrefactuellement par elle. Autrement dit, même s'ils n'ont pas été motivés par la raison (justificative) avancée, celle-ci est suffisamment plausible pour les motiver en d'autres circonstances.

Bien entendu, cette norme contrefactuelle pose elle aussi des problèmes en matière d'exécution, dans la mesure où si l'on pouvait déjà douter de la capacité d'un système juridique à policer l'adéquation entre motifs actuels et justifications, on voit mal comment on pourrait vérifier l'état d'un motif contrefactuel. Cette difficulté témoigne de l'importance qu'il y a à distinguer la question de la sincérité telle qu'elle se pose dans le cadre d'un dialogue public et dans le cadre d'un dialogue privé. Alors que dans un cadre privé la sincérité est indissociable des raisons explicatives passées ou actuelles, dans un cadre public, ce qui compte avant tout est la validité de la raison justificative. C'est seulement dans un second temps, une fois reconnue (ou non) la capacité d'une justification à montrer qu'une conclusion est non seulement juridiquement fondée, mais aussi pratiquement désirable, qu'on s'interroge pour savoir si les décideurs étaient motivés, ou sont susceptibles d'être motivés par elle.

Ceci nous ramène au caractère normativement désirable d'une norme juridique de sincérité. Une norme de sincérité exhaustive ou partielle ne serait pas normativement souhaitable dans la mesure où ce qui rend une décision publique légitime n'est pas la question de savoir si l'instance décisionnelle fait preuve de sincérité motivationnelle, mais plutôt celle du bien-fondé de la mesure adoptée, selon des critères de type juridique, politique, économique, social, etc. Autrement dit, le droit ne s'intéresse pas aux préférences individuelles des acteurs publics. Ce qui importe avant tout juridiquement et démocratiquement, c'est la validité de leurs justifications en tant qu'elles parviennent à montrer qu'une décision est bonne. L'exigence de sincérité juridique doit donc rester minimale (contrefactuelle), dans la mesure où si idéalement les acteurs publics sont motivés par les justifications qu'ils avancent, ce qui compte avant tout c'est que leurs décisions soient fondées sur la base de raisons probantes et formulées de telle sorte qu'elles soient acceptables par le plus grand nombre.

L'exigence d'une relation contrefactuelle motif-justification est donc maintenue afin d'inciter les décideurs, au cas où leurs motifs étaient indicibles, par exemple parce qu'ils sont douteux, reposent sur des intérêts particuliers ou font appel à des doctrines compréhensives, à faire un effort pour ne pas présenter n'importe quelle raison à l'appui de leur décision. La norme de sincérité contrefactuelle fonctionne en quelque sorte comme un idéal régulateur qui, à l'image de l'« insociable sociabilité » kantienne³⁴, exerce une contrainte épistémologique sur les décideurs obligés de trouver des arguments pertinents et per-

34 Voir Kant E., *Idée d'une histoire universelle d'un point de vue cosmopolitique*, (1784), Quatrième proposition, trad. J.-M. Muglioni, Bordas, 1999, p. 15-16.

[p. 243-259]

Ma. COHEN

Arch. phil. droit 54 (2011)

suasif à présenter au public. À la longue, ils seront toujours plus motivés, espère-t-on, par des raisons plus impartiales et plus susceptibles d'être partagées par leurs concitoyens. En ce sens, cette réflexion sur la sincérité telle qu'elle opère en droit permet de comprendre ceci qu'imposer une obligation de motivation sur une institution n'a pas seulement pour effet de promouvoir la légitimité des décisions publiques *hic et nunc*. Avec le temps, l'obligation pourrait conduire les décideurs à agir sur la base de raisons meilleures.

mathildecohen@yahoo.fr

